

REVISTA DA FACULDADE DE
DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

REVISTA DA FACULDADE DE
DIREITO

ISSN: 0304 – 2340

e-ISSN: 1984 – 1841

© 2024 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/P.0304-2340.2024v85

Pede-se permuta
Pfdese 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: *Júnior Sena*
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.”

REITORA DA UFMG

Prof^a. Dr^a. Sandra Regina Goulart Almeida

VICE-REITOR DA UFMG

Prof. Dr. Alessandro Fernandes Moreira

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero

DIRETORA-EDITORA

Prof^a. Dr^a. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

DIRETOR-ADJUNTO

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima

ASSESSORA EDITORIAL

Rosali Ramos Diniz

ASSISTENTE EDITORIAL

Sofia Araújo Oliveira Pereira

Stephanie Ferreira de Melo Andrade

Vitor Gandelman Prando

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)

Profa. 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)

Profa. 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)

Profa. 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 Caccia 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. Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci (Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP)
Prof. Dra. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP)
Prof. Dra. Adriane Medianeira Toaldo (Universidade Luterana do Brasil – RS)
Prof. Dra. Aparecida Luzia Alzira Zuim (Universidade Federal de Rondônia – RO)
Prof. Dr. Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – MS)
Prof. Dr. Bernardo Mageste Castelar Campos (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Milão)
Prof. Dra. Cíntia Menezes Brunetta (Faculdade Autônoma de Direito – SP)
Prof. Dr. Daniel Brod Rodrigues de Sousa (Universidade Federal de Pelotas – RS)
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes (Faculdades de Campinas – SP)
Prof. Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – CE)
Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos (Universidade Federal da Bahia – BA)
Prof. Dra. Eliana Pulcinelli (IBMEC – Rio de Janeiro – RJ)
Prof. Dr. Emerson José Sena da Silveira (Universidade Federal de Juiz de Fora – MG)
Prof. Dr. Francisco Pedro Jucá (Faculdade Autônoma de Direito – SP)
Prof. Dra. Geziela Iensue (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – MS)
Prof. Dr. Julio Cesar Faria Zini (Universidade Federal de Minas Gerais – MG)
Prof. Dr. Lucas Carlos Lima (Universidade Federal de Minas Gerais – MG)
Prof. Dra. Márcia Carla Ribeiro (Universidade Federal do Paraná - PR)
Prof. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Mato Grosso do Sul – MS)
Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PR)
Prof. Dra. Patricia Cristina Vasques de Souza Gorisch (Universidade Santa Cecília – SP)
Prof. Dr. Pedro Salomon Bezerra Mouallem (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento CEBRAP - SP)
Prof. Dr. Ricardo Antonio Lucas Camargo (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - RS)
Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PR)
Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (Universidade de São Paulo – SP)
Prof. Dra. Rose Dayanne Santos de Brito (Universidade Federal de Campina Grande – PB)
Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia (Universidade Federal da Bahia – BA)
Prof. Dr. Silvio Cesar Arouck Gemaque (Universidade Municipal de São Caetano do Sul – RS)
Prof. Dr. Valcir Gassen (Universidade Federal de Santa Catarina - SC)

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

DOS PÚLPITOS DOS CARDEAIS ÀS
CÁTEDRAS DOS JURISTAS: O USO
DA COR PÚRPURA NA LITURGIA DA
VIRTUDE DA ORDO IURIS ACADÊMICA
ENTRE MEDIOEVO E MODERNIDADE

FROM THE PULPITS OF CARDINALS
TO THE CHAIRS OF JURISTS: THE USE
OF THE COLOR RED IN THE LITURGY
OF VIRTUE OF THE ACADEMIC ORDO
IURIS BETWEEN MIDDLE AGE AND
MODERNITY

Arno Dal Ri Júnior

... 17 ...

Arno Dal Ri Júnior

OS REFLEXOS DO ATIVISMO JUDICIAL
EM FACE DA AMPLIAÇÃO DO ACESSO
AO PODER JUDICIÁRIO COMO
INSTRUMENTO DE TUTELA DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE

THE EFFECTS OF JUDICIAL ACTIVISM
IN THE FACE OF INCREASED
ACCESS TO THE JUDICIARY AS AN
INSTRUMENT FOR PROTECTING
PERSONALITY RIGHTS

*Daniely Cristina da Silva Gregório
Rodrigo Valente Giublin Teixeira*

... 47 ...

*Daniely Cristina da Silva Gregório
Rodrigo Valente Giublin Teixeira*

DIREITOS LGBTQ+ ENTRE ESTUDOS
INTERNACIONAIS QUEER E A
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

LGBTQ+ RIGHTS BETWEEN QUEER
INTERNATIONAL LEGAL STUDIES
AND THE JURISPRUDENCE OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS

*Fabício Bertini Pasquot Polido
Mariana Karla de Faria*

... 65 ...

*Fabício Bertini Pasquot Polido
Mariana Karla de Faria*

O MENOR, O LOUCO E A MULHER
DESONESTA: SUBJETIVAÇÃO E
PUNIÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA

THE MINOR, THE INSANE AND
THE DISHONEST WOMAN:
SUBJECTIVATION AND PUNISHMENT
IN THE JUSTICE SYSTEM

Fernanda Andrade Almeida

... 89 ...

Fernanda Andrade Almeida

SOLIDARIEDADE E TRANSPARÊNCIA:
O IMPACTO DAS REFORMAS NO
REGISTRO DE IMÓVEIS E O COMBATE
À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

SOLIDARITY AND TRANSPARENCY:
THE IMPACT OF REFORMS IN
PROPERTY REGISTRATION AND
THE FIGHT AGAINST MONEY
LAUNDERING IN BRAZIL

*Fernanda Ferrarini Gomes da Costa
Jorge Renato dos Reis*

... 109 ...

*Fernanda Ferrarini Gomes da Costa
Jorge Renato dos Reis*

A DUPLA CLASSE DE AÇÕES E SUA
IMPLICAÇÃO PARA ESTRUTURA DAS
ORGANIZAÇÕES

DUAL CLASS STOCK AND ITS
IMPLICATIONS FOR THE STRUCTURE
OF ORGANIZATIONS

*Gilberto do Couto Santos
Orlandi Celso da Silva Neto*

... 127 ...

*Gilberto do Couto Santos
Orlandi Celso da Silva Neto*

FUNDAMENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DA SOLIDARIEDADE		PHILOSOPHICAL AND LEGAL BASIS OF SOLIDARITY
<i>Guilherme Camargo Massaú</i>	... 157...	<i>Guilherme Camargo Massaú</i>
NAVIGATING THE REGULATORY LANDSCAPE OF VOLUNTARY SUSTAINABILITY STANDARDS IN INTERNATIONAL FOOD TRADE: A MULTILATERAL INTERPLAY		NAVEGANDO PELO CENÁRIO REGULATÓRIO DOS PADRÕES VOLUNTÁRIOS DE SUSTENTABILIDADE NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS: UMA INTERAÇÃO MULTILATERAL
<i>Jiangyuan Fu</i>	... 171...	<i>Jiangyuan Fu</i>
STATE GUARANTEES FOR THE SAFETY OF OFFSHORE OIL AND GAS INSTALLATIONS WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW AND IMMIGRATION LAW		GARANTIAS ESTATAIS PARA A SEGURANÇA DAS INSTALAÇÕES DE PETRÓLEO E GÁS OFFSHORE NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO IMIGRATÓRIO
<i>Koesmoyo Ponco Aji</i> <i>Sayed Fauzan Riyadi</i> <i>Jamin Ginting</i> <i>Henry Soelistyo Bud</i> <i>Anindito Rizki Wiraputra</i>	... 201...	<i>Koesmoyo Ponco Aji</i> <i>Sayed Fauzan Riyadi</i> <i>Jamin Ginting</i> <i>Henry Soelistyo Bud</i> <i>Anindito Rizki Wiraputra</i>
HISTORY AND CONSTITUTIONALISM OF THE GRAND DUCHY OF LUXEMBOURG: BRIEF NOTES		HISTÓRIA E CONSTITUCIONALISMO DO GRÃO-DUCADO DE LUXEMBURGO: BREVES NOTAS
<i>Lucas Reckziegel Weschenfelder</i> <i>Gabrielle Bezerra Sales Sarlet</i>	... 223...	<i>Lucas Reckziegel Weschenfelder</i> <i>Gabrielle Bezerra Sales Sarlet</i>
A IDENTIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: O REGULAMENTO DISCIPLINAR DA ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC) E A DESPERSONALIZAÇÃO DO SUJEITO ENCARCERADO		IDENTITY AS A PERSONAL RIGHT: THE DISCIPLINARY REGULATIONS OF THE ASSOCIATION FOR THE PROTECTION AND ASSISTANCE OF CONVICTS (APAC) AND THE DEPERSONALIZATION OF THE INCARCERATED SUBJECT
<i>Luís Gustavo Candido e Silva</i> <i>Gustavo Noronha de Ávila</i>	... 245...	<i>Luís Gustavo Candido e Silva</i> <i>Gustavo Noronha de Ávila</i>
ECO-TRIBUTAÇÃO E A ECONOMIA DO MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN		ECO-TAXATION AND ENVIRONMENTAL ECONOMICS: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF NIKLAS LUHMANN'S SYSTEMS THEORY
<i>Luiz Augusto Agle Fernandez Filho</i> <i>Jadson Correia de Oliveira</i>	... 265...	<i>Luiz Augusto Agle Fernandez Filho</i> <i>Jadson Correia de Oliveira</i>
O CONCEITO DE “ATAQUE ARMADO”, ATORES NÃO-ESTATAIS, E O USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: RUPTURA OU CONTINUIDADE?		THE CONCEPT OF “ARMED ATTACK”, NON-STATE ACTORS, AND THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW: RUPTURE OR CONTINUITY
<i>Luíza Leão Soares Pereira</i>	... 291...	<i>Luíza Leão Soares Pereira</i>

UNIÃO ESTÁVEL: DA INEXISTÊNCIA À INSEGURANÇA

*Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho
Marcelo de Oliveira Milagres* ... 317...

DE FACTO UNION: FROM NON-EXISTENCE TO LEGAL INSECURITY

*Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho
Marcelo de Oliveira Milagres*

IL RAPPORTO TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO AMMINISTRATIVO NELL'ESPERIENZA ITALIANA

Paolo Duret ... 347...

THE RELATIONSHIP BETWEEN ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND PROCESS IN THE ITALIAN EXPERIENCE

Paolo Duret

SOBRE LA CREACIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN (1825-1832)

Ramiro Castro ...373...

ON THE CREATION OF THE REPUBLIC AND THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTION (1825-1830)

Ramiro Castro

SECULARISMO E INCLUSÃO SOCIAL: LAICIDADE COMO BASE PARA OS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTQIAPN+

Romualdo Flávio Dropa ... 397...

SECULARISM AND SOCIAL INCLUSION: SECULARITY AS THE BASIS FOR THE RIGHTS OF THE LGBTQIAPN+ COMMUNITY

Romualdo Flávio Dropa

O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE FINANCEIRA MUNICIPAL NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A VIOLAÇÃO AO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CONTROLE EXTERNO

*Sandro Marcos Godoy
Carlos Alexandre Lima de Souza* ... 439...

THE RECOGNITION OF THE STATE OF MUNICIPAL FINANCIAL CALAMITY IN THE FISCAL RESPONSIBILITY LAW AND THE VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF EXTERNAL CONTROL

*Sandro Marcos Godoy
Carlos Alexandre Lima de Souza*

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO DO BRASIL: ACESSIBILIDADE E ALTERIDADE NA CONSTRUÇÃO DE UMA PEDAGOGIA DO ACOLHIMENTO

*Walter Lucas Ikeda
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth* ... 459...

PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE NATIONAL POSTGRADUATE SYSTEM IN BRAZIL: ACCESSIBILITY AND ALTERITY IN THE CONSTRUCTION OF A PEDAGOGY OF WELCOMENESS

*Walter Lucas Ikeda
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth*

MEMÓRIA HISTÓRICA / HISTORICAL MEMORY

PALAVRAS DO CONSELHEIRO AFFONSO PENNA NO LANÇAMENTO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Affonso Penna ... 481...

WORDS FROM ADVISOR AFFONSO PENNA AT THE RELEASE OF THE REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Affonso Penna

EDITORIAL

É com muito entusiasmo que apresentamos essa edição de número 85, visto que ela vem como um presente de comemoração do aniversário de 130 anos de fundação da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Denominada inicialmente como Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais da Capital do Estado de Minas Gerais (sediada na cidade de Ouro Preto na época) e atualmente designada como Faculdade de Direito da UFMG, em 21 de junho 1894, dois anos após da fundação da Faculdade, começou a publicar os primeiros artigos na Edição Inaugural de número 1 da Revista. Tal evento foi registrado por meio de entusiasmada e meritória manifestação de Affonso Penna, conforme documento incluído na seção de ‘Memória Histórica’, ao final desta edição 85.

No dia 21 de junho de 2024, celebramos com orgulho e satisfação o nascedouro da Revista que identifica em seu nome, a Faculdade de Direito da UFMG. Desde então, ela passou a ser um marco que destacando-se, de forma crescente, a sua importância como veículo de registro e divulgação de referência à comunidade acadêmica brasileira, dividindo com os seus leitores trabalhos de relevante valor científico e social.

Durante mais de um século, a nossa Revista tem sido um espaço fundamental para os debates jurídicos e as trocas de conhecimentos, contribuindo para a formação de pesquisadores, juristas, profissionais do Direito, professores, estudantes, e todos aqueles que se identificam como apreciadores de leituras carregadas de análises responsáveis e reflexões científicas, envolvendo a mais variada gama de temas sociais e jurídicos. Repartir o conhecimento é o escopo desse periódico, que vem cumprindo a sua missão, sempre de forma crítica, vibrante e engajada com a dinâmica da sociedade, atualmente caracterizada pelo fenômeno da globalização.

Aproveitamos essa oportunidade para manifestar o nosso respeito, apreso e sinceros agradecimentos a todas e todos os colaboradores que nos prestigiou ao longo desses 130 anos, grandes pensadores do Direito e juristas ímpares. É imensa a nossa honra por poder contar com a confiança depositada em nosso trabalho por pessoas tão ilustres e de notável conhecimento! Seguimos acolhendo os novos olhares, expostos de

modo individual e/ou em coautorias, trazidos por nossos colaboradores/as pesquisadores/as, nacionais e estrangeiros, que desvelam em seus textos os caminhos que a Ciência do Direito vem percorrendo, tanto no Brasil como em vários outros países. Certamente, esse movimento nos acrescenta importantes margens teóricas de comparação entre sistemas jurídicos e aprofundamento crítico-analítico absorvidos em cada reflexão aqui compartilhada. Como consequência, essa experiência proporciona a ampliação do conhecimento de variados modelos de sociedades, bem como à compreensão de suas dinâmicas e dos processos de criação e aplicação das normas jurídicas em cada espaço explorado.

Como tem sido a opção adotada por nosso periódico, essa edição é também marcada pela diversidade de abordagens temáticas, o que ilustra e reforça o caráter profundamente plural com o que se tem desenvolvido esse trabalho de editoração, durante todo o percurso da nossa história. Assim, se pode perceber, nas páginas que se seguem, o abrigo, pacífico e em ambiente eclético de instigantes investigações científicas, que comportam a coexistência crítica de opiniões, temas, ideias, teorias e diferentes métodos de abordagem analítico-científica, voltados para conteúdos jurídicos humanizados e socialmente relevantes.

Nesta edição comemorativa, iniciamos com reflexões sobre Direitos Humanos, destacando a análise dos direitos LGBTQ+ sob a perspectiva dos estudos internacionais *queer* e a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, da lavra de Fabrício Bertini Pasquot Polido e Mariana Karla de Faria (UFMG). Romualdo Flávio Dropa (UENP) propõe também uma discussão relevante ao abordar, em seu artigo, sobre o secularismo e a inclusão social, defendendo a laicidade como base para os direitos da comunidade LGBTQIAPN+.

Na seara do Direito das Famílias, Osvaldo José Gonçalves de Mesquita Filho e Marcelo de Oliveira Milagres (UFMG) exploram as nuances da união estável, questionando suas implicações jurídicas e a segurança jurídica envolvida nessa questão tão sensível ao direito.

No âmbito do Direito Empresarial, Gilberto do Couto Santos e Orlando Celso da Silva Neto (UFSC) analisam a dupla classe de ações e suas repercussões na estrutura das organizações. E, na seara do Direito Tributário Ambiental, Luiz Augusto Agle Fernandez Filho (UFBA) e Jadson Correia de Oliveira (UFS) discutem a eco-tributação, analisando o papel desta prática para a economia sustentável.

Sobre o Direito Material e Processual Penal, Fernanda Andrade Almeida (UFF) apresenta uma análise sobre subjetivação e punição dentro do sistema penal. Sandro Marcos Godoy e Carlos Alexandre Lima de Souza (UNIMAR) discutem o reconhecimento do estado de calamidade financeira e suas implicações no controle externo. Jorge Renato dos Reis e Fernanda Ferrarini Gomes da Costa (UNISC) abordam sobre o impacto das reformas no registro de imóveis e o combate à lavagem de dinheiro no Brasil.

Corroborando a diversidade temática dessa edição, Guilherme Camargo Massauá (UFPEL) investiga no campo da Filosofia do Direito sobre a solidariedade sob uma perspectiva filosófica e jurídica. Walter Lucas Ikeda e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ) trazem à luz a acessibilidade e a alteridade na construção de uma pedagogia do acolhimento para pessoas com deficiência no sistema nacional de pós-graduação.

Luís Gustavo Candido e Silva e Gustavo Noronha de Ávila (UniCesumar) discutem o tema da identidade como direito da personalidade, examinando o regulamento disciplinar da APAC e a despersonalização do sujeito encarcerado. Daniely Cristina da Silva Gregório e Rodrigo Valente Giublin Teixeira (UniCesumar) apresentam suas percepções sobre os reflexos do ativismo judicial na ampliação do acesso ao Judiciário como instrumento de proteção dos direitos da personalidade.

Adicionalmente, na área do Direito Internacional, Lucas Reckziegel Weschenfelder e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (PUCRS) apontam notas sobre a história e o constitucionalismo do Grão-Ducado de Luxemburgo. Luíza Leão Soares Pereira (UFRGS) analisa o conceito de “ataque armado” e o uso da força no direito internacional, discutindo se há ruptura ou continuidade. E, o artigo que fecha essa seção, recuperando dados da História do Direito, explora sobre o uso da cor púrpura na liturgia da virtude da *Ordo Iuris Acadêmica* entre a Idade Média e a Modernidade, sendo de autoria de Arno Dal Ri Júnior (UFSC).

Compondo a seção seguinte, dos artigos estrangeiros, destacamos as seguintes contribuições que se distribuem entre as áreas dos Direitos: Constitucional, Administrativo e Internacional. Inicialmente, é possível acompanhar as reflexões de Ramiro Castro (Universidad de la República - Uruguai) analisando a criação da República e a eficácia da Constituição. Paolo Duret (Università di Verona - Itália) examina em seu texto a

relação entre procedimento e processo administrativo. Jianguan Fu (National University of Ireland Maynooth - Irlanda) discute normas de sustentabilidade no comércio internacional de alimentos. Em coautoria, Koesmoyo Ponco Aji, Sayed Fauzan Riyadi, Jamin Ginting, Henry Soelistyo Budi e Anindito Rizki Wiraputra (Raja Ali Haji Maritime University e Pelita Harapan University - Indonésia) abordam garantias para a segurança de instalações de petróleo e gás *offshore* no contexto do direito internacional.

Fechamos esta edição com a seção de Memória Histórica, que conta com o Editorial do primeiro número da Revista, importante texto do Dr. Affonso Penna, diretor da Revista na época.

Repartimos a nossa alegria e reconhecimento, por essa edição festiva, com todos os autores, pareceristas, leitores, todos os membros que nos sucederam e os atuais da nossa equipe do corpo editorial, sem esquecermos dos muitos e dedicados estagiários que tanto se esforçam no intuito de colaborar para o aprimoramento da Revista. Acreditamos que foi o empenho de cada um de vocês e do trabalho realizado em conjunto que tornaram essa jornada possível ao longo desses 130 anos de história.

Por fim, convidamos toda a comunidade jurídica e acadêmica – nacional e internacional – para a leitura dessa edição 85 e para continuar engajados com nosso projeto de difusão do saber jurídico de qualidade. Que este aniversário seja não apenas uma celebração do passado, mas também um chamado para reflexões sobre o futuro, onde juntos poderemos explorar novas fronteiras do conhecimento e fortalecer o nosso compromisso com a pesquisa científica e a divulgação constante de saberes jurídicos. A Revista da Faculdade de Direito da UFMG se orgulha de ser um ponto de encontro e compartilhamento de ideias e reflexões que moldam o Direito em nosso país e ecoa ao redor do mundo!

PROF. TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU
DIRETORA-EDITORA

PROF. LUCAS CARLOS LIMA
DIRETOR-ADJUNTO

ARTIGOS / ARTICLES

DOS PÚLPITOS DOS CARDEAIS ÀS CÁTEDRAS DOS JURISTAS: O USO DA COR PÚRPURA NA LITURGIA DA VIRTUDE DA ORDO IURIS ACADÊMICA ENTRE MEDIOEVO E MODERNIDADE*

FROM THE PULPITS OF CARDINALS TO THE CHAIRS OF JURISTS: THE USE OF THE COLOR RED IN THE LITURGY OF VIRTUE OF THE ACADEMIC ORDO IURIS BETWEEN MIDDLE AGE AND MODERNITY

ARNO DAL RI JÚNIOR**

RESUMO

Os elementos cromáticos desempenharam no campo simbólico dos universos medieval e moderno um papel significativo, com impacto na política e no direito, delimitando categorias e salientando hierarquias. Transpassado por um e por outro, a *ordo iuris* acadêmica não teria como permanecer insensível a tal impacto, constituindo-se em um espaço de consolidação de um “direito das cores”. Inspirados nos cânones da Igreja e nas cerimônias nobiliárquicas, os professores de direito, aos quais vinha frequentemente outorgada a função de organizar os fatos e acomodá-los em normas antigas ou recentes, souberam transplantar desses para as solenidades acadêmicas os elementos cromáticos, usando-os como instrumento de legitimação na vida universitária. O uso da púrpura, cor que na liturgia católica recorda o sangue do martírio, mas também os dons do Espírito Santo, vem concedido pelo pontífice aos catedráticos de direito, tornando-se

ABSTRACT

Chromatic elements played a significant role in the symbolic field of medieval and modern universes, with an impact on politics and law, delimiting categories and highlighting hierarchies. Crossed by one and the other, the academic ordo iuris would not be able to remain insensitive to such an impact, constituting a space for the consolidation of a “law of colours”. Inspired by the canons of the Church and noble ceremonies, professors of law, who were often given the role of organizing facts and accommodating them in ancient or recent norms, knew how to transplant chromatic elements present in those ceremonies to academic solemnities, using them as an instrument of legitimacy in university life. The use of red, a colour that in Catholic liturgy recalls the blood of martyrdom, but also the gifts of the Holy Spirit, is granted by the pontiff to law professors, becoming also a symbol of the academic virtues of jurists.

* As pesquisas que fomentaram esse trabalho tiveram um primeiro fruto no artigo “A Liturgia das Virtudes na *Ordo Iuris* Acadêmica: Ritos e Paramentos nas representações de um estamento entre Medievo e Modernidade”, publicado na Revista *Quaestio Iuris*, desenvolvidas graças a uma série de diálogos travados com Paolo Grossi, em Florença, entre 2010 e 2011, e com António Manuel Hespanha, em Lisboa, na primavera de 2014. O presente artigo se conecta imediatamente ao primeiro enquanto fruto do desenvolvimento de uma mesma pesquisa, mas vem marcado pela influência dos inúmeros debates sobre iconografia jurídica medieval e moderna ocorridos com Georges Martyn, em Gante, entre 2019 e 2020, os quais se estendem até os dias de hoje.

** Realizou estágio de pós-doutorado na Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) e na Universiteit Gent (Bélgica). Doutor pela Università Luigi Bocconi e Mestre pela Università Degli Studi Padova. Professor Titular de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: arnodalri@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7734-0404>.

também símbolo das virtudes acadêmicas dos juristas. Servindo-se dos pressupostos teóricos oferecidos pela concepção de *ordo* medieval de Paolo Grossi, pelo “direito das cores” de Antônio Manuel Hespanha e pela iconografia jurídica de Georges Martyn, esse artigo tem por objetivo analisar as etapas percorridas no itinerário histórico de transplante dos elementos simbólicos da cor púrpura dos púlpitos dos cardeais da igreja às cátedras dos juristas nas universidades, servindo como instrumento de distinção dos professores de direito. Para isso serão analisados por primeiro os cânones que regem a liturgia das cores na Igreja e o papel nessa da cor vermelha, seguida pela sua legitimação e uso nas universidades medievais pelos catedráticos de direito e, por fim, sua consolidação na Idade Moderna nos ritos e parâmetros acadêmicos do estamento dos juristas.

PALAVRAS-CHAVE: História do direito. História das universidades. Cerimônias acadêmicas. Vestuário acadêmico. Direito das cores.

Using the theoretical assumptions offered by Paolo Grossi's conception of medieval order, Antônio Manuel Hespanha's "law of colours" and Georges Martyn's legal iconography, this article aims to analyze the stages taken by the historical itinerary of transplanting elements symbolic of the purple colour from the pulpits of the church's cardinals to the chairs of jurists in universities, serving as an instrument of distinction for law professors. To this end, the canons that govern the liturgy of colours in the Church and the role of the colour red will be analyzed first, followed by its legitimization and use in medieval universities by professors of law and, finally, its consolidation in the Modern Age in rites and academic vestments of the legal profession.

KEYWORDS: Legal History. History of the universities. Academic ceremonies. Academic dress. Colours law.

INTRODUÇÃO

O primeiro texto de historiografia jurídica em língua portuguesa a apresentar uma análise atual sobre o uso simbólico de elementos cromáticos no universo do Direito foi publicado por Antônio Manuel Hespanha, em 2006. Intitulado, “As cores e a instituição da ordem no Antigo Regime”¹, a pesquisa descortinava a existência do que o historiador português costumava chamar de um “direito das cores”, explicado desde a primeira Modernidade em diversos ambientes com uma certa solenidade pelos doutrinadores e aplicado pelas estruturas burocráticas europeias nas suas cerimônias. Denso e instigante nas suas especulações, o texto, contudo, se limitou aquele período tanto amado pelo seu autor, o Antigo Regime, não adentrando no universo em que por primeiro o uso de elementos cromáticos emergiu enquanto manifestação simbólica do poder.

A *ordo iuris* medieval², marcada por contínuas tentativas de hierarquização e de ordenação da sua efervescente realidade social, foi um fenômeno que

1 HESPANHA, 2006, p. 84.

2 *Ordo Iuris* no sentido proposto por Paolo Grossi (2001, p. 14), ou seja, “*un ordine che non si lascia scalfire dagli episodi grandi e piccoli della vicenda storica, perché si colloca al di là del potere politico e dei suoi detentori, svincolato dalle miserie della quotidianità, collocato nel terreno fondo e sicuro delle radici supreme dei valori. Un valore – immanente – la natura delle cose, un valore – trascendente – il Dio nomoteta della tradizione canonica, l'uno in assoluta armonia con l'altro secondo i dettami della teologia cristiana, costituiscono un ordo, un ordo iuris. Un ordo iuris che pertanto non può non scandire il diritto positivo, i vari diritti positivi, secondo gradi ascendenti di manifestazioni giuridiche che dalle regole transeuntí e contingenti della vita quotidiana salgono senza cesure, in spontanea e semplice continuità, al*

constantemente se serviu de subsídios cromáticos para legitimar suas prioridades no campo político e jurídico. Nessa, combinações policromáticas fomentavam mecanismos voltados a consolidar no imaginário social hierarquias e ordens próprias daqueles espaços culturais.

As faculdades de direito que foram surgindo no continente europeu a partir de 1088, com a fundação do *Studium generale* de Bolonha, se encontraram imersas nesse ambiente cultural em que a política e o direito se alimentavam de recursos visuais enquanto manifestações simbólicas de poder. Membros da “corporação dos intelectuais”, os professores que se dedicavam ao estudo jurídico eram observadores atentos dos ritos e das liturgias que marcavam as solenidades dos estamentos nobiliárquico e eclesiástico – dos quais uma parte considerável deles pertencia –, enquanto formas de poder que atuavam no imaginário social. É nesse contexto que, principalmente pelas mãos dos docentes juristas, as universidades elaboraram seus próprios ritos, com paramentos próprios, instituindo uma “liturgia das virtudes”³ acadêmicas que passou também a ter um impacto legitimador no imaginário. No que concerne aos aspectos cromáticos dessa liturgia, a inspiração veio sobretudo dos cânones da *sancta mater ecclesia*⁴ – que em um primeiro momento disciplinavam a utilização das cores nos paramentos e nos adereços de acordo com os períodos, datas comemorativas e cerimônias do calendário litúrgico –, para, logo a seguir, passar a discipliná-las também nas vestimentas de uso cotidiano dos clérigos, buscando reiterar visualmente a hierarquia entre presbíteros, bispos e cardeais, e destes com os membros dos demais estamentos da sociedade medieval.

O estamento dos clérigos, que elaborou e refinou ao longo dos séculos a “divina liturgia”, assistiu entre os séculos XIII e XIV a corporação dos intelectuais – ou dos “*lords of sciences*”, na riquíssima expressão anglófona – seguir os seus passos, também instituindo sua própria liturgia. O objetivo ao qual se propôs a pesquisa que fundamentou esse artigo foi analisar por quais motivos e por meio de quais manifestações simbólicas da *ordo iuris* ocorreu a partir da baixa Idade Média o processo de legitimação do uso da cor púrpura – o vermelho cardinalício – nas togas, nas insígnias e nos paramentos que os professores das faculdades de direito fazem uso nas principais solenidades do universo acadêmico.

livello supremo del diritto naturale e del diritto divino con tutta la loro ricchezza di principii normativi eterni e immutabili perché voce della Divinità stessa”. Vide, também, GROSSI, 2007, p. 15 ss.

3 Acerca da existência de uma “liturgia das virtudes” nas cerimônias e solenidades das faculdades de direito medieval, vide DAL RI Jr., 2024.

4 Nesse sentido, Jean Dauvillier (1958, p. 3) afasta por completo a hipótese de que o vestuário e os paramentos dos professores das faculdades de direito medievais tenham sido elaborados tendo por base o vestuário forense, o qual teria aparecido “*postérieurement et évolue parallèlement*”.

1. DO SACRIFÍCIO DO MARTÍRIO AOS DONS DO PARÁCLITO: A COR VERMELHA NA “DIVINA LITURGIA” CATÓLICA

As normas que regem o simbolismo das cores nas togas, insígnias e paramentos universitários têm sua origem mais remota no interesse de alguns teólogos, a partir do século VII, em descrever como as solenidades realizadas pela Igreja católica se utilizavam de um modo muito informal de aspectos cromáticos para representar os períodos e as datas principais do calendário litúrgico⁵. Somente no século XII, muito possivelmente como consequência tardia das reformas⁶ propostas por Papa Gregório VII⁷ na estrutura eclesial e por Graciano⁸ no direito canônico, houve um real interesse na emanação de normas voltadas a uniformizar as várias tradições então existentes em torno do uso das cores nos paramentos e adereços nos diferentes ritos. Mais no campo litúrgico do que do direito canônico propriamente dito, os escritos da época⁹ encontraram consenso ao atribuir às três cores principais significados bem precisos, sendo considerado o vermelho a cor da “Paixão de Cristo” – ou seja, do sacrifício por meio do martírio – e também dos dons do Espírito Santo. Em outras palavras, na primeira hipótese trata-se de representar a abnegação e a coragem virtuosa em oferecer a própria vida em prol de um ideal, enquanto na segunda, se referia aos dons concedidos pelo Paráclito¹⁰, dos quais cinco entre sete podem ser vistos também como virtudes típicas acadêmicas: sabedoria, inteligência, conselho, ciência e conhecimento¹¹. Esses cinco foram por primeiro atestados na teologia católica no “Tratado sobre os mistérios”¹² e no “Tratado

5 O calendário litúrgico é um instrumento usado na liturgia da Igreja Católica, na Igreja Anglicana e nas igrejas ortodoxas tendo por objetivo de reunir as normas litúrgicas que disciplinam os eventos e as solenidades de todos os dias do ano litúrgico, em todos os ritos previstos pela doutrina.

6 A reforma da Igreja Católica Romana ocorrida no século XI se constituiu em um movimento de renovação das normas canônicas e daquelas que regiam a estrutura eclesiástica, tendo significativos desdobramentos nos séculos posteriores, tratando sobretudo de temas como a relação do clero com as autoridades políticas e com as demais instâncias da vida social. Teve por principal resultado a afirmação da autonomia eclesiástica sobre o poder temporal, o acrescimento do poder pontifício e a imposição de uma estrutura teocrática à cristandade medieval.

7 Gregório VII (1015-1085), cujo nome de batismo era Ildebrando di Soana, foi o 157º papa da Igreja Católica, tendo seu pontificado entre os anos 1073 e 1085 marcado por enérgicas batalhas na tentativa de afirmar o primado papal sobre o poder temporal.

8 Graciano de Bolonha (cerca de 1080- cerca de 1150), jurista, professor de direito canônico na escola diocesana e bispo de Chiusi, na Itália.

9 Os textos manuscritos de AUGUSTODUNENSIS, 1182; DE DEUTZ, 1120; DE SAINT-VICTOR, 1133; BELETH, 1230.

10 Esses encontram-se descritos no Novo Testamento, em particular nos livros de I Coríntios, 12; Romanos, 12; e, Efésios, 4.

11 O número de dons concedidos pelo Espírito Santo não foi objeto de consenso nos primeiros escritos da patrística, sendo consolidado somente a partir das obras de Ambrósio de Milão.

12 “Portanto, lembre-se de que você recebeu o selo espiritual, o espírito de sabedoria e compreensão, o espírito de conselho e força, o espírito de conhecimento e piedade, o espírito de santo

sobre os sacramentos”¹³, obras de Ambrósio¹⁴, bispo de Milão, intelectual refinado cujos escritos são amplamente influenciados pelo neoplatonismo.

Na última década do século XII, o teólogo Lotário Di Segni¹⁵ – futuro Papa Inocêncio III –, será o primeiro a tratar de modo mais orgânico as normas consuetudinárias que até então regiam o uso das cores litúrgicas. No seu tratado “*De sacro altaris Mysterio*”, não só reconheceu a existência um processo de ampliação¹⁶, como fixou de modo bastante preciso o simbolismo que reveste cada cor. Os termos desse tratado foram adotados de modo definitivo e oficial durante o Concílio de Trento, por meio da norma *Ordo Missae*, emanada pelo papa Pio V no ano de 1570. Em ambos os casos, no tratado canônico e na norma conciliar, o vermelho – que passou a ser citado nos documentos eclesiásticos como “púrpura” – continuou a representar as virtudes do martírio e os dons do Espírito Santo¹⁷, simbolismo que já tinha sido validado no tratado “*Rationale*

temor, e preserve o que você recebeu. Deus, o Pai, te selou, Cristo, o Senhor, te confirmou e deu o penhor do Espírito em teu coração, como você aprendeu na lição apostólica” (SANCTI AMBROSII, 1974, VII, 42).

- 13 “Depois vem o sinal espiritual que você ouviu falar hoje na leitura. Pois, depois da fonte resta que ocorra o aperfeiçoamento, quando, por invocação do sacerdote, é derramado o Espírito Santo, o Espírito de sabedoria e de entendimento, o Espírito de conselho e de força, o Espírito de conhecimento e de piedade, o Espírito de santo temor, que são como as sete virtudes do Espírito. Não há dúvida de que todas as virtudes vêm do Espírito; mas estes são tão cardeais quanto os mais importantes”. In: Ambrósio. Tratado sobre os Sacramentos, livro III, capítulo II, parágrafo 8-9.
- 14 Aurelio Ambrogio (340-397) foi jurista, escritor, governador romano em Milão, bispo e um dos principais teólogos da Igreja no século IV, considerado um dos quatro doutores da Igreja ocidental, junto com Jerônimo, Gregório I e Agostinho, tendo esse último sido discípulo de Ambrósio.
- 15 Inocêncio III (1161-1216), tendo por nome de batismo Lotario dei conti di Segni, foi jurista, professor de direito canônico e o 176º papa da Igreja Católica, entre os anos 1198 e 1216.
- 16 “*De quatuor coloribus. Cap. XXXI. Contexta verò erant de Quatuor preciosis coloribus: purpura, cocco, bysso, hyacintho. Per purpuram regiae dignitatis significatur Pontificalis potestas, quæ via regia debet incedere, ne declinet ad dexteram vel deuiet ad finistram: ne liget dignos, aut soluat indignos. Per coccum coloris ignet, qui et bis tinctus fuisse narratur, significatur pontificalis doctrina, quæ ficut ignis lucere debet et vrere. Lucere debet per promissionem, vt: Omnis qui re liquerit domum, aut patrem, et matrem etc. centuplum accipiet, et vitam æternam possidebit. Vrere debet per comminationem, vt: Omnis arbor quæ non facit fructum bonum excidetur, et in ignem mittetur. Per byssum candoris eximii, significatur præclaritas famæ, quæ debet esse retorta, vt Pontifex habeat bonum testimonium, secundum Apostolum, etc ab his qui sunt intus, ac ab his qui sunt foris. Per hyacinthum coloris ærei signatur serenitas conscientiae, quam intra se pontifex debet habere secundum quod dicit Apostolus: Glorie nostra haec est, testimonium conscientiae nostrae*” (INNOCENTII III, 1566, p. 20). A partir do século XIII as normas litúrgicas que regem o cerimonial dos bispos passam a admitir também uma sexta cor como de uso subsidiário – o rosa –, que substitui o roxo no III Domingo do Advento (*Gaudete*) e no IV de Quaresma (*Laetare*).
- 17 Nas igrejas de rito orientais os paramentos de cor vermelha eram utilizados também nas cerimônias fúnebres, tradição que se perpetuou no Ocidente somente nas exéquias dos pontífices, quando o corpo do papa defunto, os celebrantes e concelebrantes utilizaram casulas e dalmáticas vermelhas.

divinorum officiorum”, escrito por Guillaume Durand¹⁸ em 1286, obra de grande difusão na Idade Média¹⁹ e entre as primeiras a serem impressas, com traduções ao alemão, ao italiano, ao francês, ao inglês e ao espanhol.

A cor púrpura, enquanto cor do martírio e dos dons do Espírito Santo, passou por um ulterior processo de ressignificação na teologia católica durante o I Concílio ecumênico de Lyon, ocorrido no ano de 1245²⁰, na França. Em meio a segunda sessão deste, Papa Inocêncio IV determinou que fosse o vermelho a cor de uso exclusivo dos chapéis dos cardeais da igreja²¹. As versões que tentam explicar as razões para essa determinação são muitas. A primeira, mais nobre e teologicamente elegante, indicava os cardeais como os escolhidos entre homens de grande virtude e abnegação, prontos a derramarem o próprio sangue no martírio em prol de Cristo e da Igreja, assim como agraciados pelos dons do Espírito Santo. A segunda versão, bem menos nobre e sem algum fundamento teológico, salienta a vaidade do pontífice, que teria concedido aos cardeais o uso do chapéu vermelho – o galero –, somente como forma de distinguir dos demais presentes aqueles criados por ele mesmo. A versão que ficou para a posteridade e se fixou como tradição, sendo reiterada por normas canônicas até os dias de hoje, foi, obviamente, a primeira²², imortalizada na fórmula de imposição do galero pelo papa em cerimônia utilizada até 1969, quando o acessório foi suprimido²³:

Para louvor de Deus Todo-Poderoso e para ornamento da Santa Sé, recebi o galero vermelho, distintivo sinal distintivo do cardinalato, pelo qual deveis ser intrépidos e para o qual fostes designados até à morte pelo derramamento de sangue pela exaltação de a Santa Fé, pela paz e tranquilidade do povo cristão e pela difusão e estabilidade da Santa Igreja Romana. Em nome do Pai, do Filho e do Espírito Santo²⁴.

Segundo reportam as crônicas do cardeal Henrique de Susa, o “Hostiense”²⁵, um dos proeminentes professores medievais de direito canônico

18 Guillaume Durand (1230-1296) foi filósofo escolástico, sacerdote dominicano, professor de teologia e bispo de Mende, na França, tendo obtido fama no período devido a algumas de suas teses rejeitarem a doutrina filosófica de Tomás de Aquino.

19 PETTINAU VESCINA, 2019, p. 515.

20 BARTOCCI, 2002, p. 497; NOONAN, 1996, p. 191.

21 “*In questo tempo il Pontifice ordino che li Cardinali portassero il capello rosso*” (CORII, 1503, p. 172). Vide, RENAZZI, 1803, p. 12.

22 Enquanto que a segunda acabou se perdendo no mundo das anedotas cardinalícias.

23 A supressão se deu por meio da instrução “*Ut sive sollicite*” emitido pela Secretaria de Estado Vaticana, em 31 de março de 1969.

24 “*Ad laudem omnipotentis Dei et Sanctae Sedis ornamentum, accipe galerum rubrum, insigne singularis dignitatis cardinalatus, per quod designatur quod usque ad mortem et sanguinis effusionem inclusive pro exaltatione sanctae fidei, pace et quiete populi christiani, augmento et statu Sacrosanctae Romanae Ecclesiae, te intrepidum exhibere debeas. In nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti*”.

25 Henrique de Susa (início do século XIII-271), que passou para os anais da história como o

do período, quando Inocêncio IV visitou a abadia de Cluny, na França, no ano de 1246, todos os cardeais já traziam consigo o chapéu na cor púrpura, um uso legitimado pelo fato de que esses “se encontram no dever de expor a vida em nome de Cristo, como denota a cor vermelha”²⁶.

2. DOS CARDEAIS AOS CATEDRÁTICOS: O PODER SIMBÓLICO DA COR PÚRPURA NA CORPORAÇÃO DOS INTELECTUAIS

A passagem da cor dos mártires dos púlpitos às cátedras se apresenta munida de uma lógica própria no interior do imaginário²⁷ medieval e estava ligada não só à origem das universidades nas antigas escolas-catedrais²⁸, reformadas por Carlos Magno sob o projeto de Alcuíno de York²⁹, ou ao fato de boa parte dos santos serem intelectuais refinados, como o eram Ambrósio, Agostinho, Catarina de Alexandria e Ivo de Kermartin. Também a influência do modelo das corporações de ofício, que fazia das universidades a “corporação dos intelectuais”³⁰, transpassava esse fenômeno à medida que essas instituições de formação profissional tinham suas devoções e capelas próprias, assim como, e sobretudo, os seus santos patronos. As universidades medievais não se sub-

“Hostiense”, foi professor de direito canônico em Bolonha, em Paris e em Oxford, sendo eleito em 1244 bispo de Sesteron na Provença (1244) e, logo após, arcebispo de Embrun (1250) e, a partir de 1261, cardeal bispo de Óstia e Velletri.

- 26 HOSTIENSIS, Henricus de Segusio, e, em PARAVICINI BAGLIANI, 2000, pp. 384-393.
- 27 No sentido utilizado por CASTORIADIS, 1982, p. 13.
- 28 *Scholae cathedrales* foram instituições de ensino mantidas junto às dioceses e às abadias a partir do século VI com o intuito de educar o clero e alguns poucos leigos de famílias nobres em que eram lecionadas as matérias que compunham o “*Trivium*” (gramática latina, retórica e dialética) e o “*Quadrivium*” (aritmética, geometria, astronomia e música), além de ciências naturais, tendo por base a obra “*Naturalis Historia*”, de Plínio, o “velho”. Vide, a respeito, ROSSO, 2018, p. 57 ss.
- 29 Alcuíno de York (735-804) nobre inglês nomeado por Carlos Magno como abade de São Martinho, em Tours, foi teólogo e educador, tendo sido responsável pela reforma escolástica instituída pelo Imperador, por meio da qual passou a ser exigido que todo o clero, sob pena de suspensão do cargo, fosse alfabetizado, apresentando os conhecimentos necessários para o exercício das funções clericais. Alcuíno elaborou também um programa de ensino fundamental universal, partindo do pressuposto que todas as crianças deveriam estudar literatura, o que pressupunha a criação de escolas em todas as cidades, com ensino gratuito ministrado pelo clero.
- 30 Jacques Le Goff, em um capítulo específico da obra “*As raízes medievais da Europa*” (2007, p. 178-179), intitulado “A ‘bela’ Europa das cidades e das universidades”, oferece uma panorâmica bastante articulada sobre a instituição das universidades medievais no século XIII, o qual deve ser lido em conjunto com a outra obra que se dedica exclusivamente aos produtores do conhecimento no período medieval francês, com uma vasta análise sobre o papel desempenhado pelos professores universitários, vistos como membros de uma instituição que se move por meio das mesmas lógicas que marcaram as corporações de ofício: LE GOFF, 2006, p. 93 ss. Ainda mais específico sobre o tema, vide o capítulo “as universidades enquanto corporações”, na obra VERGER, 1990, p. 47 ss. Sobre a história das universidades, em geral CHARLE, VERGER, 1994; SERRÃO, 1983.

traíam a essa tradição, tendo cada uma o seu “padroeiro”³¹ – os quais eram escolhidos devido às circunstâncias da vida pessoal ou virtudes próprias indicadas como próximas do universo acadêmico –, tendo suas imagens reproduzidas nos brasões das universidades. Em poucas palavras, durante toda a sua existência o mundo universitário medieval europeu foi refém de tensões entre tentativas de descanonização do seu território existencial, de suas práticas e seus discursos, e de contínuos retornos às tradições mais arraigadas no catolicismo romano, como aquelas de encontrar-se sob a bênção de algum orago. É por meio desse fluxo mais amplo no transplante de tradições e de normas consuetudinárias entre instituições medievais que se tornou possível e palpável o movimento que levou a cor púrpura cardinalícia dos púlpitos às cátedras, assim como entronizou os protagonistas da história da sagrada escritura e da história eclesiástica nas salas de aula das universidades.

No que concerne aos aspectos cromáticos do vestuário acadêmico, em particular, a passagem da cor dos mártires dos púlpitos às cátedras jurídicas, os poucos registros medievais que nos chegaram são bastante eloquentes. Estes podem ser encontrados em ambientes muito diferentes entre si, como a Itália e a França, assim como, em menor escala, a Inglaterra. É no ambiente francês, contudo, em que emergem de modo mais sistemático elementos aptos para validarem a suposição de que a partir do século XIV ocorreu a migração do uso do vermelho – ou “púrpura cardinalício” – do campo simbólico eclesiástico para aquele acadêmico, se tornando a cor predominante no vestuário dos juristas.

No contexto italiano, Giovanni Boccaccio³² em carta datada de 1348, a qual faz parte da monumental obra “*Decameron*”, trata do tema reportando a suntuosidade escarlate das togas dos acadêmicos juristas provenientes da Universidade de Bolonha:

Como nós vemos todos os dias os nossos cidadãos que voltam de Bolonha enquanto juízes, médicos e notários, com vestes longas e largas, alguns de cor escarlate, outros com togas, além de outras aparências bastante grandiosas³³.

Essa mesma hipótese vem atestada na historiografia da época por Bernardo Corio, ao narrar que em uma das solenidades previstas para a visita que

31 Exemplos concretos são aqueles referentes às Universidade de Pádua, que tem como patrono o Cristo Redentor; a Universidade de Pavia com Santo Agostinho; a Universidade de Pisa, com Santa Catarina de Alexandria; a Universidade de Perugia, com Santo Erculano; a Universidade de Paris com São Nicolau; a Universidade de Oxford com Santa Fredesvinda; a Universidade de Cambridge com Santa Radegunda; a Universidade de Louvânia com São Pedro; a Universidade de Salamanca com Santo Tomás de Aquino; a Universidade de Coimbra com Nossa Senhora da Imaculada Conceição. Vide, a respeito, VERGER, 1990, p. 66; e, CASTELLI, GRECI, 2013.

32 Giovanni Boccaccio (1313-1375) foi poeta e literato, sendo considerado conjuntamente com Dante Alighieri e Francesco Petrarca um dos pais da língua italiana.

33 BOCCACCIO, 1956, p. 682.

Papa Martinho V fez à Milão, em 16 de outubro de 1418, os cardeais e os cate-dráticos de direito estavam lado a lado “vestidos de púrpura com os capuzes e golas forradas de lã”³⁴. No âmbito da literatura jurídica, as descrições de Guido Panzirolus³⁵ e de Mauro Sarti³⁶ vão na mesma direção, o primeiro indicando que os professores juristas usavam “chapéus redondos de cor carmesim e longas vestes compridas da mesma cor”³⁷ e o segundo, ao narrar o funeral de Egídio Foscarari³⁸, ocorrido em 9 de janeiro de 1289, afirmando que as leis da cidade de Bolonha dispunham que “nenhuma vestimenta vermelha deveria ser utilizada nos funerais, exceto aquelas dos professores de direito e dos soldados”³⁹. Sobre esse mesmo evento, Savigny afirmava ter sido a primeira cerimônia em que professores de direito romano e de direito canônico apresentaram-se juntos vestindo togas vermelhas, que antes, eram na Universidade de Bolonha de uso exclusivo dos primeiros⁴⁰. Ainda confirmando os demais, Christoph Meiners falava que os juristas de Bolonha do século XIV “demonstravam a arte não só através de grandes chapéus, mas também através de preciosas togas de cor púrpura”⁴¹. Os usos nas demais universidades italianas não eram diferentes. Vincenzo Bini afirma que os professores de direito vestiam “uma toga longa de cor vermelha com pelos pendentes em torno aos ombros e ao peito, um chapéu ou borla redondo igualmente de cor vermelha”⁴², enquanto Annibale Mariotti reportava que no encontro com Pio II em Perugia, em 1459, “os professores caminhavam colegialmente com as samarras de pelos e todos vestidos com o vermelho”⁴³.

No campo da iconografia jurídica⁴⁴, representações bastante significativas chegaram aos nossos dias. Em duas gravuras que se encontram no acervo da

34 CORII, 1503, p. 498.

35 Guido Panzirolus (1523-1599) foi professor de direito civil na Universidade de Pádua, na Itália.

36 Mauro Sarti (1709-1766) foi monge camaldolense, filósofo e historiador, tendo sido responsável pelo primeiro grande projeto de resgate dos documentos dos primeiros séculos da Universidade de Bolonha, patrocinado durante os pontificados de Bento XIV e de Clemente XIII.

37 PANZIROLLUS, 1637, p. 95.

38 Egídio Foscarari (1219-1289) foi um dos glosadores, tendo sido o primeiro leigo a lecionar direito canônico na Universidade de Bolonha.

39 *Memoralibus Communis Boniniae*, 1276. Vide, ainda, SARTI, 1769, p. 370.

40 *Er starb 1289 in Bologna, wie aus der Grabschrift erhellt. Wegen der großen Verehrung, worin er stand, wurde damals zuerst durch ein Gesetz erlaubt, daß bei dem Begräbniß eines Canonisten die Begleiter in Scharlach gekleidet erschienen, welches bis dahin nur zur Ehre verstorbener Ritter oder Lehrer des Römischen Rechts geschehen durfte*” (SAVIGNY, 1850, p. 520).

41 MEINERS, 1804, p. 216.

42 BINI, 1816, p. 412.

43 MARIOTTI, 1836, p. 535.

44 No que se refere à análise histórica da iconografia jurídica, as pesquisas se valem sobre tudo do material produzido por Georges Martyn ao longo dos seus estudos sobre o tema e conso-

Universidade de Bolonha, datadas de 1354 e de 1387 – o “*Speculum Juridicae*”, de G. Duranti, e o “*Novella de Regulis Juris*”, de J. Andreae – professores de direito são retratados vestindo togas vermelhas munidas de capuz vermelho, com longas capas também vermelhas, e, um terceira gravura, de algumas décadas mais tarde, presente no “*Commentariorum super Libro II Decretalium*”, de Antonius de Butrio, o autor – que era doutor em direito civil e em direito canônico –, é representado com uma toga vermelha munida de capuz da mesma cor⁴⁵. A cor púrpura cardinalícia dos quais os professores de direito se apropriaram imperou, por fim, nas pinturas retratando os docentes da Universidade de Bolonha que se encontram nas paredes do “*Archigimnasio*”⁴⁶. A riqueza nos detalhes das vestes dos glosadores e dos comentadores também podem ser vistos nos retratos póstumos de Accursio⁴⁷, de Baldo degli Ubaldi⁴⁸, de Martinus Gosia⁴⁹, de Giovanni da Legnano⁵⁰ e de Bartolo de Saxoferrato⁵¹ pintados por inúmeros artistas confirmando a primazia da cor vermelha nas togas e capas.

Sendo o clero e a nobreza os dois principais estamentos de então, ambos contemplando o vermelho como a “cor do poder” e concedendo o seu uso exclusivo aos níveis mais altos da sua hierarquia, parece ser razoável a ideia de que os membros do estamento dos juristas que compunham os quadros da corporação dos intelectuais, avocassem para si o uso exclusivo dessa mesma cor nos corredores dos ateneus medievais italianos. A “cor do poder”, como afirma com razão Michel Pastoureaux, desde o I Concílio de Lyon era reservada na Igreja aos cardeais espalhados pela península itálica, muitos sendo professores de direito canônico, todos dedicados à gestão e compondo os quadros de legisladores do papado, os quais tinham um compromisso de sangue com os valores da instituição que representavam. No interior das universidades os juristas se viam nessa mesma condição, como os únicos com a clarividência – a inteligência, a ciência, o conhecimento, o conselho, a sabedoria, ou seja, munidos com os dons do Espírito Santo – para a ler as manifestações da *ordo iuris* na sociedade e a partir dela organizar demiurgicamente os fatos sociais. Eram também considerados os gestores por excelência, com um compromisso de sangue tal qual o martírio,

lidadados em MARTYN, HUYGEBART, 2018, p. 3 ss.

45 SALMI, 1954, p. XI.

46 Boa parte deles estando reproduzidos em FAVA, 1932, p. 360 ss.

47 Entre as quais a mais famosa é o retrato pintado por Cristofano dell’Altissimo.

48 Retrato de artista desconhecido mantido no Arquivo Histórico da Universidade de Bolonha.

49 Retrato de artista desconhecido mantido no Arquivo Histórico da Universidade de Bolonha.

50 Retrato de artista desconhecido mantido no Arquivo Histórico da Universidade de Bolonha.

51 Retratado pelo estúdio de Federico da Montefeltro, por Cristofano dell’Altissimo e por Antonio Maria Crespi, assim como na iluminatura contida terceira página do manuscrito “*Commentaria in primam partem infortiati*” pertencente ao acervo da biblioteca da Universidade de Glasgow, e na pintura “*Ritratto degli uomini illustri di Sassoferrato*”, de autor desconhecido pertencente a escola toscana, datado da metade do século XVI e mantido no Palazzo Comunale de Sassoferrato.

com a justiça e com o direito. Esse movimento de expansão do uso exclusivo da cor vermelha para os catedráticos de direito poderia ser visto no imaginário da sociedade itálica medieval como parte de um processo de continuidade entre as elites das estruturas eclesiástica, nobiliárquica e acadêmica.

Se no ambiente itálico a exclusividade no uso do vermelho pelos professores de direito parece ter ocorrido no campo consuetudinário, como um fenômeno de apropriação ocorrido de modo espontâneo, os fatos registrados na França apontam para uma outra direção, que tem início com uma intervenção direta do papado⁵². Os primeiros registros franceses que legitimaram o uso reservado aos professores constam em duas normas emanadas pelo Papa Bento XII⁵³, a primeira, uma constituição canônica datada de 20 de junho de 1336⁵⁴, cujo tema era o vestuário dos acadêmicos na Universidade de Paris, e, a segunda, os estatutos outorgados à Universidade de Montpellier, em 7 de março de 1339⁵⁵. Ambas constituem as primeiras normas jurídicas propriamente ditas sobre o tema, e, juntamente com o fenômeno consuetudinário italiano, estão na origem de uma tradição que se alastrou por toda a Europa⁵⁶.

A primeira norma outorgava aos catedráticos das faculdades jurídicas praticamente o mesmo direito dado por Inocêncio IV aos cardeais no I Concílio de Lyon, de 1245, ou seja, o uso exclusivo da cor púrpura nos chapeis⁵⁷ como símbolo de honra e dignidade. Na verdade, a primeira norma deu início a dois fenômenos paralelos nas universidades, um em nível externo e outro em nível interno. “*Extra mura*”, se teve o reconhecimento formal de uma prerrogativa da qual os catedráticos juristas da velha península já tinham sem muito alarde se apropriado, estendendo-a aqueles da Universidade de Paris; “*intra mura*”, ocorreu na *ordo iuris* acadêmica a reprodução do reconhecimento que os cardeais tinham recebido no interior do estamento dos clérigos, ou seja, os

52 DAUVILLIER, 1958, p. 5.

53 Ex-aluno da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, na qual obteve o grau de *magister*, Jacques Fournier (1285-1342), foi o 197º papa da Igreja Católica, sob o nome de Bento XII, tendo seu pontificado iniciado em 1334 e se concluído com a sua morte em 1342.

54 *Benedictus XII Constitutionem pro bono regimine Ordinis S. Benedicti promulgat, in qua multa de studiis Ordinis, praesertim Parisiis, statuit, et quaedam statuta studii Paris, affert. 1336, Junii 20, Avenione.*

55 GERMAIN, 1880, p. 183.

56 PASTOUREAU, 2016, p. 74.

57 O paramento de cobertura dos professores universitários munidos do “*ordinariato*” na Idade Média – utilizados até hoje com nas cerimônias acadêmicas –, é um chapéu esférico – que na tradição ibérica é ornado como passamanaria da qual pendem tufo de fios tomando a forma de uma campânula com as cores da área de conhecimento a qual pertencem –, é chamado na língua portuguesa de “borla” e naquela espanhola de “*birrete*”, enquanto que nas línguas italiana, francesa, alemã e inglesa com as expressão “*tocco*”, “*toque*”, “*barrets*” e “*trencher*”, respectivamente. Na tradição ibérica a borla serve também para o momento da colação de grau, quando o reitor ou professor ordinário que preside a sessão solene à impõe momentânea sobre a cabeça de cada um dos formandos. Vide, a respeito, GROVES, 2011.

catedráticos de direito passando a figurar como corpo de elite da corporação dos intelectuais. Na colossal obra que resgatou a história da Universidade de Paris, Georges Perièrs não ignorou essa relação direta entre a concessão dada aos cardeais e a concessão dada aos catedráticos da área jurídica:

Os professores catedráticos usavam uma túnica vermelha com samarra peluda, e os professores simples usavam a túnica sem samarra. A origem deste rico traje remonta a Bento XII. Este papa que estudou em Paris, quando ainda era Jacques Fournier, quis demonstrar a sua benevolência para com o Direito dando aos professores juristas um chapéu vermelho como distintivo da sua dignidade⁵⁸.

A constituição canônica de 20 de junho de 1336 era bem clara, permitindo o ensino do Direito nas universidades somente aos professores portadores do chapéu vermelho⁵⁹, sendo complementada pelo decreto “*Facultas decretorum de vestitu magistrorum regentium congregationibus Universitatis adsistentium*”, de 1337, que obrigava os catedráticos a se apresentarem sempre munidos desse⁶⁰, de cor vermelha, sob pena de não terem direito à voz nas aulas e nas reuniões⁶¹.

A segunda norma, os estatutos concedidos pelo mesmo pontífice à Universidade de Montpellier, emanado em 1339, prevendo no capítulo dedicado à “honestidade das roupas e à tributação do vestuário” uma espécie de “*dress code*” medieval, encontra-se disposto que “os professores seculares, lecionando normalmente o Direito, são obrigados a lecioná-lo com o chapéu vermelho”⁶². Em ambas as normas a referência é, contudo, limitada à exclusividade do uso de chapéu em cor púrpura – como aconteceu com os cardeais na outorga feita no âmbito do I Concílio de Lyon –, não sendo mencionado o uso na toga. Essa situação se repetiu quando Guillaume Bochetel elencou os membros da procissão que acompanhou Eleonora da Áustria, segunda esposa do rei Francisco I, na cerimônia de sua consagração, na Basílica de Saint Denis, em uma narrativa que trata de modo indiferente todos os catedráticos de direito ali presentes, independente da universidade de origem⁶³.

58 PERIÈRS, 1890, p. 47; já cinquenta anos antes essa mesma tese era levantada por DUBARLE, 1844, p. 143.

59 “*seu quod nullus sine rubea cappa decretum legat seu legere permittatur ibidem*” (DENIFLE, 1897, p. 465).

60 “*Eodem anno xiiijs mensis augustis facultas solemniter congregata, confirmando et exequendo ea que in allis congregationibus fuerant tractata et deliberata, statuendo decrevit, quod nullus regens in dicta facultate presumat de cetero interesse in congregacionibus Universitatis nisi aliquo habituum sequentium sit ornatus, scilicet cappa, epitogio, mantello foderato vel capucio foderato*” (DENIFLE, 1897, p. 598); citado também em FOURNIER, DOREZ, 1892, p. 28.

61 “*Quod si quis in contrarium attemptaverit, pro illa vice careat vocis suffragio*” (DENIFLE, 1891, p. 598).

62 GERMAIN, 1877, p. 79.

63 GODEFROY, 1619, p. 232.

O primeiro registro de normas reservando aos professores de direito não só o uso do chapéu, mas também a capa na cor púrpura é de 1423, na Universidade de Toulouse⁶⁴, seguido de outros no mesmo sentido nas universidades de Paris⁶⁵, de Nantes⁶⁶ e de Angers⁶⁷. Nessa última, em 8 de outubro de 1484, os catedráticos de direito receberam o rei “em togas vermelhas”⁶⁸. A experiência francesa teria passado do universo medieval ao moderno com a reserva da “cor vermelha para os professores catedráticos, preta para os graduados inferiores, bacharéis professores e outros, com uma quantidade mais ou menos grande de peles, estando os atributos distintivos dos trajes da Faculdade”⁶⁹.

As normas consuetudinárias italianas, mas principalmente aquelas canônicas francesas, tiveram uma influência direta no outro lado do Canal da Mancha. Conforme reporta Hastings Rashdall⁷⁰, os catedráticos juristas de Oxford logo seguiram a indumentária de seus colegas parisienses adotando também o vermelho nos chapéis e, depois, nas togas. A esses posteriormente se somaram os juristas que atuavam nas faculdades de direito de Cambridge, Glasgow e Aberdeen.

3. BATALHAS CROMÁTICAS NOS CORREDORES DAS FACULDADES DE DIREITO DA MODERNIDADE

Entre as rupturas mais importantes na vida intelectual medieval e moderna encontra-se a tortuosa e lenta caminhada tentando conduzir à descanonização os universos político e jurídico, com a construção daquela teologia política própria dos Modernos descrita com propriedade por Carl Schmitt⁷¹. As universidades e seus professores encontravam-se exatamente no

64 FOURNIER, 1890, p. 782. Mencionado também por DAUVILLIER, 1958, p. 65.

65 “*quattuor Procuratores Nationum purpurea induti, Doctores in medicina et in decretis capa purpurea ornati*” (RICHER, 128 b).

66 “*L’Université s’assemble au même sujet le 24 Mai. [...] Elle ordonna à tous les suppôts des facultés de droit - canon et civil [...] d’avoir des chapes de taffetas ou de damas rouge avec les capuchons doublés de bleu; [...] sous peine à tous les suppôts qui n’auraient pas l’habit d’ordonnance de privation de leurs droits, privilèges et émolumens*” (TRAVERS, 1837, p. 326).

67 “*Il est aisé de voir que l’université de cette ville, en statuant, huit ans après, que ses régens, maîtres professeurs et bacheliers, porteroient des chapes surtout dans les écoles, se conformoit à la disposition de ces deux canons, et à l’intention des évêques qui les avoient portés; car de dire qu’elle entendoit parler des chapes rouges qu’il falloit que les lecteurs des décrétales portassent dans l’université de Paris, dans le temps de leurs leçons, et qu’elle en prescrivoit l’usage à son exemple*” (RANGEARD, 1868, p. 339).

68 LENS, 1880, p. 36.

69 PERIÈRS, 1890, p. 48.

70 RASHDALL, 1955, p. 640.

71 O processo de descanonização – que pode também ser chamado de “laicização” – ocorreu dentro de um movimento mais amplo, esse último bem delineado sob a análise de SCHMITT, 2006, p. 35 ss.

centro desses debates, com autores como Jean Bodin e Giambattista Vico – ambos professores –, estimulando, mas também sofrendo o impacto das novas tendências que oscilavam do teocêntrico ao antropocêntrico. Os salões das faculdades de direito testemunharam inúmeras tentativas de consolidação da nova teologia sem Deus, mantendo sempre intocada a “liturgia das virtudes” rica de manifestações simbólicas do estamento dos acadêmicos, com seus ritos, insígnias e paramentos, marcada pela exaltação de um conhecimento racional, em detrimento do que fazia a “divina liturgia” eclesial.

No interior desse movimento, como rejeição à pompa que marcava a suntuosa liturgia da cúria romana e como motivo de distinção dessa, em vários âmbitos da vida intelectual, entre eles os ateneus do velho continente, foi se consolidando a predileção pelo uso da austera cor preta nas vestimentas. Michel Pastoureau retrata esse fenômeno, indicando a opção por cores sóbrias no vestir-se como parte de um processo gradual, caracterizado pela existência de diferentes etapas em cada realidade cultural europeia⁷². Essas alterações começaram a se tornar mais evidentes nas páginas das doutrinas jurídicas enquanto fenômeno consuetudinário, quando o preto passou a ganhar força nas togas dos países do norte da Europa, fossem esses de cultura católica ou protestante, reservando o uso do vermelho a somente às insígnias e aos paramentos dos professores de direito. A iconografia em torno a Martinho Lutero⁷³, Ulrico Zwingli⁷⁴, João Calvino⁷⁵ e John Knox⁷⁶ apontam para essa direção: cor preta como típica do vestuário protestante justamente devido ao fato desses terem tido também formação universitária, com alguns deles tendo atuado na academia⁷⁷.

72 PASTOREAU, 2008, p. 79.

73 Lutero foi monge agostiniano, professor de teologia na Universidade de Wittenberg, além de doutor em estudos bíblicos, ocupações que utilizavam o preto como cor obrigatória, mantendo após a Reforma seu vestuário cotidiano nessa mesma cor. A opção de vestuário de Lutero apresentava analogias evidentes com aquelas dos três outros principais teólogos na gênese do Protestantismo, que também tinham formação universitária, se vestindo como tal, e se reconheciam no padrão intelectual (e estético) de “acadêmicos”, que se contrapunha aquela meramente de “pregador”.

74 Ulrico Zwingli estudou direito nas universidades de Viena e de Basileia, tendo nessa última recebido o título de “*magister artium*”.

75 João Calvino estudou direito na Universidade de Orleans, tendo publicado livros na área da filosofia.

76 John Knox estudou filosofia e história na Universidade de Glasgow, sendo reconhecido como acadêmico de ambas as áreas.

77 Além disso, o reconhecimento como membro da corporação dos intelectuais, evidenciado com o austero critério cromático do vestuário, distinguiu-os dos demais contestadores daquele período, elevando a autoridade nas nos púlpitos. A formação universitária de seus principais pregadores e o fato de ser um fenômeno religioso que valorizava o conhecimento exegético, reforçam ainda mais a hipótese de que também os critérios estéticos do vestuário pastoral tenham sido influenciados por aquele acadêmico.

São obras emblemáticas que narraram esse movimento de mutação cromática no norte da Europa aquelas do suíço Giovanni Battista Magone⁷⁸, mais centrada na estética do jurista, e dos alemães Christoph Ludwig Dietherr von Anwenden⁷⁹ e Hermann Wißmann⁸⁰, que expandem o estudo ao campo acadêmico⁸¹. O primeiro, apresentou esse deslocamento de eixo defendendo a ideia de que o vestuário do jurista deveria transmitir sobriedade, constância e estabilidade. Magone retratava, assim, o processo de migração para togas em cor preta⁸², a qual, “é o símbolo que distingue um estatuto particular e uma certa moral cívica”⁸³. O mesmo fenômeno foi constatado no campo da iconografia jurídica por Georges Martyn quando examinou o impacto nessa das normas emanadas no século XVII no Conselho da Flandres, as quais determinavam aos advogados e procuradores o uso de togas escuras e discretas, assim como a abstenção de ornamentos, como joias e enfeites⁸⁴.

O bávaro Christoph Dietherr, no dicionário organizado tendo por base os escritos de Cristophori Besaldi e publicado em 1659, no verbete “cor”, afirmava que esse último “coletou muitas coisas sobre a vestimenta e roupas dos Advogados, e entre outras coisas ele também faz palavras decentes sobre a cor dos Advogados, e [...] conclui que o preto é uma cor mais apropriada nas roupas”⁸⁵, uma opinião que poucos anos mais tarde foi compartilhada pelo saxão Hermann Wißmann, que partia do traçado por Magone para reiterar que o negro era a cor dos juristas por ser “a mais adequada, pois se torna o símbolo de firmeza e perseverança”⁸⁶. No que se refere exclusivamente à cor do chapéu, o jurista saxão constatava que “ao constituir doutores de qualquer Faculdade sabe-se que, entre outras cerimônias, também se utiliza a imposição de um chapéu [...]. Há, no entanto, uma diferença de cor não indigna, como observado aqui. Pois os juristas tinham um chapéu vermelho”⁸⁷.

A iconografia da primeira Modernidade retratou, contudo, outros fenômenos cromáticos pouco relatados na doutrina: se, por um lado, os professores de direito dos ateneus ibéricos e do norte da Europa optaram pela primazia da cor preta nas togas, mantendo o vermelho somente nos chapéis,

78 Giovanni Battista Magone (1560-1618) foi jurista e procurador pontifício na Suíça.

79 Christoph Ludwig Dietherr von Anwenden (1619-1689) foi jurista e procurador da cidade de Nuremberg.

80 Discípulo de Christian Thomasius, Hermann Wißmann foi advogado em Magdeburg.

81 Além dessas, também se dedicaram a análises de uma hierarquia cromática as obras de GULDTE, 1675, p. 5 ss.; LINDENBERG, 1681, p. 9 ss.; e de FISCHER, 1699, p. 3 ss.

82 MAGONII, 1608, p. 14.

83 PASTOREAU, 2008, p. 80.

84 MARTYN, 2018, p. 67.

85 DIETHERR VON ANWANDEN, 1659, p. 22.

86 WISSMANN, 1683, p. 23.

87 WISSMANN, 1683, p. 26.

samarras e eventualmente nos botões, por outro, as togas dos seus colegas nas faculdades de direito francesas⁸⁸, britânicas⁸⁹ e italianas⁹⁰ continuaram a usar o vermelha como cor predominante nas togas. Na doutrina, Ernest Glasson, defendeu a continuidade do uso da cor púrpura entre os catedráticos italianos, sendo seguidos pelos franceses quando afirmava que:

Os professores de direito das universidades obtiveram o privilégio de usar tecidos vermelhos e arminho reservados aos nobres, devido ao brilhantismo do ensino do direito na Itália naquela época⁹¹.

Do que nos chega dos textos de doutrina desses países, ostentar o escarlate nas togas era motivo de “orgulho e júbilo” para os catedráticos de direito: o simbolismo que revestia estava sempre ligado a intermináveis guerras e árduas batalhas intelectuais, empreendidas em infinitas disputas teóricas e acalorados debates em prol da justiça, sendo que os britânicos, em particular, regozijavam-se ao vestir as “capas acadêmicas de cor escarlate e de um vermelho ardente, pois a cor vermelha significa uma mente afervorada”⁹².

A primazia do vermelho na toga se consolidará de modo definitivo na França ao longo do século XVI, quando “a Faculdade de Direito de Paris, no lugar do chapéu vermelho, adota [...] a grande toga vermelha de cauda arrastada, com mangas largas franzidas na parte superior, que é uma transformação da antiga samarra”⁹³. Mesmo com exceções, como demonstram os retratos do calvinista Jacques Cujas⁹⁴, no quais predominava a cor preta⁹⁵, o

88 A pintura de Étienne Coulaud que ilustra a página 27 do manuscrito “*Chants royaux*”, de 1537, retratou os professores da Universidade de Paris no alvorecer da Modernidade com os juristas vestindo togas em vermelho. Ainda são emblemáticos nesse sentido os retratos de Jean Baptiste Furgole (1690-1761), professor na Universidade de Toulouse, por Guillaume Cammas; Aimé Rodière (1810-1874), também professor na Universidade de Toulouse; e Gustave Emile Boissonade (1825-1910), professor nas universidades de Paris e de Grenoble; e, por fim, Maurice Hauriou (1856-1929), professor de direito da Universidade de Toulouse. As togas forenses utilizadas pelos advogados permaneceram em cor preta.

89 É como vem retratado Francis Dicken (1680-1755), professor na Universidade de Cambridge, em pintura mantida no Trinity Hall da Universidade de Cambridge; e, William Blackstone (1723-1780), professor na Universidade de Oxford, em pintura de 1755, por artista desconhecido, mantida na National Portrait Gallery, em Londres. Também aqui as togas forenses utilizadas pelos advogados permaneceram em cor preta.

90 Como exemplo os retratos de Alberico Gentili (1552-1608), professor da Universidade de Oxford, em obra de Domenico Bruschi conservada na sala do Conselho da Província de Macerata; de Giambattista Vico (1668-1744), professor na Universidade de Nápoles, pintado possivelmente por Francesco Solimena e mantido na coleção do Palazzo Braschi, em Roma; e o retrato de Cesare Beccaria Bonesana (1738-1794), professor na Escola Palatina de Milão, incisão datada de 1812.

91 GLASSON, 1882, p. 4. Essa é a mesma tese de MARTYN, 2018, p. 66.

92 THORNDIKE, 1944, p. 215.

93 DAUVILLIER, 1958, p. 11.

94 Jacques Cujas (1522-1590) foi professor de direito nas universidades de Toulouse e de Bourges, na França, sendo considerado um dos maiores expoentes da corrente historicista do humanismo jurídico francês.

95 É o que demonstram os retratos de Cujas que se encontram no Musée du Vieux e no Tribunal

modelo adotado por Paris ecoou ao longo dos séculos, demonstrando manter-se com pouquíssimas alterações até os dias de hoje, influenciando diretamente outros ateneus jurídicos, como aquele da antiga Universidade de Orange, hoje não mais ativa, que em 1718 adotou um modelo muito similar ao parisiense⁹⁶, e da Universidade de Orleans, no qual o processo referente à eleição de um catedrático de direito corrido em 1742 menciona que ele vestia uma toga de cerimônia com capuz púrpura⁹⁷. Na Provença, será um “*arrêt*” do Parlamento a determinar, em 1742, o uso das togas vermelhas pelos professores de direito⁹⁸.

Na iconografia jurídica francesa esse fenômeno é evidente: as pinturas de alguns catedráticos, como Jean Doujat⁹⁹, Claude Pocquet de Livonnière¹⁰⁰, Guillaume Proustau¹⁰¹ e Jean-Baptiste Furgole¹⁰², retratam todos invariavelmente vestidos com togas vermelhas. Em nível documental, essa mesma primazia do púrpura encontra-se registrada na ata da reunião do conselho da Faculdade de Direito de Paris ocorrida em 26 de junho de 1681, mencionada por Perièrs¹⁰³, e na ata datada de 24 de maio de 1655, que se encontra no processo de posse de Jean Doujat¹⁰⁴ como professor catedrático de direito civil, na qual consta que o vestuário dos docentes de direito é composto por “uma capa ou toga púrpura semelhante a do Senado (com o chapéu, que destina-se apenas ao uso dos professores catedráticos, para serem distinguidos de seus antecessores e dos reitores)”¹⁰⁵. Mesmo assim ha quem afirme, como Jean-Eugène Bidemet, se referindo à Faculdade de Direito da Universidade de Orleans que “esta toga vermelha, com arminho ou não, com ou sem samarra, era o grande traje, e que nos dias normais os professores usavam uma toga preta simples”¹⁰⁶.

O direito ao uso da toga púrpura era, contudo, reservado aos catedráticos e assim continuou sendo por séculos, mesmo diante dos inúmeros protestos dos professores associados, que culminaram, em 1766, em momentos de tensão dentro da Faculdade de Direito de Paris, e com uma tentativa de demonstração de força por parte de seis associados, os quais, em 10 de março do mesmo ano, participaram da cerimônia fúnebre do príncipe herdeiro do trono da França,

de Apelação de Toulouse.

96 MILLET, 1878, p. 3.

97 BIMBENET, 1853, p. 304.

98 BELIN, 1896, p. 703.

99 Obra de Jean Touzé, encontra-se no acervo da Biblioteca da Sorbonne.

100 Obra de Barillot, encontra-se no acervo do Musée de Angers.

101 Obra de Sidonius Apollinaris, encontra-se no acervo da Bibliothèque Publique d'Orléans.

102 Obra de Guillaume Cammas, encontra-se no acervo do Musée des Augustins de Toulouse.

103 PERIÈRS, 1890, p. 248.

104 Jean Doujat (1609-1688) foi historiador, advogado e professor catedrático de direito civil na Universidade de Paris, assim como professor dos filhos de Luís XIV.

105 *Archives de la Faculté de Droit*, n. 4, 1655.

106 BIMBENET, 1853, p. 303.

na Igreja de Cordeliers, vestindo togas vermelhas. A consequência foi imediata, com várias denúncias e protestos¹⁰⁷ apresentados no Conselho Superior da Universidade e no Parlamento, sendo que esse último acabou por avocar para si o caso, afastando a jurisdição do reitor. O debate tomou dimensões ainda maiores nos autos, superando o simples litígio de ordem cromática, à medida que foi colocada a seguinte questão para a sua resolução: Os associados fazem parte do corpo da faculdade com o direito de tomar lugar nas suas assembleias, de assistir com voz deliberativa os concursos, de ministrarem conferências públicas?¹⁰⁸ A resposta veio por meio de um “*arrêt*” do Parlamento poucos meses depois¹⁰⁹, dando razão aos associados. Esse, porém, não passou de letra morta, sendo prova disso a negativa emitida pela Faculdade de Direito para o uso de toga vermelha pelo professor de direito francês, constando na sua ata de posse que:

Os mais ilustres Professores Associados caminhavam... vestidos com togas negras, com samarras púrpuras; depois os superiores mais estudados vestindo togas púrpuras, com samarras da mesma cor; entre os quais o segundo lugar foi ocupado pelo ilustre D. Clemens de Malleran, Professor Real de Direito Francês, em toga preta¹¹⁰.

A decisão do Parlamento sucumbiu, portanto, diante da antiga norma consuetudinária que continuou a legitimar o uso da toga púrpura por somente os catedráticos, em detrimento dos associados e seus contínuos protestos.

A reforma do sistema universitário instituída por Napoleão, que também tratou de aspectos cromáticos da indumentária acadêmica, tentou, mas ao final não conseguiu tocar na cor da toga escarlate dos catedráticos de direito. A partir de 1804, com a emanação do “*décret du 4. complémentaire an XII*”, a reforma alcançou o guarda-roupas universitário buscando, também com outras normas

107 Entre as quais, “*Mémoire pour les docteurs agrégés de la Faculté des droits en l’Université de Paris contre les docteurs régens en la même Faculté*” (In-4, 40 p.); “*Mémoire à consulter, et consultation pour les docteurs agrégés de la Faculté des droits en l’Université de Paris*” (In-4, 15 p.); “*Réponse pour les docteurs agrégés de la Faculté des droits en l’Université de Paris, aux assertions tirées du mémoire des docteurs régens en la même Faculté*” (Tn-4, 44 p.); “*Précis pour les doyen, syndic, et docteurs régens de la Faculté des droits de Paris contre M.^{es} Mathieu, Antoine Bouchaud et consors, tous docteurs agrégés en ladite Faculté*” (In-4 de 16 p.); “*Observations sommaires sur la réponse des agrégés au mémoire des professeurs*” (In-4, 12 p.); “*Réponse pour les doyen, syndic et docteurs régens de la Faculté des droits de Paris, au mémoire pour M.^{es} Mathieu, Antoine Bouchaud, etc.*” (In-4, 88 p.); “*Requête pour les doyen, syndic et professeurs de la Faculté des droits dans l’Université de Paris, contre les sieurs Bouchaud, Boyer, Saboureaux de la Bonneterie et consors, docteurs agrégés à la dite Faculté*” (Id-4, 34 p.), citados em LELONG, 1775, p. 33.

108 JOURDAIN, 1862, p. 433.

109 Arrêt du 6 septembre 1766, transcrito por LELONG, 1775, p. 33.

110 *Réponse pour les Docteurs agrégés de la Faculté des Droits à l’Univ. de Paris, aux assertions tirées du Mémoire des Docteurs régens en la même Faculté, par Vaubertrand, avocat.* Paris, Knapien, 1766, 44 p., 11, n. 24.

posteriores¹¹¹, torná-lo homogêneo em todo país. Somente por meio do decreto de 17 de março de 1808, a reforma dispôs de modo definitivo a cor preta para as togas dos professores, fazendo expressa exceção para aqueles das faculdades de direito e de medicina. No caso do vestuário dos professores juristas, a quebra da regra geral contida no dispositivo teria se dado devido ao fato do recém restabelecido Conselho da Faculdade de Direito de Paris ter decidido não abandonar “pura e simplesmente a toga escarlate da antiga Faculdade de Direito”¹¹².

O artigo 128 do citado decreto napoleônico definiu que “o traje comum a todos os membros da universidade será o hábito preto, com uma palma bordada em ceda azul no lado esquerdo do peito”, enquanto o artigo 129 apresentou as especificidades da regra geral: “Os catedráticos e professores darão suas aulas em togas de lã preta. Sobre a toga e no ombro esquerdo será colocado a palma, que variará de cor de acordo com as Faculdades e de bordado apenas de acordo com os graus”. O artigo 130 trouxe a aludida exceção à norma, afirmando que “os professores de direito e de medicina conservarão seu traje atual”. A questão teve uma resolução definitiva por meio do decreto emanado por Napoleão em 31 de julho de 1809, que se encontra ainda hoje em vigor¹¹³, ao prever, no seu artigo VII, que “os decanos e professores de faculdade usarão, à saber: para as faculdades de Direito e de Medicina, o traje já disposto por elas próprias”.

No caso dos docentes juristas, o que se entendia por “traje atual” ou “traje já disposto” era a toga vermelha, consolidada já no século XVI. Testemunham esse fato os retratos pintados de Aimé Rodière e de Maurice Hauriou, professores de direito na Universidade de Toulouse¹¹⁴. A antiga tradição se mantém até os dias hoje como continuidade aos antigos costumes, com a ostentação da toga púrpura com palma em cor vermelha, estando essa última no ombro esquerdo¹¹⁵ contendo os bordados segundo o grau que o seu portador possuir: um bordado para o bacharel, dois para o licenciado e três para o doutor.

A cor preta como predominante na toga dos professores catedráticos se consolidou nas universidades da Bélgica com o artigo 92 da lei orgânica de 25 de setembro de 1816¹¹⁶, que instituiu os ateneus estatais de Gante, Liege e

111 Entre estas, o *décret du 28 de floréal an XII* (18 de maio de 1805) e a instrução normativa de 19 de março de 1807.

112 DAUVILLIER, 1958, p. 32.

113 NEVEU, 1996, p. 490.

114 Ambos atualmente se encontram no acervo da Faculdade de Direito da Universidade de Toulouse.

115 BOEDEL, 1992, p. 221.

116 *Arrêté organique de l'enseignement supérieur dans les provinces méridionales du 25 septembre 1816*, artigo 92: “Le costume des professeurs ordinaires et extraordinaires sera un habit habillé noir, couvert d'une toge, suivant le modèle qui en sera fourni par le département de l'instruction des arts et de sciences”.

Lovânia, ainda no período do Reino Unido dos Países Baixos, sendo confirmada no decreto real de 8 de janeiro de 1838¹¹⁷, logo após a independência belga¹¹⁸. Os textos normativos anteriores, emanados entre 1425 e 1431 pela Faculdade de Direito¹¹⁹ da Universidade Católica de Lovânia, fazem referência a detalhes da vestimenta, mas são silentes no que concerne a aspectos cromáticos.

A lei orgânica publicada em 1816 determinava a elaboração de “modelos” por parte dos departamentos, sendo que as pesquisas realizadas sobre o tema até a presente data não encontraram traços desses nos arquivos locais¹²⁰. Os registros iconográficos de professores de direito das três universidades estatais realizados a partir da segunda metade do século XIX demonstram, porém, dois fenômenos bastante evidentes, ou seja, a existência de modelos bem definidos válidos para uso dos catedráticos de cada uma das universidades; e, um costume consolidado e uniforme da utilização do vermelho no paramento por meio de pequenos detalhes nessa cor, tais como botões, torçais e bordados nas mangas e na gola, suplantando a ausência de previsão oficial dessa nas duas normas de direito administrativo. Ainda no campo consuetudinário, até 1991 o uso da toga era exclusivo dos professores catedráticos e dos professores extraordinários¹²¹.

Seguiram caminho diferente os vestuários que se consolidaram na península ibérica – e, depois, na Iberoamérica –, principalmente a partir das três universidades mais antigas: Salamanca, Coimbra e Alcalá de Henares. Esses podem ser vistos como parte de uma tradição comum¹²², mantendo para os professores de direito a toga preta com borla¹²³, samarra e eventualmente botões em cor vermelha. No panorama espanhol, o traje teve sua consolidação¹²⁴ com o

117 *Arrêté royal du 8 janvier 1838 qui détermine le costume des fonctionnaires et employés des universités de l'Etat.*

118 DE CLERCK, DE MEYER, LANGENDRIES, VAN DER MEERSCH, 1992, p. 45.

119 AUBERT, 1984, p. 349, 356. Chama a atenção, nesse âmbito, o fato da obra de Victor Brandt (1906, p. 37 ss.) apresentar com riqueza de detalhes as cerimônias e atos solenes da faculdade de direito, sem fazer menção a modelos ou cores das vestimentas utilizadas pelos docentes.

120 GODDING, 1995, p. 15.

121 GODDING, 1995, p. 15.

122 HOMEM, 2024, p. 17.

123 O chapéu utilizado pelos professores nas cerimônias acadêmicas do mundo ibérico apresentam diferenças marcantes em relação aos que compõem a indumentária das demais universidades europeias: os docentes catedráticos, munidos do “*ordinariato*”, possuem a exclusividade no uso de um chapéu esférico – que na tradição ibérica é ornado como passamanaria de onde pendem tufos de fios tomando a forma de uma campânula com as cores da área de conhecimento a qual pertencem –, chamado na língua portuguesa de “borla” e naquela espanhola de “*birrete*”, corruptela da expressão latina “*bis rectum*”, referentes à retitude na vida acadêmica e na vida pessoal que deveriam ser mantidas pelo docente. Na tradição ibérica a borla serve também para o momento da colação de grau, quando o reitor ou professor catedrático que preside a sessão solene à impõe momentânea sobre a cabeça de cada um dos formandos. Vide, a respeito, GROVES, 2011

124 REDONDO VEINTEMILLAS, 2009, p. 429.

Decreto de 2 de outubro de 1850¹²⁵, ainda hoje em vigor, no qual artigo quarto consta que “os doutores usarão sobre a toga uma samarra de cetim da cor da Faculdade, forrada de seda negra com grande cogula”, enquanto que o artigo oitavo prevê que “as cores com as quais se distinguirão as Faculdades serão: branco aquela da teologia; vermelho aquela da jurisprudência”.

No panorama lusitano, pouco se tem de normas, páginas da literatura ou mesmo representações iconográficas registrando o vestuário medieval dos professores da faculdade de direito de Lisboa, que após 1537 tomou sede em Coimbra. No campo da literatura jurídica, a obra de Bento Gil¹²⁶ dedicou algumas páginas à sobriedade e à moderação que ele considerava essenciais aos juristas¹²⁷ que atuavam no início da Modernidade, mas sem ter fornecido um quadro sobre as togas e paramentos então utilizados. Mesmo assim, da preocupação de Gil surge uma primeira pista: as togas precisavam ser sóbrias e austeras. E, sendo o negro a cor da austeridade e da sobriedade, as cores mais vivas que representam os vários saberes deveriam ter o seu uso limitado aos paramentos e às insígnias.

No contexto normativo, as primeiras informações sobre o tema começaram a emergir de um modo muito discreto nos estatutos concedidos à universidade em 1503¹²⁸ por Manuel I. Nesses, é o soberano a fornecer elementos cromáticos quando afirmava “item ordenamos e mandamos que nos auctos scolasticos os doctores e mestres estem en seu abito scilicet seus capellos vestidos e barretes com suas borlas nas cabeças scilicet os theologos borla bramca e os canonistas verde e os legistas vermelha”. As reformas dos estatutos que se seguiram refinaram a redação do texto sem terem realizado algum tipo de inovação no conteúdo. É exatamente aquilo que ocorreu em 1591, com a concessão dos estatutos à já então Universidade de Coimbra, por Felipe I, nos quais é reiterada a determinação do uso do “carmesim” como cor dos paramentos e das insígnias dos professores de direito, ou seja, na borla

125 A norma foi posteriormente complementada pelo Decreto de 4 de agosto de 1944 e pela Ordenação de 30 de novembro de 1967.

126 Tendo sido advogado e jurista português, Bento Gil (desconhecido-1623) publicou quatro obras com amplo impacto na cultura jurídica lusitana do século XVII: *Relectio Legis Titiae si non nupserit*. (AEGIDIO, 1608); *Directorium Advocatorum et de Privilegijs eorum* (AEGIDIO, 1613); *Tractatus de jure, & Privilegijs honestatis induo de viginti articulos distributus* (AEGIDIO, 1618); e, *Commentaria in Leg. ex hoc jure ff. de Justit. de jure* (AEGIDIO, 1619).

127 AEGIDIO, 1613, p. 30. Esses gestos de sobriedade, austeridade, constância, estabilidade e moderação por parte do jurista enquanto base de um comportamento adequado constituem objeto de análise na doutrina portuguesa. Vide, a respeito, CUNHA, 1743, p. 79.

128 *Statutos del Rei Dom Manoel para a Universidade de Lixboa*. Lisboa, 1503, p. 10, texto manuscrito.

e na samarra¹²⁹, e dos estatutos concedidos por Dom João IV, em 1653¹³⁰. Nos estatutos outorgados pelo Marquês do Pombal¹³¹, em 1772, existem três alterações em relação aos textos anteriores, duas dela sem muito relevo. É possível constatar, contudo, em uma pequena inversão de ordem o impacto do movimento reformador que teve como protagonista o marquês, atuando na vida política e cultural portuguesa com intensidade similar àquela do terremoto de 1755. As três pequenas variações são, por primeiro, à forma como vinha identificada na época a cor que hoje chamamos de “vermelho”, nos estatutos de 1591 e de 1653 indicada como “carmesin”, que passou a constar nos estatutos de 1755 como “encarnado”; também o evento mencionado na qual deveria ocorrer o uso das vestimentas, paramentos e insígnias, não são mais os genéricos “atos escolásticos”, mas somente às cerimônias de outorga do título de doutor; e, por fim, a mais interessante, ou seja, a alteração na ordem em que foram citadas as categorias de acadêmicos, passando os “legistas” à frente dos “canonistas”¹³². Para um universo extremamente hierarquizado como o era o Antigo Regime, em que as manifestações no campo simbólico alcançavam sutilezas extremamente refinadas, essa “alteração da ordem” pode ser identificada como sintomática do declínio da influência da Igreja católica nos afazeres de Estado, fenômeno que, justamente, é uma das grandes características das reformas levadas à cabo pelo Marquês do Pombal.

Tributárias da tradição coimbrã, os cursos de direito de Olinda e de São Paulo transplantaram para a nascente comunidade acadêmica brasileira aquele que António Manuel Hespanha chamou de o “direito das cores”¹³³. Nos

129 “Nos actos escolásticos abaixo declarados, os mestres e doutores, estarão com os capelos vestidos de seus graos, e borlas das cores e divisas seguintes: [...] os legistas terão capelos de veludo carmesin forrados de outra seda rasa da mesma cor, com suas borlas de retroz carmesin”. In: *Estatutos da Universidade de Coimbra confirmados por el Rey Philipe I deste nome nosso senhor em o anno MDXCVII*. Coimbra, 1597, p. 127, texto manuscrito.

130 “Nos actos escolásticos abaixo declarados, os mestres e doutores, estarão com os capelos vestidos de seus graos, e borlas das cores e divisas seguintes: [...] os legistas terão capelos de veludo carmesin forrados de outra feda rafa da mesma cor, com suas borlas de retroz carmesin”. In: *Estatutos da Universidade de Coimbra confirmados por el Rey nosso senhor Dom João o IV em o anno de 1653*. Coimbra: Thomé Carvalho, 1654, p. 179-180.

131 Sebastião José de Carvalho e Melo (1699-1782) que entrou para a história luso-brasileira como o Marquês de Pombal e Conde de Oeiras, chefiou o governo português entre 1750 e 1777, sob o reinado de José I, realizando uma profunda reforma na estrutura institucional do reino com claras feições iluministas, tocando aspectos econômicos, sociais e culturais de Portugal.

132 “Sem que nos Doutoramentos dos Juristas possa haver outra alguma differença, que não seja a da côr das Insignias, e da armação da Sala; a qual em lugar de fer branca, como he a dos Theologos, continuará na fôrma do costume a ser encarnada no Doutoramento dos Legistas, e verde no dos Canonistas”. In: *Estatutos da Universidade de Coimbra*. Livro II, que contém os cursos jurídicos das faculdades de cânones e de leis. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772, p. 563.

133 HESPANHA, 2006, p. 84.

estatutos outorgados pelo Imperador em 7 de novembro de 1831, às Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais do Mosteiro de São Bento, em Olinda, e do Largo de São Francisco, em São Paulo, constava no artigo 5 do capítulo XXI a menção à cor dos professores de direito: “Nos grande actos da Academia, os Lentes, além da Becca trarão na mão huma Borla encarnada, que he a insígnia de Doutor, e desta mesma Borla usarão todos os Doutores, que se apresentarem naquelles actos”¹³⁴. A fúria legislante que marcou os primeiros anos da República, que tentou obsessivamente deixar as suas marcas em todas as regulamentações feitas anteriormente pelo Império – com o mesmo ímpeto com o qual substituiu os brasões imperiais por aquele republicano nas portas principais das escolas, dos órgãos governamentais e dos mercados públicos – também alcançou os trajes acadêmicos. Nos artigos 369 e 370 do decreto n.º 1232H, de 2 de janeiro de 1891, o qual “aprova o regulamento das Instituições de Ensino Juridico, dependentes do Ministerio da Instrucção Publica”, consta menção às insígnias e aos trajes acadêmicos dos bacharéis e dos doutores, os quais “podem usar de uma beca, cujo figurino será dado por aviso do Ministerio da Instrucção Publica”, sem que haja qualquer regulamentação cromática. O mesmo ocorreria com o decreto n.º 2.226, de 1º de fevereiro de 1896, o qual “aprova os estatutos das Faculdades de Direito da República”, se não fosse a intervenção do então Ministro da Justiça Epiácio Pessoa, que inseriu no final da redação do artigo 103 uma pequena, mas significativa alteração a qual previa “os bachareis podem usar de uma beca, cujo figurino será dado por aviso do Ministerio da Justiça e Negocios interiores”, retirando, deste modo, a competência “estilística” do Ministério da Instrução. Em outras palavras, Epiácio Pessoa, possivelmente já postulando a vaga de Ministro da Justiça a qual ocuparia de 15 de novembro de 1898 a 6 de agosto de 1901, preparou o caminho para que ele próprio desenhasse o vestuário acadêmico jurídico, algo que se concretizou em 18 de maio de 1900, quando, como narra Marcílio Franca, estando à frente daquele Ministério, esboçou o modelo das vestes dos bacharéis e doutores em Direito¹³⁵, sendo que nessa, que tem por base o preto para a toga, a cor púrpura se limitava à, no alto da borla, “uma faixa de seda leve, de cor escarlata”.

A passagem pelo Atlântico fez, contudo, que a incorporação desse “direito das cores” na vida acadêmica brasileira tivesse conotações muito diferentes

134 Uma discreta ulterior referência à cor “encarnada” é feita no artigo primeiro do mesmo capítulo, quando se afirma que “Haverá Carta de Bacharel Formado, para todos os que conseguirem este Grão, que será passado em nome da Congregação, pelo Director, escripta em linguagem vulgar, assignada pelo Lente do quinto anno, que conferio o Grão, subscripta pelo Secretario, impressa em pergaminho, e selada com sello pendente de fita encarnada ,segundo o termo transcripto no fim destes Estatutos, e nella se fará menção de qualidade de aprovação”.

135 FRANCA FILHO, 2020, disponível em <https://blog.grupogen.com.br/juridico/postagens/artigos/20-anos-direito-da-moda>.

daquelas que o originaram na Europa. O vermelho que por ordem do Imperador a partir de 1831 se faz presente nos paramentos dos professores de direito, era a cor da batalha pelo primado da justiça, com uma longínqua, quase apagada lembrança da ideia de sangue derramado e de martírio, e a perda completa de qualquer tipo de relação com os dons “acadêmicos” do Espírito Santo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de descanonização da política e do direito ocorrido na Modernidade e narrado por Carl Schmitt na obra “Teologia política” teve um impacto direto na “liturgia das virtudes” instituída a partir da baixa Idade Média no âmbito universitário. Os ritos e as insígnias, assim como os aspectos cromáticos das vestimentas e paramentos – que em um primeiro momento da história dos ateneus do velho continente possuíam uma ligação íntima com a simbologia elaborada pela Igreja Católica –, iniciaram um percurso de autonomia e de independência em relação a essa, passando a representar no imaginário coletivo manifestações simbólicas de um poder próprio do estamento dos professores.

As normas que regeram as cores das togas, das insígnias e dos paramentos acadêmicos, principalmente nas suas solenidades, alcançaram o Antigo Regime em um movimento de libertação de conotações religiosas, instituindo uma lógica própria, com significados próprios, gerando um lento processo de apagamento das suas raízes na “divina liturgia” medieval. O decreto napoleônico que reorganizou o sistema universitário francês e os estatutos concedidos pelo Imperador Pedro II aos cursos de Direito do Mosteiro de São Bento e do Largo de São Francisco são o ápice de um itinerário de inserção de tradições seculares em novos tecidos culturais que acabaram por provocar a diluição de parte do seu significado original. O simbolismo das cores passou por um incisivo processo de resignificação, ganhando autonomia em relação às suas raízes mais profundas que, por sua vez, são candidamente submetidas a mecanismos de apagamento. O vermelho não mais representava a cor do martírio, dos dons do Espírito Santo ou mesmo dos cardeais, príncipes da Igreja. As lembranças da cor que representava símbolos de um universo eminentemente teocêntrico foram sendo apagadas à medida que o jus naturalismo laico superava aquele divino, e, de um modo ainda mais contundente, a partir do momento que o iluminismo erigiu a sua própria divindade, o Estado Moderno, no interior da sua própria religião civil. O vermelho que no século XIX permaneceu nas togas, borlas, samarras e botões dos acadêmicos juristas passou a ter, então, como significado as batalhas em nome da Justiça reconhecida pelo Estado e da defesa dos súditos desse último, realizadas sob a égide, sob as bençãos do grande Leviathan.

A cor púrpura que até os dias de hoje adorna os púlpitos e é suntuosamente ostentada pelos cardeais, passou definitivamente também a adornar as cátedras,

sendo ostentada com pompa e magnificência pelos seus titulares nas faculdades de direito, sem que no imaginário coletivo atualmente se faça qualquer conexão entre um e outro, com um denso passado em comum. O traçado que marcou o percurso histórico desse transplante de tradições perdeu-se nas brumas dos séculos, causando hoje, ao observador desavisado, a impressão de se encontrar perante a manifestações simbólicas de poder as quais não compartilham nenhuma conexão entre si. Se a “liturgia das virtudes acadêmicas” é uma transposição laicizada da “divina liturgia” do catolicismo romano, o vermelho das cátedras jurídicas sem dúvida alguma é o filho unigênito da cor púrpura dos mártires da fé.

REFERÊNCIAS

AEGIDIO, Benedicto. *Relectio Legis Titiae si non nupserit*. Olyssipone: Craesbeck, 1608.

AEGIDIO, Benedicto. *Directorium Advocatorum et de Privilegijs eorum*. Olyssipone: Craesbeck, 1613.

AEGIDIO, Benedicto. *Tractatus de jure, & Privilegiis honestatis induo de viginti articulos distributus*. Olyssipone: Craesbeck, 1618.

AEGIDIO, Benedicto. *Commentaria in Leg. ex hoc jure ff. de Justit. de jure*. 2. tom. Olyssipone: Craesbeck, 1619.

AEGIDIO, Benedicto. *Directorium Advocatorum et de Privilegijs eorum*. Olyssipone: Craesbeck, 1613.

AUBERT, Roger. Les debuts de l'Université de Louvain. *Scripta Theologica*, v. 16, n. 1-2, pp. 347-358, 1984.

AUGUSTODUNENSIS, Honorius. *De divinis officiis*.

BARTOCCI, Andrea. Innocenzo IV e il cappello rosso dei cardinali. In: CACCIOTTI, Alvaro Cacciotti et SELLA, Pacifico (a cura di). *Revirescunt chartae codices documenta textus miscellanea in honorem Fr. Caesaris Cenci OFM*. Roma: Pontificio Ateneo Antonianum, 2002.

BELETH, Iohannes. *Summa de ecclesiasticis officiis*, 1230.

BELIN, Ferdinand. *Histoire de l'ancienne université de Provence*. Paris: Picard, 1896.

BIMBENET, Jean-Eugène. *Histoire de l'Université de lois d'Orleans*. Paris: Dumoulin, 1853.

BINI, Vincenzo. *Memorie storiche della perugina università degli studj*. Vol. I. Perugia: Calindri, 1816.

BOCCACIO, Giovanni. **Decameron**. Torino: Utet, 1956.

BOEDEL, Jacques. **La Justice**. Les habits du pouvoir. Paris: Antébi, 1992.

BRANT, Victor. **La Faculté de Droit de l'Université de Louvain à travers cinq siècles**. Bruxelles: Sirey, 1906.

CASTELLI, Patrizia et GRECI, Roberto (a cura di). **Santi patroni e Università in Europa**. Bologna: CLUEB, 2013.

CHARLE, Christophe et VERGER, Jacques. **Histoire des Universités**. Paris: Presses universitaires de France, 1994.

CORII, Bernardino. **Mediolanensis Patria historia**. Milano: Minuziano, 1503.

DAL RI Jr., Arno. A Liturgia das Virtudes na *Ordo Iuris* Acadêmica: Ritos e Paramentos nas representações de um estamento entre Medieval e Modernidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 17, 2024.

DAUVILLIER, Jean. *Origine et histoire des costumes universitaires français*. **Annales de la Faculté de droit de Toulouse**, Toulouse, v. 6, pp. 3-41, 1958.

DE CLERCK, Karel; DE MEYER, Leon; LANGENDRIES, Elienne; VAN DER MEERSCH, Anne-Marie Simon. **175 jaar Universiteit Gent: Een verhaal in beeld**. Gent: RUG, 1992.

DE DEUTZ, Rupert. **De divinis officiis**, 1120.

DE SAINT-VICTOR, Hugues. **De sacramentis christianae fidei**, 1133.

DENIFLE, Henricus. **Chartularium Universitatis Parisiensis**. T. IV. Paris: Delalain, 1891.

DIETHERR VON ANWANDEN, Christoph Ludwig. **Thesaurus practicus Ch. Besoldi: una cum eiusdem disputationibus ad processum**. 1. Norimbergae: Ender, 1659.

DUBARLE, Eugène. **Histoire de l'Université de Paris**. T. I. Paris: Firmin Didot, 1844.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1982.

CUNHA, Jerônimo da. **Arte de bachareis ou perfeito juiz na qual se descrevem os requisitos e virtudes necessarias a hum ministro**. Lisboa: Lerzo, 1743.

Estatutos da Universidade de Coimbra. Livro II, que contém os cursos jurídicos das faculdades de cânones e de leis. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772.

Estatutos da Universidade de Coimbra confirmados por el Rey nosso senhor Dom João o IV em o anno de 1653. Coimbra: Thomé Carvalho, 1654.

Estatutos da Universidade de Coimbra confirmados por el Rey Philippe I deste nome nosso senhor em o anno MDXCVII. Coimbra, 1597.

FAVA, Domenico. *Tesori delle Biblioteche d' Italia: Emilia e Romagna.* Milano: Hoepli, 1932.

FISCHER, Christian Friedrich. *Dissertatio optica de coloribus.* Jena: Krebs, 1699.

FOURNIER, Marcel. *Les statuts et privilèges des universités françaises depuis leur fondation jusqu'en 1789.* T. I. Paris: Larose et Forcel, 1890.

FOURNIER, Marcel; DOREZ, Léon. *La Faculté de Décret de l'Université de Paris au XV^e siècle.* T. II. Paris: Imprimerie Nationale, 1892.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *Do Têxtil ao Texto.* Os 20 Anos do Direito da Moda. GEN Jurídico, São Paulo, 14 jul. 2020, disponível em <https://blog.grupogen.com.br/juridico/postagens/artigos/20-anos-direito-da-moda>.

GERMAIN, Alexandre. *Étude historique sur l'École de Droit de Montpellier (1160-1793).* Montpellier: Boehm, 1877.

GERMAIN, Alexander. *L'École de Droit de Montpellier.* In: Académie des Sciences et Lettres de Montpellier. *Mémoires de la Section des lettres.* T. VI. Montpellier: Boehm, 1880.

GLASSON, Ernest. *Les origines du costume de la Magistrature.* Paris: Firmin-Didot, 1882.

GOUDDING, Philippe.

GODEFROY, Theodore. *Le Cérémonial de France ou, description des cérémonies, rangs et séances observées aux couronnements, entrées et enterrements des rois et reines de France.* Paris: Pacard, 1619.

GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do Estado entre medievo e idade moderna. Tradução de Arno Dal Ri Jr. *Sequência*, v. 55, pp. 9-28, 2007.

GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale.* 8.a Ed. Roma: Laterza, 2001.

GROVES, Nicholas. *Shaw's academical dress of Great Britain and Ireland.* 3rd ed. London: Burgon, 2011.

GULDTE, Johann. *De coloribus quaesitis, vulgo Von gesuchten Schein des Rechtens.* Altdorf: Schönnerstaedt, 1675.

HESPANHA, António Manuel. As cores e a instituição da ordem no Antigo Regime. *Philosophica: International Journal for the History of Philosophy*, v. 14, n. 27, pp.69-86, 2006.

HOMEM, Armando Luís de Carvalho. **O traje dos lentes**. Memória para a história da veste dos universitários portugueses (séculos XIX-XX). Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2024.

INNOCENTII III. *De sacro altaris Mysterio*. Lovanii: Hieronymun VVelaenum, 1566.

JOURDAIN, Charles. *Histoire de l'Université de Paris au XVIIe et au XVIIIe siècle*. Paris: Hachette, 1862.

LE GOFF, Jacques. **Os intelectuais na Idade Média**. Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

LELONG, Jacques. *Bibliothèque historique de la France*. T. IV. Paris: Herissant, 1775.

LENS, Louis de. *Facultés, collèges et professeurs de l'université d'Angers du XVe siècle à la Révolution française*. Angers: Germain et G. Grassin, 1880.

LINDENBERG, Georg. *De titulo colorato*. Kiel: Reumann, 1681.

MAGONII, Johannes Baptistae. *De recta iudicialiter patrocinandis ratione*. Tractatus. Ticino: Bartolum, 1608.

MARIOTTI, Annibale. *Saggio di memorie storiche civili ed ecclesiastiche della città di Perugia*. Opera postuma. T.1. Perugia: Baduel, 1836.

MARTYN, Georges. Jurists: Bad Christians? Men of the law in paintings of the early modern period. In: MAREEL, Samuel (Ed.). **Call for Justice**. Art and Law in the Low Countries, 1450-1650. Mechelen: Hannibal, 2018.

MARTYN, Georges et HUYGEBART, Stefan. Twenty New Contributions to the Upcoming Research Field of Historical Legal Iconology. In: HUYGEBART, Stefan; MARTYN, Georges; PAUMEN, Vanessa; BOUSMAR, Eric; ROUSSEAU, Xavier (ed.s). *The Art of Law Artistic Representations and Iconography of Law and Justice in Context, from the Middle Ages to the First World War*. Cham: Springer International, 2018.

MEINERS, Christoph. *Kurze Geschichte der Trachten- und Kleidergesetze auf Hohen Schulen*. *Göttingische akademische Annalen*, v. 1, pp. 201-254, 1804.

MILLET, Martial. Notes et notice de Martial Millet sur l'Université d'Orange. In: *Catalogue général des manuscrits des bibliothèques publiques de France*. T. XLIX. Avignon: Seguin, 1878.

- NEVEU, Bruno. Le costume universitaire français: Règles et usages. *Revue administrative*, 293, pp. 485-496, 1996.
- NOONAN, James-Charles. The Church visible: The ceremonial life and protocol of the Roman Catholic Church. New York: Viking, 1996.
- PARAVICINI BAGLIANI, Agostino, *Innocenzo IV*. In: *Enciclopedia dei papi*. Vol. II. Roma: 2000.
- PANZIROLLUS, Guidus. *De claribus legum interpretibus*. Venezia: Brogiolo, 1637.
- PASTOREAU, Michel. **Noir**. Histoire d'un couleur. Paris: Points, 2008.
- PASTOUREAU, Michel. **Rouge**. Histoire d'une couleur. Paris: Seuil, 2016.
- PERIÈRS, Georges. *La Faculté de Droit dans l'ancienne Université de Paris (1160-1793)*. Paris: Larose et Forcel, 1890.
- PETTINAU VESCINA, Maria Pia. *Paramenti Sacri*. Dall'Europa alla Terra Sancta. Milan: ETS, 2019.
- RANGEARD, Pierre. *Histoire de l'Université de Angers*. T. I Angers: Germain et G. Grassin, 1868.
- RASHDALL, Hastings. *The universities of Europe in the Middle Ages*. Vol. II, 2. English universities. Oxford: The Clarendon Press, 1955.
- REDONDO VEINTEMILLAS, Guillermo. De Rebus emblematici academicorum. *Emblemata*, 15, pp. , 2009.
- RENAZZI, Filippo Maria. *Storia dell'Università degli studj di Roma detta comunente la Sapienza*. Vol. I. Roma: Pagliarini, 1803.
- RICHER, Edmond. *Histoire de l'Université de Paris*. Manuscrito.
- ROSSO, Paolo. *La scuola nel Medioevo. Secoli VI-XV*. Roma: Carocci, 2018.
- SALMI, Mario. *La Miniatura Italiana*. Milano: Electa, 1954.
- SANCTI AMBROSII. *De mysteriis*. Romae: Typis pollyglottis vaticanis, 1974.
- SANCTI AMBROSII. *De Sacramentis*. Romae: , l. III, c. II, p. 8-9.
- SARTI, Mauro. *De Claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus a Saeculo XI usque ad saeculum XIV*. Bononiae: Laelli a Vulpi, 1769.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*. Fünfter band. Heidelberg: Mohr, 1850.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del-Rey, 2006.

SERRÃO, Joaquim Veríssimo. *História das Universidades*. Porto: Lello, 1983.

Statutos del Rei Dom Manoel para a Universidade de Lixboa. Lisboa, 1503.

THORNDIKE, Lynn. *University Records and Life in the Middle Ages*. New York, 1944.

TRAVERS, Abbé. *Histoire civile, politique et religieuse de la ville et du comté de Nantes*. T. 1. Nantes, 1837.

WISSMANN, Hermann. *Deo annuente [et] consentientibus superioribus de Jure circa Colores von Farben-Recht sub præsidio Dn. Christiani Thomasii*. Lipsiae: Gabrielis Trogui, 1683.

VERGER, Jacques. *As universidades na Idade Média*. São Paulo: UNESP, 1990.

Recebido em: 05/09/2024

Aprovado em: 10/09/2024

OS REFLEXOS DO ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA AMPLIAÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

THE EFFECTS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE FACE OF INCREASED ACCESS TO THE JUDICIARY AS AN INSTRUMENT FOR PROTECTING PERSONALITY RIGHTS

DANIELY CRISTINA DA SILVA GREGÓRIO*
RODRIGO VALENTE GIUBLIN TEIXEIRA**

RESUMO

O ser humano está no centro de proteção do ordenamento jurídico brasileiro, daí porque todos os Poderes do Estado, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, estão incumbidos de garantir os direitos que protegem o seu bem-estar, desenvolvimento e dignidade, como os direitos da personalidade. Tem-se, assim, como objetivo da presente pesquisa, analisar como o ativismo judicial pode ser entendido e, com fundamento no amplo acesso aos tribunais e na dignidade humana, como ele funciona no que se refere à tutela dos direitos da personalidade. A partir do método dedutivo e da metodologia bibliográfica e documental, utiliza-se da análise de diversas obras e artigos científicos, bem como da legislação interna e de julgados do Supremo Tribunal Federal relacionados à personalidade humana. Conclui-se que, não obstante a separação dos Poderes incumba a cada um funções específicas, sendo eles independentes um dos outros, quando se trata da tutela de direitos essenciais o indivíduo não pode ficar à mercê da atividade legislativa e executiva, por vezes ineficiente e morosa, razão pela qual, ainda que não de forma irrestrita, tem-se no Poder Judiciário um instrumento de tutela dos direi-

ABSTRACT

The human being is at the center of protection in the Brazilian legal system, which is why all the branches of the State, the Legislative, Executive and Judiciary, are responsible for guaranteeing the rights that protect their well-being, development and dignity, such as personality rights. The objective of this research is to analyze how judicial activism can be understood and, based on broad access to the courts and human dignity, how it works with regard to the protection of personality rights. Using the deductive method and bibliographic and documentary methodology, it analyzes various scientific works and articles, as well as domestic legislation and Federal Supreme Court rulings related to human personality. The conclusion is that, although the separation of powers assigns specific functions to each, and they are independent of each other, when it comes to protecting essential rights, the individual cannot be submitted to legislative and executive activity, which is sometimes inefficient and time-consuming, which is why, although not unrestrictedly, the Judiciary is an instrument for protecting personality rights when the other powers fail to do so.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UniCesumar), bolsista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Superior (PROSUP/CAPES). Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. E-mail: daniely.greg@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2550-7065>.

** Professor Titular na UniCesumar. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Paraná (UEL). Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. E-mail: rodrigo@rodrigovalente.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>.

tos da personalidade quando os demais Poderes não a fizerem.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Dignidade humana. Direitos da personalidade. Poder Judiciário.

KEYWORDS: *Judicial activism. Human dignity. Personality rights. Judiciary.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira, advinda após um período turbulento da história do país e do mundo, como a Ditadura Militar (1964-1985) e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), dispõe de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais e adota a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, influenciando, assim, todo o ordenamento jurídico pátrio, que tem no ser humano o seu ponto central de proteção.

É nesse sentido que ao prever os direitos da personalidade no Código Civil, com base nessa dignidade, todos os Poderes do Estado, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, estão incumbidos de tutelá-los. Todavia, caso os Poderes competentes não o façam, tem-se que o Poder Judiciário poderá ser acionado, pois, uma vez provocado pelo indivíduo interessado, os julgadores estão proibidos de recusar-lhes a devida tutela jurisdicional – sendo essa, por vezes, a única forma de se garantir direitos tão essenciais aos seres humanos.

Tem-se, então, como objeto desta pesquisa, a tutela dos direitos da personalidade por meio de uma atuação judicial que, em sua essência, deveria ser realizada pelos demais Poderes, daí porque objetiva-se perpassar pelas peculiaridades do ativismo judicial, analisando as suas vertentes e concepções, bem como pela ampliação do acesso ao Poder Judiciário e pela legitimação dos direitos da personalidade para, em consonância com o todo a ser abordado, verificar os reflexos dessa interferência do órgão jurisdicional estatal na garantia de direitos diante do modelo de Estado adotado pela Constituição Federal brasileira de 1988.

A justificativa desta investigação reside justamente fato de que entre as funções do Judiciário não está a interferência nos demais Poderes, que são independentes. Logo, embora essa postura ativa seja considerada, para alguns, um verdadeiro risco para a democracia, diante de todo cenário político e legal do país, além, ainda, da importância de proteger o ser humano em todas as suas esferas, questiona-se: a atuação ativa do Judiciário na criação, na interpretação e na aplicação da lei é capaz de assegurar os direitos da personalidade quando em juízo?

Para chegar ao resultado pretendido, utilizar-se-á de uma pesquisa bibliográfica e documental acerca do ativismo judicial, do acesso ao Poder Judiciário e dos direitos da personalidade, incluindo-se, também, julgados do Supremo Tribunal Federal. A partir do método dedutivo, parte-se de uma

premissa maior, no primeiro tópico, quanto à atuação ativa do Poder Judiciário, em seguida, no segundo tópico, trata-se acerca da ampliação do acesso aos tribunais, especial no que se refere à concretização dos direitos da personalidade, para, por fim, no terceiro tópico, aprofundar-se na problemática proposta acerca dos reflexos do ativismo judicial como instrumento de tutela dessa categoria de direitos.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Antes mesmo de abordar o surgimento e os principais aspectos acerca do ativismo judicial, faz-se necessário destacar a ideia geral desse instituto. Sendo que, para Ivan Aparecido Ruiz e Antonio Carlos Gomes, o ativismo judicial parte “de um descompasso entre a atuação judicial e os limites dos poderes que a Constituição atribui ao Poder Judiciário”¹.

Tem-se, assim, que a grande discussão que envolve o ativismo judicial e que dá causa à duas correntes doutrinárias opostas na sua interpretação residem justamente na atuação do Judiciário no que se refere à competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso pois, como se verá, entende-se que o órgão jurisdicional estatal ultrapassa os limites que lhes são impostos pela Constituição Federal e, desse modo, enquanto para uma corrente o que importa é a tutela de direitos, para a outra corrente é o Estado Democrático de Direito que está em risco.

De acordo com Georges Abboud e Guilherme Lunelli, as raízes do ativismo judicial se remetem à Constituição sintética e abstrata dos Estados Unidos da América, dado que, diante das dificuldades de aplicá-la, a sua interpretação ganhou contornos subjetivos ao deixar de lado a vontade desse texto constitucional – e, conseqüentemente, do legislador – em preferência à vontade criativa do seu intérprete, isto é, dos juízes e das Cortes do país².

Veja-se que o próprio termo “ativismo judicial” foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos da América, num artigo publicado na Revista *Fortune* em janeiro de 1947. Arthur Schlesinger Jr., autor do artigo, analisou o perfil dos juízes da Suprema Corte americana da época e os dividiu entre aqueles com uma postura “ativista” e aqueles com uma postura de “autocontenção”, sendo que, de maneira geral, os primeiros defendem o Judiciário como um instrumento para alcançar os resultados sociais desejados e os segundos defendem que as leis têm significados fixos que não devem ser desviados³.

É nesse sentido, então, que a problemática do ativismo judicial consiste na separação e na função de cada um dos Poderes, porque enquanto o julgador “ativista” não faz distinção entre o Direito e a Política, visto que na sua concepção

1 RUIZ; GOMES, 2014, p. 24.

2 ABOUD; LUNELLI, 2015, p. 02-03.

3 KMIEC, 2004, p. 1446-1447.

ele é também responsável pelo bem-estar social de seus jurisdicionados, o julgador “autocontido” só se vê no dever de aplicar as leis dentro dos parâmetros estabelecidos quando da sua criação pelo órgão competente.

Sabe-se que a separação dos Poderes é resultante de um longo processo histórico de limitação do poder político e, embora desde a antiguidade alguns dos elementos que compõem a sua ideia possam ser encontrados, não há dúvidas de que foram as revoluções liberais do século XVIII que conferiram a formulação pela qual se tornou conhecida⁴.

Da sistemática dos freios e contrapesos de Montesquieu, nota-se que no ativismo judicial não se leva em consideração as funções típicas e atípicas dos Poderes do Estado, já que por meio das suas decisões o Judiciário acaba por interferir diretamente em assuntos que não são de sua incumbência e, mais do que isso, assume um papel de prevalência sob os demais Poderes, o que é capaz de gerar insegurança nos indivíduos e no próprio Estado de Direito⁵.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, todavia, o órgão jurisdicional do Estado foi configurado como um verdadeiro agente político, uma vez que lhe foi conferido o controle de constitucionalidade e o arbitramento dos conflitos entre o Executivo e o Legislativo. Para Maria Tereza Sadek, “em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial”⁶.

Tratando-se especificamente da realidade brasileira, é possível afirmar que o Legislativo é o mais atingido por essa ampla atuação do Judiciário, o que não significa que o Executivo está ileso dessa interferência. Tal afirmação se justifica pelo fato de que duas situações se sobressaem quando o assunto é o ativismo judicial no país: a adoção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a legitimação de direitos de aplicação imediata.

Quanto à primeira situação, tem-se que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes nos diplomas legais brasileiros sob a principal justificativa de que no momento da sua aplicação, sem a necessidade de alteração legislativa, poder-se-ia considerar os aspectos jurídicos e sociais do contexto histórico em que estão inseridos. Logo, ainda que a intenção do legislador seja plausível, evidente que essa abstração possibilita aos julgadores um poder criativo quando da interpretação e da aplicação dessas normas legais.

4 RAMOS, 2015, p. 97.

5 Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carriello Lopes (2023, p. 190) aduzem que “a clássica tripartição dos Poderes do Estado não obedece no direito positivo à rigidez com a qual foi idealizada”. De acordo com os autores, frequentemente o Poder Executivo legisla, o Poder Legislativo julga e o Poder Judiciário assume outras funções além da jurisdicional, sendo que “tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas”.

6 SADEK, 2011, p. 15.

Note-se que esse poder criativo se relaciona ao próprio e efetivo cumprimento de tais normas, haja vista que, uma vez provocado, tendo em conta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como o julgador deveria decidir ao se deparar com as cláusulas gerais da dignidade da pessoa humana ou dos direitos da personalidade? Ou quando há menção a conceitos jurídicos indeterminados como os da “boa-fé” e dos “bons costumes”?

É por essa razão que, não obstante os juízes não tenham sido eleitos pelo processo democrático como os representantes do Legislativo e do Executivo, diante de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o exercício de aplicar a lei se distancia “da simples subsunção, na qual o juiz emprega o enunciado normativo, após um processo de escolha e interpretação, adequando o fato à norma vigente, a fim de solucionar a lide”⁷.

Segundo Luís Roberto Barroso, na medida em que incumbe aos julgadores o dever de atribuir sentido a conceitos vagos, fluidos e indeterminados, pode-se dizer que em muitas ocasiões eles se tornam verdadeiros coparticipantes da criação do Direito. Assim, nas palavras do autor, “ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo”⁸.

Sob essa mesma justificativa é que se adentra à segunda situação que se sobressai quando o assunto é o ativismo judicial no Brasil: a atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos de aplicação imediata que foram legitimados pelo constituinte ou pelo legislador. Isso porque, não fossem os juízes e os movimentos sociais que se orientam na busca dos direitos expressos na Constituição Federal e nas legislações ordinárias com base na dignidade da pessoa humana, por vezes o ordenamento jurídico pátrio não passaria de letra morta.

Há de se destacar que a Constituição de 1988 foi elaborada após um período turbulento da história do país⁹. Dessa forma, ao adotar a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, além de dispor de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional acabou por influenciar as legislações infraconstitucionais e as suas normas legais, tal qual o Código Civil e os direitos da personalidade ali previstos.

7 BERNARDES; THOMÉ, 2013, p. 63.

8 BARROSO, 2012, p. 28.

9 Durante a Ditadura Militar (1964 - 1985) no Brasil ocorreram inúmeras as violações ao ser humano e ao exercício da democracia. De acordo com o III Relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014, p. 26), foram 434 mortos e desaparecidos políticos no Brasil e no exterior, além das comprovadas detenções ilegais e arbitrárias e, ainda, da prática da tortura, daí porque a necessidade e a importância de a Constituição Federal de 1988 proteger o ser humano em todas as suas esferas.

É nesse cenário que, quando o órgão jurisdicional estatal soluciona os litígios “diante de lacunas advindas da lentidão, ineficiência, negligência e/ou omissão legislativa e executiva” em relação a esses direitos e garantias fundamentais, que devem ser aplicados de imediato, diz-se que a sua atuação é “ativista”¹⁰, tendo em vista que ultrapassa e invade as funções dos demais Poderes, conforme estabelecido na Constituição Federal.

Ivan Aparecido Ruiz e Antonio Carlos Gomes salientam que é dever do Estado garantir os direitos dos indivíduos, tanto no que se refere aos outros indivíduos quanto no que se refere ao próprio Estado, em especial os direitos e as garantias fundamentais. No entendimento dos autores, então, é justamente quando essa concretização deixa a desejar, por parte de quem é responsável por fazê-la, os Poderes Executivo e Legislativo, “que o Judiciário, em algumas situações, é chamado a suprir tal inércia e, aí, acaba fazendo as vezes, ou do Executivo ou do Legislativo, inserindo-se em funções que a Constituição não lhe delegou”¹¹.

Para a corrente contrária à atuação ativa do Judiciário, toda essa manifestação consiste numa atividade perniciosa para a democracia¹², já que, sem qualquer controle da interpretação e da aplicação do direito, torna-se difícil impedir que os julgadores “se assenheorem da legislação democraticamente construída”¹³.

Ocorre que, para os seus defensores, trata-se o ativismo judicial de uma atitude, de uma forma específica e proativa de interpretar as normas legais a fim de expandir o seu sentido e o seu alcance. Essa atuação jurisdicional, em geral, acontece em casos de retração do Poder Legislativo e “de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”¹⁴.

Faz-se necessário lembrar que o Judiciário deve ser provocado para exercer as atividades de criação, de interpretação e de aplicação da lei, sendo que, a partir do momento em que a Constituição Federal e a legislação ordinária dispõem de uma carta de direitos, individuais e coletivos, que devem ser assegurados a toda e qualquer pessoa, não há como o órgão jurisdicional do Estado se eximir do julgamento das ações judiciais que lhes são apresentadas – principalmente quando os demais Poderes, incumbidos de tal obrigação, não o fazem.

Conforme será abordado no capítulo seguinte, muitas vezes o acesso do indivíduo ao Judiciário representa o único meio de garantir os direitos relacionados a sua dignidade. A Constituição de 1988, conhecida como Constitui-

10 SOUZA; MEDEIROS, 2023, p. 786.

11 RUIZ; GOMES, 2014, p. 15.

12 ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 02.

13 STRECK, 2011, p. 07.

14 BARROSO, 2012, p. 25.

ção Cidadã por (re)inserir os cidadãos brasileiros no campo político e jurídico, garantindo-lhes direitos que há muito estavam sendo violados, possibilitou que todos os assuntos fossem levados e discutidos perante esse órgão estatal, daí porque a tutela de direitos passou a ser pleiteada aos juízes e aos tribunais.

2. A AMPLIAÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como mencionado acima, com a Constituição Federal de 1988 os cidadãos brasileiros voltaram a contar com um extenso rol de direitos e garantias cuja finalidade principal era a proteção integral do ser humano, em todas as suas esferas. Nesse sentido, entre os direitos e as garantias ali constantes, destaca-se o acesso à justiça, que, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, impede que a lei exclua da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Vale observar que essa previsão constitucional está mais direcionada ao Poder Legislativo do que aos titulares do direito de acesso à justiça, pois o jurisdicionado não tem controle sobre a criação de leis para excluir da apreciação do Poder Judiciário um direito lesado ou ameaçado¹⁵. Segundo Humberto Chiesi Filho, tal regra não deve ser interpretada de modo a banalizar o acesso à justiça, mas “sob a perspectiva de funcionar como uma trava de segurança do sistema ou um mecanismo para conter eventuais iniciativas legislativas que tenham por objetivo suprimir da cognição judicial certos conflitos”¹⁶.

Pode-se dizer, então, que o acesso à justiça é dotado de forte carga política, dado que, ao utilizar-se do ideal da separação dos Poderes, proíbe que o Legislativo e o Executivo editem normas que impeçam os indivíduos de buscarem a tutela dos seus direitos perante o Judiciário.

Não restam dúvidas de que constituinte optou por incumbir a pelo menos um dos Poderes do Estado o dever de assegurar a prestação jurisdicional e de proteger os direitos e as garantias dos indivíduos – o Poder Judiciário. Dessa maneira, tem-se que o caráter fundamental do acesso à justiça reside justamente no fato de que se trata de um direito garantidor de outros direitos, de um legítimo instrumento de tutela e de afirmação das normas editadas pelo Legislativo e pelo Executivo que, por algum motivo, não estão sendo concretizadas.

Há de se ressaltar que o acesso à justiça não pode ser reduzido ao acesso ao Poder Judiciário, em especial porque, “em seu sentido primitivo, o acesso à proteção judicial correspondia ao direito de ação associado a um direito formal do indivíduo”¹⁷. Assim, embora esse direito tenha abarcado inúmeras perspectivas ao longo dos anos, quando um preceito legal não for cumprido

15 MANCUSO, 2018, p. 34-35.

16 CHIESI FILHO, 2021, p. 109.

17 PAULICHI; SALDANHA, 2016, p. 402.

espontaneamente, de acordo com Horácio Wanderlei Rodrigues, “não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo”¹⁸. Nas palavras do autor, são fundamentalmente dois os sentidos do acesso à justiça:

[...] o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano¹⁹.

Tem-se, portanto, no Poder Judiciário, além de uma forma de tutelar direitos, uma forma de exercício da democracia e da cidadania. Tanto é que, por estar intrinsecamente relacionado com o propósito de dignidade e de igualdade assumido pela Constituição de 1988, a instituição de benefícios como a assistência judiciária gratuita e a criação da Defensoria Pública foram essenciais para que, realmente, o acesso a esse órgão estatal fosse facilitado – e ampliado.

Hoje, ainda que os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, tenham sido reintroduzidos no sistema jurídico brasileiro, o Judiciário continua sendo o principal meio de resolução de litígios no país²⁰, sendo essa a razão de uma maior atuação dos julgadores no que se refere à criação, interpretação e aplicação de direitos.

Para Gisele Cittadino, “os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhes são apresentadas”²¹, daí porque, como já salientado, o Poder Judiciário pode ser a única maneira de tutelar direitos lesados ou ameaçados, já que não basta a previsão de um extenso rol de direitos e garantias, seja no texto constitucional ou nas legislações ordinárias, se os Poderes competentes não disponibilizarem os mecanismos e as políticas públicas necessárias para tanto.

É o que ocorre, por exemplo, com os direitos intimamente relacionados à dignidade e aos aspectos mais particulares do ser humano, como os direitos da personalidade. Esses direitos contam com um capítulo exclusivo dentro do Código Civil brasileiro e buscam proteger a pessoa em si, o seu desenvolvimento e, mais do que isso, o seu lugar na sociedade.

Cumpre mencionar que a Constituição de 1988, ao adotar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, influenciou e orientou todo ordenamento jurídico. Por esse motivo, até mesmo os códigos civis, cuja principal característica estava em resguardar os direitos

18 RODRIGUES, 1994, p. 29.

19 RODRIGUES, 1994, p. 28.

20 De acordo com os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça através do Relatório Justiça em Números, no Brasil, a cada grupo de mil habitantes, em média 127 deles ingressaram com uma ação judicial no ano de 2022.

21 CITTADINO, 2001-2002, p. 137.

patrimoniais em prejuízo dos direitos da pessoa, passaram a dispor de artigos específicos em que o ser humano é colocado no centro do seu texto legal.

Os direitos da personalidade, então, como conhecidos e tutelados na atualidade, estão relacionados a um período recente da história, haja vista que apenas na segunda metade do século XIX e início do século XX, em decorrência das mudanças sociais e das políticas da Revolução Industrial, é que sua proteção pode ser constatada de forma mais expressiva.

Conforme leciona Adriano de Cupis, todos os direitos que dão conteúdo à personalidade poderiam ser chamados de direitos da personalidade, mas, no âmbito jurídico, eles se limitam aos direitos subjetivos, pois tratam-se de “direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo”. Na concepção do autor, sem esses direitos a própria pessoa não existiria como tal²².

É nesse sentido que não obstante a quantidade de artigos dedicados aos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 seja pequena, apenas 11 dos seus mais de 2 mil, ao impedir que tais direitos sejam transmitidos, renunciados ou limitados voluntariamente em seu exercício²³, o legislador conferiu-lhes um atributo específico, que vincula os seus titulares e os impedem de abrir mão de aspectos tão próprios, que os qualificam como seres humanos.

Trata-se do atributo da indisponibilidade, que tem como finalidade proteger o indivíduo contra possíveis violações em relação a terceiros e em relação a eles mesmos. Logo, se os direitos da personalidade tutelam o que existe de mais intrínseco no ser humano, incluindo-se a sua dignidade, não há como o indivíduo alienar ou transmitir esses direitos, não há, também, como o indivíduo dispor ou abdicar de características que lhes são tão únicas, justificando-se a sua irrenunciabilidade e a opção legislativa em limitar o exercício dessa categoria de direitos.

Observe que a preocupação do legislador é legítima, especialmente quando inúmeras situações de exposição são capazes de interferir na realização desses direitos por seu titular. Acontece, porém, que para uma tutela prestacional da dignidade humana, com fundamento na autodeterminação pessoal, é indispensável a garantia de uma tutela de exercício habitual dos direitos da personalidade²⁴, pois essa tutela “confere trânsito à autonomia privada das relações jurídicas existenciais, onde a vontade também exerce papel relevante”²⁵.

22 CUPIS, 2008, p. 23-24.

23 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

24 Nas Jornadas de Direito Civil de 2002 e de 2004 promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, respectivamente, foram editados o Enunciado n. 4, em que se entendeu que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”, e o Enunciado n. 139, em que se concluiu que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

25 CANTALI, 2009, p. 130.

Essa indisponibilidade, portanto, somada ao fato de que a dignidade da pessoa humana é trazida como fundamento do Estado brasileiro, torna evidente que o país adota a cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade como um dos seus princípios básicos²⁶. Logo, ainda que a Constituição Federal de 1988 não inclua em seu texto um dispositivo exclusivo acerca dessa categoria de direitos, tem-se que ela “reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo”, tendo em vista que a pessoa natural é a primeira e última destinatária do sistema jurídico²⁷.

Há de se considerar que pela sua própria importância e pela constante evolução da sociedade, em especial no que se refere aos avanços tecnológicos e científicos, os direitos da personalidade não podem ser limitados à atividade legislativa, burocrática e morosa. Motivo pelo qual, além de a cláusula geral se apresentar como a maneira mais eficiente e adequada de tutelar esses direitos, pode-se dizer que o requisito de uma previsão expressa de todas as suas espécies configura uma grave violação à personalidade e à dignidade do ser humano.

Veja-se que os direitos da personalidade proclamam e dignificam a pessoa, sendo que a sua expressão é utilizada para se referir aos aspectos humanos que necessitam de uma atenção especial no campo das relações privadas, isto é, na relação entre particulares²⁸. Entretanto, não há proibição alguma de esses direitos encontrarem fundamento na Constituição e de serem tutelados no âmbito internacional²⁹, uma vez que o ser humano assumiu o ponto central de proteção tanto nos sistemas jurídicos internos como nos internacionais.

Diante disso, resta-se claro que é dever do Estado e de todos os seus Poderes a garantia dos direitos da personalidade. Da mesma forma, resta-se claro que eventual lesão ou ameaça a esses direitos poderá ser levada à julgamento perante o Poder Judiciário, que, em decorrência do acesso à justiça, previsto entre os direitos e as garantias fundamentais na Constituição Federal, está obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional aos indivíduos que provocá-lo.

26 O Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal concluiu que o rol de direitos da personalidade previstos pelo Código Civil é não-exaustivo, sendo “expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”.

27 SZANIAWSKI, 2005, p. 137.

28 Cita-se como exemplos de direitos da personalidade, expressamente previstos no Código Civil brasileiro, o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à privacidade.

29 SCHREIBER, 2014, p. 13.

3. OS REFLEXOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

De acordo com o que já foi abordado, a Constituição Federal brasileira instituiu como Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo que cada um deles, nos termos da legislação vigente, possui funções delimitadas, estando impedida a interferência de um Poder em outro, sob pena de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que em determinadas situações, como quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo não cumprem com as suas funções, o Poder Judiciário é chamado a intervir para fazer valer os direitos que foram proclamados pelos demais Poderes, seja criando, interpretando ou aplicando a lei. Dessa forma, após provocado pelo indivíduo interessado, com fundamento no direito de acesso à justiça previsto no texto constitucional, nenhum Tribunal ou julgador poderá recusar-se a prestar a devida tutela jurisdicional, em especial no que se refere aos direitos que tutelam o que há de mais essencial ao ser, como os direitos da personalidade.

Rubens Alexandre Elias aduz que no contexto da sociedade pós-moderna, com o aumento das aflições, “é perceptível que todas as esferas de poder devem estar mais sensíveis e reativas às necessidades sociais”³⁰. Na concepção do autor, embora isso não signifique que o Poder Judiciário está autorizado a assumir funções inerentes ao Legislativo e ao Executivo, não se pode aceitar e admitir que o Estado, representado por esses Poderes, se mantenha inerte, tendo em vista que,

Em que pese a separação dos poderes ainda – e sempre – seja um dos pilares das democracias modernas, já não é mais concebível que os papéis do Executivo, Legislativo e Judiciário sejam estabelecidos em bases absolutamente rígidas e estanques.

Como decorrência dos valores e fundamentos da Constituição Federal, esta separação só pode ser entendida em caráter funcional, o que implica, mediante a devida provocação da parte interessada, que o Poder Judiciário, principalmente, afirme os valores constitucionais e indique rumos à sociedade, quando isso se fizer necessário para a busca do bem comum³¹.

Veja-se que em relação aos direitos da personalidade o entendimento é o mesmo. Sendo a dignidade humana o preceito fundamental do Estado brasileiro, que influencia, inclusive, as legislações infraconstitucionais, tem-se que o Judiciário está incumbido, em última análise, a tutelar esses direitos conforme os interessados lhes apresentarem por meio de ações judiciais.

30 ELIAS, 2021, p. 103-104.

31 ELIAS, 2021, p. 103-104.

Assim como já mencionado, ainda que o Código Civil trate de modo sistematizado o conteúdo dos direitos da personalidade ao prever algumas de suas espécies e características específicas, não há que se falar em eventuais omissões ou excessiva síntese. Isso porque, além de o referido texto legal compreender os princípios e os contornos necessários para orientar o seu intérprete³², a adoção da cláusula geral no ordenamento jurídico pátrio possibilita uma ampla e integral proteção da personalidade do ser humano.

Relembrando-se acerca das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, bem como da legitimação de direitos de aplicação imediata, nota-se que os direitos da personalidade se configuram numa das categorias de maior possibilidade de ocorrência do ativismo judicial, pois, pela forma em que estão dispostos na lei e pelo seu objeto de proteção, dependem de uma atividade positiva do Judiciário para que sejam concretizados.

Cumpra mencionar que o ponto de discussão deste artigo está na atuação ativa do Judiciário quanto à criação, à interpretação e à aplicação da lei quando da sua omissão ou insuficiência para tutelar os direitos da personalidade. Por isso, neste momento, cabe dizer que o fenômeno do ativismo judicial não se confunde com o fenômeno da judicialização, uma vez que enquanto o primeiro acontece nas situações de inefetividade da Constituição Federal, a fim de garantir as suas normas, o segundo “não é ação volitiva do Poder Judiciário, escolha consciente de juízes e tribunais”, pelo contrário, trata-se da obrigação desse Poder “de julgar todas as ações que lhes são submetidas pelos legitimados *ad causam*”³³.

Destaca-se mais uma vez que o reconhecimento de direitos na legislação, tanto no que se refere à Constituição como no que se refere às normas ordinárias, não é suficiente se os Poderes competentes não possibilitarem a sua garantia. Não se pretende, aqui, defender a atuação do Judiciário nas funções que não lhes são atribuídas, no entanto, versando sobre os direitos da personalidade, o que realmente importa é a proteção do indivíduo em todas as suas esferas e em todas as suas relações, possibilitando-os bem-estar e um pleno desenvolvimento.

Nesse sentido, ainda que muitas ações e políticas públicas sejam instrumentalizadas através da atividade regular dos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente para amenizar a falta de reconhecimento dos indivíduos, não há como negar que, em algumas exceções, o Poder Judiciário é o órgão estatal que tem contraído a tarefa de implementar as ações que buscam promover a igualdade substancial³⁴ e, além disso, a dignidade humana, propósitos expressamente assumidos no texto da Constituição Federal de 1988.

32 BITTAR, 2015, p. 105-106.

33 GOÊS, 2023, p. 195-196.

34 ROSA; SILVA, 2022, p. 258.

Há de se observar que muito embora nem todos os direitos e as garantias inerentes à pessoa estejam expressos na legislação, esses propósitos constitucionais também servem para orientar a atividade do Judiciário. Logo, considerando que os juízes estão proibidos em recusar a tutela jurisdicional aos indivíduos, como eles deveriam se comportar diante de novas situações que envolvem os direitos da personalidade? De novas mudanças científicas, tecnológicas, comportamentais e estruturais que se apresentam cotidianamente no seio social?

Um grande exemplo que envolve os direitos da personalidade e as inovações tecnológicas é a utilização da inteligência artificial para modificar imagens, como o caso da publicidade comercial da Volkswagen em que Elis Regina, falecida em 1982, aparece cantando com a sua filha como se ainda estivesse viva. Após a grande repercussão dessa campanha, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) abriu um processo ético para analisar o uso da inteligência artificial para reavivar a imagem e a voz de uma pessoa já falecida, o que deu início a uma intensa discussão e ao Projeto de Lei n. 3.592/2023³⁵.

Esse Projeto de Lei ainda está tramitando, mas eventuais demandas judiciais deverão ser ativamente decididas pelo Judiciário – sob a justificativa da cláusula geral, já que o direito à imagem consiste num direito da personalidade. É nesse contexto que se pode afirmar que, regra geral, a postura judicial é de autocontenção, entretanto, em circunstâncias excepcionais, com a finalidade de assegurar a personalidade do ser e “as regras do jogo democrático”, autoriza-se o protagonismo do órgão jurisdicional do Estado³⁶.

Outro exemplo a ser apontado em relação aos direitos da personalidade é o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, ocasião em que todos os 10 ministros³⁷ ali participantes votaram no sentido de reconhecer que os relacionamentos entre indivíduos do mesmo sexo fossem equiparados às uniões estáveis entre homem e mulher, conforme previsto no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.

Tem-se, nessa decisão conjunta da ADI 4.277 e ADPF 132, uma emblemática conduta ativista do Poder Judiciário com o propósito de tutelar direitos, o que torna indiscutível a importância desse órgão “como um agente de

35 Nos termos da sua ementa, o Projeto de Lei n. 3.592 de 2023, proposto pelo senador Rodrigo Cunha, busca estabelecer “diretrizes para o uso de imagens e áudios de pessoas falecidas por meio de inteligência artificial (IA), com o intuito de preservar a dignidade, a privacidade e os direitos dos indivíduos mesmo após sua morte”.

36 SIQUEIRA; LIMA, 2023, p. 342.

37 Cumprir mencionar que, por ter se manifestado a favor do tema quando estava à frente da Advocacia-Geral da União, o Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar. Assim, os 10 votantes foram: Ayres Britto, Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

promoção da igualdade e da justiça social, mas também evidencia a capacidade do sistema jurídico em se adaptar às transformações sociais e em assegurar os direitos fundamentais de todos os cidadãos”, fortalecendo-se, assim, a proteção dos direitos da personalidade na seara das relações familiares³⁸.

No julgamento da ADI 4.275 em 2018, da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a igualdade sem discriminação deve contemplar a identidade ou a expressão de gênero, daí porque, considerando que a identidade de gênero decorre da personalidade humana e, por isso, incumbe ao Estado somente o papel de confirmá-la, nunca de constituí-la, pois comprovada a identidade de gênero diferente da que foi designada ao indivíduo quando seu nascimento, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de tratamentos medicamentosos, a alteração do prenome e do sexo no registro civil é medida que se impõe.

É por essa razão que, não obstante o ativismo dos juízes possa se transformar numa questão problemática quanto à separação dos Poderes e à neutralidade do Judiciário, verifica-se, ao mesmo tempo, um tipo inédito de espaço público, o que não significa “que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos”³⁹, mas que eles sejam utilizados, quando da ineficiência ou morosidade dos demais Poderes, para concretizar direitos e garantias que proclamam a dignidade e a personalidade humana.

Do que se restou verificado, então, nota-se que o ativismo judicial reflete positivamente na tutela dos direitos da personalidade quando os demais Poderes deixa de realizá-la. Tal afirmação se justifica na medida em que, pelas constantes mudanças sociais ou pela insuficiência do exercício funcional do Legislativo e do Executivo, o Judiciário não poderá deixar de se manifestar quando devidamente provocado, cabendo-lhe, em última análise, concretizar esses direitos com fundamento na Constituição e na legislação que os regulamenta.

CONCLUSÃO

Faz-se necessário relembrar que o ativismo judicial é entendido de forma bem distinta por duas correntes doutrinárias. Assim, enquanto uma delas considera que a postura ativa do Judiciário é extremamente perigosa para manutenção do Estado Democrático de Direito, em especial no que se refere à função de cada um dos Poderes legitimados pela Constituição Federal, a outra, por sua vez, reconhece a importância desse órgão jurisdicional na concretização de direitos e garantias inerentes ao ser, até mesmo porque, em última instância,

38 VOLANTE; CARDIN, 2023, p. 36.

39 CITTADINO, 2001-2002, p. 137.

essa ampla atuação dos juízes acaba por tutelar o que estabeleceram o Legislativo e o Executivo.

Em consonância com esse segundo entendimento, tem-se que o acesso à justiça foi elevado e reconhecido como verdadeiro instrumento garantidor de direitos pelo texto constitucional, fato esse que, além impedir que o Poder Judiciário seja excluído da apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, foi capaz de permitir que os cidadãos lhes apresentassem todas as espécies de conflitos sociais, incluindo-se aqueles que envolvem direitos relacionados ao seu bem-estar e ao seu desenvolvimento integral, como os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade estão previstos em um capítulo exclusivo no Código Civil, que depois de anos assegurando os direitos patrimoniais passou a se preocupar também com os atributos humanos. Esses direitos asseguram o que há de mais particular no indivíduo, em todas as suas esferas, daí porque com fundamento na dignidade da pessoa humana o legislador optou pela adoção da sua cláusula geral de proteção, possibilitando-se a defesa dos direitos expressos no seu texto legal e daqueles que viessem a ser suscitados pela parte interessada.

É diante disso que se chega ao problema do presente artigo, visto que, do se restou que se observado, os reflexos do ativismo judicial tendem a ser positivos no que se relacionam aos direitos da personalidade. Isso pois, em face à ineficiência ou à morosidade dos demais Poderes, quando em juízo, incumbe aos tribunais o dever de tutelar esses direitos, seja na criação, na interpretação e/ou na aplicação da Constituição Federal e das legislações ordinárias, como se viu, por exemplo, nos casos de união homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132) e de reconhecimento da identidade de gênero (ADI 4.275) julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

O que merece ser destacado, então, como forma de conclusão, é que o ativismo do órgão jurisdicional estatal se apresenta sim, em última análise, como um instrumento de tutela dos direitos da personalidade, o que não significa que essa sua postura deva ser ampla e irrestrita, tendo em vista que, se cada um dos demais Poderes do Estado cumprir com as suas respectivas funções, nos termos da legislação vigente, o Poder Judiciário atuará fora da sua competência, apenas e tão somente, nos casos que realmente necessitarem da sua interferência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, [S.l.], v. 242, p. 21-47, 2015. Disponível em: <https://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: ht-

[tps://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433](https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433). Acesso em: 25 fev. 2024.

BERNARDES, Júlio César; THOMÉ, João Batista. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – o poder criador dos juízes e a legitimidade democrática das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito**, [S.l.], v. 27, n. 1, p. 53-67, 2013. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4556>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Mortos e desaparecidos políticos**. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/imagens/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf. Acesso em 25 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2022. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.3592, de 2023**. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/158816>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CHIESI FILHO, Humberto. **Um novo paradigma de acesso à justiça: autocomposição como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, [S.l.], ano II, n. 2 e ano III, n. 3, p. 135-144, 2001-2002.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 4. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>. Acesso em: 25 fev. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 139. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>. Acesso em: 04 jan. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 274. **IV Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 04 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023: ano-base 2022**. Brasília: CNJ, 2023.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 34. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2023.

ELIAS, Rubens Alexandre. O ativismo judicial na sociedade pós-moderna. **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, v. 7, n. 1, p. 92-104, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/12791>. Acesso em: 25 fev. 2024.

GÓES, Guilherme Sandoval. Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no Estado de Direito contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, [S.l.], n. 88, p. 193-206, 2023. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-88/artigo-das-pags-193-206>. Acesso em: 25 fev. 2024.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça condicionantes legítimas e ilegítimas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PAULICHI, Jaqueline da Silva; SALDANHA, Rodrigo Roger. Das garantias processuais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição para efetivação dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Ufmg**, [S.l.], n. 68, p. 399-420, 2016. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1763>. Acesso em: 27 fev. 2024.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSA, Wendell Luís; SILVA, Juvêncio Borges. Direito ao reconhecimento: as ações afirmativas e o ativismo judicial como instrumentos de concretização de direitos. *Revista Paradigma*, [S.l.], v. 31, n. 1, p. 240-268, 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2643>. Acesso em: 20 jan. 2024.

RUIZ, Ivan Aparecido; GOMES, Antonio Carlos. A Judicialização da Política como meio de Acesso a uma Ordem Justa na Defesa dos Direitos Fundamentais e da Personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 14, n. 1, p. 9-29, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3500>. Acesso em: 15 jan. 2024.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LIMA, Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira. Levando os direitos da personalidade a sério: uma análise entre o ativismo judicial, no contexto de judicialização da vida, e o caráter obrigatório dos precedentes das “cortes de vértice”. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 326-348, 2023. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/9053>. Acesso em: 25 fev. 2024.

SOUZA, Laína Milesi de; MEDEIROS, Jeison Francisco de. O ativismo judicial como promotor de direitos fundamentais sociais em uma abordagem a partir da teoria dos custos dos direitos. *Academia de Direito*, [S.l.], v. 5, p. 780-806, 2023. Disponível em: <https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/4227>. Acesso em: 25 fev. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em Terrae Brasilis. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S.l.], v. 10, n. 10, p. 02-37, 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>. Acesso em: 25 fev. 2024.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VOLANTE, Joaquim Pedro de Oliveira; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Ativismo judicial e efetivação dos direitos da personalidade no direito das famílias. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro*, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 26-45, 2023. Disponível em: <https://revistareconto.com.br/index.php/reconto/article/view/94>. Acesso em: 20 jan. 2024.

Recebido em: 26/04/2024

Aprovado em: 22/08/2024

DIREITOS LGBTQ+ ENTRE ESTUDOS INTERNACIONAIS QUEER E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS*

LGBTQ+ RIGHTS BETWEEN QUEER INTERNATIONAL LEGAL STUDIES AND THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO**

MARIANA KARLA DE FARIA***

RESUMO

O presente artigo analisa os contornos normativos de litígios envolvendo Estados e indivíduos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos e que discutem o reconhecimento de direitos fundamentais de pessoas LGBTQ+. O trabalho busca examinar como a jurisprudência da Corte tem enfrentado a aplicação de direitos LGBTQ+ e a interpretação de questões relativas ao direito à identidade de gênero. A partir de uma análise orientada para os estudos internacionalistas queer ('queer international studies'), o trabalho explora as potencialidades de construção de uma jurisprudência internacional baseada na ruptura e transformação, orientada para o reconhecimento de direitos de gays, lésbicas, transexuais, intersex, bem como, promover o estudo dos reflexos da teoria *queer* no direito internacional. A investigação parte da pesquisa teórico-investigativa, legal-comparativa e do método indutivo, considerando a relevância dos

ABSTRACT

This article analyses the normative contours of disputes involving States and individuals adjudicated by the European Court of Human Rights, concerning the recognition of fundamental rights for LGBTQ+ individuals. The study seeks to examine how the Court's jurisprudence has addressed the international enforcement of LGBTQ+ rights and the interpretation of issues related to the right to gender identity. Through an analysis grounded in queer international legal studies, this paper explores the potential for solidifying an international jurisprudence characterized by disruption and transformation, directed towards the recognition of the rights of gay, lesbian, transgender, and intersex individuals, as well as promoting the examination of the implications of queer theory on international law. The research adopts a theoretical-investigative approach, a legal-comparative analysis, and the inductive

* O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

** Professor Associado de Direito Internacional, Direito Comparado e Novas Tecnologias da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual da UFMG. Doutor em Direito Internacional ('summa cum laude') pela Universidade de São Paulo-USP e Mestre em Direito pela Università degli Studi di Torino/Itália. Atualmente é Bolsista de Produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPQ – Nível 2, co-coordenador da Cátedra Philo-Tech – Filosofia da Tecnologia e Direitos Digitais da UFMG e Professor Visitante na Universidade de Barcelona. E-mail: fpolido@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5631-8438>.

*** Doutoranda em Direito Internacional Privado na Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Projeto *PHILOTECH* - Filosofia da Tecnologia e Cyberdireito - UFMG. E-mail: mariana.karla12@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0315-4537>.

casos submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos e a necessidade de interpretação dos preceitos legais e constitucionais, a partir da teoria *queer*. A proposta recupera, igualmente, objetivos de proteção do direito à diversidade, à autodeterminação da comunidade LGBTQ+ e a aplicação efetiva de direitos fundamentais em escala global. Desse modo, a despeito da expansão de liberdades e garantias no sistema europeu de direitos humanos nas últimas décadas, do alargamento do âmbito de aplicação de direitos LGBTQ+ e de uma interpretação dinâmica e evolutiva do texto da Convenção Europeia, conclui-se pela necessidade de construção de uma jurisprudência autenticamente *queer* para esses grupos minoritários. O aumento da procura desses grupos para fazer valer seus direitos na ordem internacional ultrapassa a concepção de distinções binárias – como masculino/feminino e redução a vieses e estereótipos –, possibilitando a aperfeiçoamentos de aspectos sociais, éticos e científicos do direito internacional de direitos humanos na Europa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos LGBTQ+. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estudos ‘queer’. Corte Europeia de Direitos Humanos.

method, considering the significance of cases submitted to the European Court of Human Rights and the necessity of interpreting legal and constitutional precepts through the lens of queer theory. The proposal also addresses the goals of protection of the right to diversity, the self-determination of the LGBTQ+ community, and the effective implementation of fundamental rights on a global scale. Thus, despite the expansion of freedoms and guarantees within the European human rights system over recent decades, the broadening scope of LGBTQ+ rights, and a dynamic and evolving interpretation of the European Convention's text, the conclusion is reached on the necessity of constructing an authentically 'queer jurisprudence' for these minority groups. The increasing efforts by these groups to assert their rights in the international arena surpass the binary conceptions —such as male/female and the reduction to biases and stereotypes—enabling enhancements in the social, ethical, and scientific dimensions of international human rights law in Europe.

KEYWORDS: LGBTQ+ rights. International Human Rights Law. Queer studies. European Court of Human Rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO EXTENSÃO DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA 2 A TEORIA QUEER E SUA MANIFESTAÇÃO NO DOMÍNIO DO DIREITO INTERNACIONAL. 3 O RECONHECIMENTO DE DIREITOS LGBTQ+ NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Na cartografia global dos direitos humanos, gays, lésbicas, bissexuais, trans e intersex (LGBTQ+) são submetidos, em ao menos 69 países, a intensos processos de criminalização da sua existência¹. A discriminação perpetrada

1 Cerca de 67+2 Estados Membros das Nações Unidas possuem legislações que criminalizam práticas homossexuais. Além disso, países como Egito e Iraque não possuem legislação que criminalizar explicitamente a atividade sexual entre indivíduos do mesmo sexo, mas estão listados aqui por causa do uso generalizado de outras leis contra pessoas LGBTQ+. O resto dos países possuem legislações que direta ou indiretamente, criminalizam atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo. (ILGA. Homofobia de Estado: atualização do panorama global de legislação, 2020, p.119. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_Mundo_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2020.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

contra esses indivduos no ocorre apenas do ponto de vista jurfdico, mas tambm sob a perspectiva cultural, simblica, fsica e mental. Em larga grande medida, ela parte da disseminao do discurso de rdio, de perseguio, do abuso e atos discriminat6rios contra os grupos LGBTQ+, alm de tantos outros atos de violncia de carter homofbico e transfbico. Nessa perspectiva, inclusive, manifestaes de afetividade, tais como atos sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo ou por diversas expresses de gnero, podem ensejar pris6es e processos criminais em diversas partes do globo, apesar de governos de certos Estados, especialmente na 6frica, 6sia e Oriente Mdio, alegarem que suas leis domsticas criminalizadoras esto “adormecidas”².

A negao da dignidade da pessoa humana aos indivduos LGBTQ+ e ausncia de reconhecimento enquanto sujeitos de direitos encontram guarida em diversos Estados, suas leis, regulamentos, decises judiciais e instituies domsticas. Parece ser oportuno questionar se o direito internacional e suas vertentes fornecem proteo e reconhecimento suficientes aos LGBTQ+, no sentido de otimizar a aplicao efetiva de normas internacionais de direitos humanos, nos sistemas global e regionais, e promover a satisfao de pretenses igualitrias, antidiscriminat6rias e de empoderamento que seriam transpostas historicamente do movimento queer³. Tambm se alinha a essa preocupao, a medida possvel de avaliao dos reflexos de estudos queer (“queer studies”) sobre reas como direito internacional pblico, direito internacional privado e direito internacional dos direitos humanos, partindo-se dos horizontes interpretativos e desdobramentos concretos de controvrsias entre Estados e indivduos submetidas a tribunais regionais de direitos humanos, como os exemplos fornecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, especialmente discutidos na terceira parte deste artigo, quanto ao reconhecimento de direitos LGBTQ+ na Corte Europeia de Direitos Humanos.

2 A esse prop6sito ver, por exemplo, relat6rio da House of Commons do Reino Unido ‘LGBT+ rights and issues in the Middle East. Disponvel em: <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9457/>> Acesso em: 10 de julho. 2024) (observando-se a situao geral nos seguintes paases: Bahrein, Irã, Iraque, Jord6nia, Kuwait, Lbano, Omã, Palestina, Catar, Ar6bia Saudita, Sria, Turquia e Emirados 6rabes Unidos)

3 Essa demanda no 6 recente, pois retoma a preocupao da comunidade internacionalista em rejeitar uma viso predominante da teoria dos direitos humanos heteronormativa, patriarcal e euroc6ntrica. (HENDRIKS, Aart. Promotion and protection of women’s right to sexual and reproductive health under international law: The economic covenant and the women’s convention. In: *American University Law Review*, vol. 44, p. 1123-44, 1995). A literatura observa a influncia de instrumentos, como a Convenao sobre a Eliminao de Todas as Formas de Discriminao contra as Mulheres de 1979, para obrigar Estados a assegurar a realizao da sade sexual e reprodutiva das mulheres como parte da sua responsabilidade na promoo e proteo da sade da mulher (HENDRIKS: 1995, p.1123). Igualmente, dispositivos de tratados cujo potencial tem sido subestimado nesse domnio poderiam ser utilizados para mitigar e eliminar causas das violaes do direito à sade relacionadas com o gnero, hoje tambm implicadas nas relaes sexuais e reprodutivas de pessoas LGBTQ+.

A tarefa de assegurar garantias de reconhecimento de direitos a minorias LGBTQ+ representativas revela-se fundamental à concretização e aplicação efetiva de direitos humanos, na busca de estabelecimento de padrões mínimos de existência a cada indivíduo da sociedade e efetivas esferas de empoderamento - civil, político, social, econômico, cultural, sexual e reprodutivo⁴. Considera-se que as instituições internacionais representam o *locus* no qual a tutela pelos direitos humanos pode ser exercida de forma mais abrangente, permitindo evidenciar de que forma são assegurados o direito à vida e dignidade a integrantes da comunidade LGBTQ+ e repercussão tanto sobre as relações domésticas dos Estados violadores como em suas relações exteriores, parceiros comerciais, investidores e doadores internacionais.

A abordagem de normas internacionais na perspectiva dos direitos LGBTQ+ deve ser realizada a partir da pluralidade e complexidade das fontes do direito internacional, inclusive os instrumentos não vinculantes ('soft law'), como princípios, declarações, recomendações, diretrizes, produzidos por organizações internacionais (ONU, OEA, União Europeia, Conselho da Europa), além de normas produzidas e aplicadas por organizações não-governamentais e empresas transnacionais⁵. No caso da comunidade LGBTQ+, tanto o papel das instituições como das normas internacionais é objeto de críticas, especialmente no tocante ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos e as perspectivas eurocêntricas, coloniais e heteronormativas que permearam suas concepções e suas decisões institucionais relevantes. Daí porque, dentro do estado da arte da pesquisa, é crucial compreender o papel dos tribunais regionais em processos de densificação normativa e efetiva aplicação de normas de proteção dos direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Africana de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos⁶, no tocante ao reconhecimento de direitos de indivíduos LGBTQ+, à luz da teoria *queer*.

Os métodos utilizados no presente artigo também são legal-comparativo e indutivo, pois eles consideram os contornos normativos de casos submetidos à Corte Europeia, de modo a postular a necessidade de aplicação de modelos de análise interpretativa centrados nos estudos 'queer' para visitar novo escopo para a função jurisdicional internacional para casos de destaque.

4 CHASE, Anthony Tirado. Human rights contestations: sexual orientation and gender identity. In: *The International Journal of Human Rights*, v. 20, n. 6, p. 703-723, 2016; YANG, Yifan. Bargaining with the state: The empowerment of Chinese sexual minorities/LGBT in the social media era. In: *Journal of Contemporary China*, v. 28, n. 118, p. 662-677, 2019.

5 POLIDO, Fabrício B. P. Normas Internacionais e Direitos LGBTQ+. In: RAMOS, Marcelo M.; NICOLI, Pedro A.G; VALENTIN, Marcia R. (Org.). Dicionário Jurídico do Gênero e da Sexualidade. 1a.ed. Salvador: Devires, 2022, p. 541 ss.

6 OTTO, Dianne (ed.) *Queering international law: possibilities, alliances, complicities*. New York: Routledge, 2017.

Nessa perspectiva, o artigo objetiva promover a discuss3o de alguns litrgios emblem3ticos adjudicados pela Corte Europeia relativamente ao reconhecimento de direitos humanos de gays, l3sbicas, bissexuais, trans e intersex, bem como, analisar a possibilidade da aplicac3o de direitos humanos, 3 luz da teoria *queer*, em relac3o a pretens3es leg3timas trazidas por pessoas LGBTQ+.

Em certo sentido, este artigo n3o esgota as possibilidades de demonstrar como a jurisprud3ncia internacional, apesar das cr3ticas mais contundentes, n3o deixa de contribuir para o quadro mais amplo de reconhecimento de direitos LGBTQ+ em escala transnacional, tendo na dimens3o do desenvolvimento das instituiç3es do direito internacional de direitos humanos, simultaneamente seu ponto de partida e contraponto, especialmente de resist3ncia de indiv3duos LGBTQ+ 3s viol4ncias e aç3es ilegais perpetradas por Estados e suas instituiç3es. Postula-se que na interpretaç3o e aplicac3o de normas internacionais de direitos humanos, no contexto de aç3es e reclamaç3es trazidas por indiv3duos ou grupos LGBTQ+ aos tribunais de direitos humanos, sejam acolhidas quest3es conceituais e normativas oferecidas pelos estudos queer. Categorias e desdobramentos normativos devem se questionar a respeito de categorias de sexualidade e g4nero, e expor, refletir sobre relac3es de poder preexistentes e vigentes, em larga medida normalizadas nas estruturas e sistemas institucionais dos Estados, seus governos e sociedades.

1. A IDENTIDADE DE G4NERO COMO EXTENS3O DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA

A identidade de g4nero 4 aquela relacionada 3 percepç3o interna e personal3ssima de pertencimento ao masculino ou feminino, homem ou mulher, menino ou menina.⁷ 4 a forma como o indiv3duo se v4, se situa no mundo e se autodetermina perante a realidade, de modo dissociada do sexo, isto 4, ao se enxergar como homem, como mulher, como pertencente 3 ambos ou at4 mesmo, como o n3o pertencimento a nenhum dos dois g4neros, de modo dissociado de sua anatomia. Logo a identidade de g4nero, refere-se ao modo de percepç3o de si do indiv3duo e compreens3o de sua masculinidade ou feminilidade. Nessa perspectiva, o pertencimento a um grupo de refer4ncia, como dentro das m3ltiplas dimens3es comunit3rias entre pessoas LGBTQ+, os espectros de toler3ncia, aç3o, resist3ncia e transgress3o, s3o tribut3rios de m3ltiplas identidades, e dentro da interface g4nero e sexualidade, tamb4m emergem direitos de reconhecimento 3 diversidade, fragmentac3o e transitoriedade. E os corpos respondem de formas distintas a esses espectros, identidades e direitos⁸.

7 GLAAD. Glossary of terms: Transgender. GLAAD Media Reference Guide. 10. ed. 2016. Dispon3vel em: <<https://www.glaad.org/reference/transgender.>> . Acesso em: 10 de julho de 2024.

8 Nesse sentido, 4 referencial a dist3nç3o oferecida por LOURO (2000), por exemplo, ao

Judith Butler afirma que o gênero não deve ser pensado somente como o ato de se inscrever culturalmente um significado em um sexo previamente determinado; deve também indiciar o aparato de produção por meio do qual os sexos são estabelecidos⁹; Desse modo, a despeito da denominação “homem” ou “mulher” ser advindo de uma divisão biológica, a pessoa pode ser detentora de diversas identidades que demonstram distintos modos de representação de gênero, que muitas vezes não se enquadram em padronizações. Aliás, a não-padronização, importada da contribuição da teoria queer para a compreensão das reações sociais travadas por pessoas LGBTQ+, torna-se elemento constitutivo dos direitos fundamentais à afirmação identitária, à diversidade e à sexualidade, característicos da esfera de direitos humanos atribuídos a indivíduos LGBTQ+.

Butler questiona os pressupostos que constituem o conceito de binarismo gênero/sexo, o qual preceitua que o gênero é algo social, já o sexo é natural. O sexo assim como o gênero, é produzido de forma discursiva e insculpido num grande número de elementos agrupados, quais sejam: práticas, moralidades e significados.¹⁰ A divisão entre sexo e gênero, portanto, é desconsiderada e confere espaço à uma concepção de sexo/gênero inserta de modo material no corpo, construídos de forma discursiva no tocante aos movimentos do poder.

Sob essa perspectiva, é possível que um ser humano experimente a circunstância de se “nascer com cromossomos, hormônios, genitais e órgãos reprodutivos internos, mas não se identificar com o seu corpo e, internamente, ter a consciência de pertencer ao gênero oposto”.¹¹ A separação entre a mente e o corpo advém do fato do indivíduo não “reconhecer a sua imagem diante do espelho e da sociedade, rejeitar o seu fenótipo e não se enquadrar plenamente nas molduras socialmente construídas de sexo e de gênero”.¹²

posicionar-se: “Reconhecer-se numa identidade, supõe, pois, responder afirmativamente a uma interpelação e estabelecer um sentido de pertencimento a um grupo social de referência. Nada há de simples ou de estável nisso tudo, pois essas múltiplas identidades podem cobrar, ao mesmo tempo, lealdades distintas, divergentes ou até contraditórias. Somos sujeitos de muitas identidades. Essas múltiplas identidades sociais podem ser, também, provisoriamente atraentes e, depois, nos parecerem descartáveis; elas podem ser, então, rejeitadas e abandonadas. Somos sujeitos de identidades transitórias e contingentes. Portanto, as identidades sexuais e de gênero (como todas as identidades sociais) têm o caráter fragmentado, instável, histórico e plural, afirmado pelos teóricos e teóricas culturais”. (LOURO, Guacira Lopes. O corpo educado: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1230/Guacira-Lopes-Louro-O-Corpo-Educado-pdfrev.pdf?sequence=1>> Acesso em: 10 de julho de 2024.

9 BUTLER, Judith. El género em disputa: el feminismo e la subversión de la identidad. Tradução Maria Antônio Muñoz. Barcelona: Paidós Ibéria. 2007, p. 54-55

10 Idem.

11 BEZERRA, Lara Pinheiro; MAIA, Aline Passos. Transexuais e o Direito à Identidade de Gênero: A Interlocação entre os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Liberdade. In: *Revista Quaestio Iuris*, v. 10, n. 3. Rio de Janeiro, 2017, p. 1689.

12 LOURO, Guacira Lopes. O corpo educado: pedagogias da sexualidade. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1230/Guacira-Lopes-Louro-O-Corpo-Educado-pdfrev.pdf?sequence=1>>

A identidade garante à pessoa a possibilidade de “expressar todos os atributos e características do gênero a que pertence e está intrinsecamente relacionada à dignidade da pessoa humana, somada a outros princípios igualmente importantes, a exemplo dos princípios da liberdade e da igualdade”¹³. O direito da personalidade constitui um direito intrínseco ao indivíduo, trazido pelo cidadão desde o seu nascimento: “o direito a viver com dignidade, receber tratamento digno, de dizer quem é e de expressar sua personalidade”¹⁴.

As preconceções de gênero binário baseadas exclusivamente nos conceitos genéticos e biológico, não levam em consideração as particularidades do indivíduo e suas diferenças, como também elevam a consciência social de anormalidade das demais identidades de gênero, ensejando a marginalização dos referidos indivíduos que objetivam fruir suas liberdades no âmbito da sociedade.

A dignidade da pessoa humana tem posição de destaque em sistemas jurídicos internos e na ordem internacional, uma vez que constitui o fundamento do Estado Democrático de Direito. Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como a:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁵

ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1230/Guacira-Lopes-Louro-O-Corpo-Educado-pdfrev.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

- 13 BEZERRA, Lara Pinheiro; MAIA, Aline Passos. Transexuais e o Direito à Identidade de Gênero: A Interlocação entre os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Liberdade. In: *Revista Quaestio Iuris*, v. 10, n. 3. Rio de Janeiro, 2017, p. 1690.
- 14 TUPINAMBÁ, Renata Moura. A identidade de gênero no cenário jurídico-social. In: *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 28 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590071&seo=1>>. Acesso em: 10 de julho de 2024. Em sentido dogmático, como apontado por Caio Mario da Silva Pereira: “A concepção dos direitos da personalidade sustenta que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos, merecedores de amparo e proteção da ordem jurídica. Admite a existência de um ideal de justiça, sobreposto à expressão caprichosa de um legislador eventual. Atinentes à própria natureza humana, ocupam eles posição supra-estatal, já tendo encontrado nos sistemas jurídicos a objetividade que os ordena, como poder de ação, judicialmente exigíveis. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed., São Paulo: Forense, 2010, v. 1, p. 201)
- 15 MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (orgs.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma necessária discussão. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 62.

“Pode-se dizer que o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira compreende: a) o valor intrínseco da pessoa; b) a autonomia; c) o mínimo existencial e d) o reconhecimento.”¹⁶

Deste modo, a identidade de gênero revela-se indissociável da própria concepção de direitos relativos à personalidade humana, a qual pressupõe a titularidade de direitos e deveres. Ela traduz, portanto, a garantia de exercício de modo independente da autodeterminação do indivíduo perante a sociedade. Neste contexto, a identidade de gênero permite à pessoa humana, a percepção de si diante da realidade. É a garantia de se enxergar não apenas como o espelho revela, mas a partir da externalização do seu sentimento de pertencimento.

2. A TEORIA *QUEER* E SUA MANIFESTAÇÃO NO DOMÍNIO DO DIREITO INTERNACIONAL.

A teoria *queer* tem sido utilizada para demonstrar, por exemplo, como trabalhos feministas sobre o direito internacional dos direitos humanos têm se comprometido academicamente com a crítica a respeito da compreensão do sexo como fato biológico natural, existente no binário masculino/feminino e na assimetria de masculino>feminino. Igualmente, os estudos *queer* postulam o condicionante gênero como uma construção social associada à masculinidade/feminilidade que invisibiliza concepções mais amplas de viver e ser generificado, e gênero como um instrumento heteronormativo de poder. Como observa Odete Mazel, “(...) os compromissos da teoria *queer* são radicais e disruptivos. Eles operaram para interrogar a definição e reforço das categorias de sexualidade e gênero, e para expor e problematizar relações de poder normalizadas e privilégio nas estruturas e sistemas institucionais em que vivemos e operamos.”¹⁷

Os aportes críticos da teoria *queer* podem oferecer uma nova compreensão sobre as formas de atuação do próprio direito internacional – daí porque a pretensão de validade de um ‘direito internacional *queer*’, a fim de reforçar relações desiguais de poder, recursos e conhecimento, e como isso pode ser resistido pelos distintos atores, incluindo pessoas LGBTQ+ e organizações internacionais não-governamentais (como ILGA, por exemplo). “Assim como a curiosidade feminista expôs a estrutura de gênero do direito internacional e a curiosidade pós-colonial suas bases europeias, a curiosidade *queer* torna visível

16 SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 82.

17 MAZEL, Odette. *Queer Jurisprudence: Reparative Practice in International Law*. In: *American Journal of International Law*, v. 116, p. 10, 2022 (Tradução livre de: “Queer theory’s commitments are radical and disruptive. They have operated to interrogate the definition and reinforcement of sexuality and gender categories, and to expose and problematize normalized relations of power and privilege in the institutional structures and systems in which we live and operate”..).

a sua ordenaço [hetero]sexual que é tã dada como certa e é considerada “natural”¹⁸.

A investigaço científica demonstra que diversos indivduos eram patologizados pela nova ciêcia como loucos, ou criminalizados como um perigo para a sociedade. De acordo com a genealogia de Foucault, o pensamento da ciêcia (médico-jurídica) europeia oitocentista produziu a figura do ‘homossexual’ como uma categoria que, junto com outros pervertidos, tornou-se “uma espécie de vida” que foi observada, analisada, categorizada, reeducada e constrangida.¹⁹ A curiosidade possuía um papel paradoxal; se ela servisse aos interesses de elites e classes dominantes, era festejada. Enquanto isso, mulheres rebeldes, nativos não civilizados, orientais estéreis, profissionais do sexo, transexuais, piratas e outras figuras *queer*, eram tratadas como aberraçoes, submetidas à marginalidade ou subalternidade dos sistemas sociais.

A recuperaço da linguagem depreciativa do queer justamente como uma afirmaço positiva de práticas sexuais transgressoras, identidades e a política é um desses esforços para expor e subverter a desigualdade, comumente colocada pela vida e pela lei²⁰. Cynthia Enloe, por exemplo, considera a curiosidade uma característica importante da epistemologia feminista, a natureza transgressora da curiosidade feminista reside em seu poder de questionar e desestabilizar normas de gênero recebidas e bases de análise estabelecidas, junto com a vontade de admitir surpresa e pensar de novo²¹. Como teoria queer, a análise feminista não se limita, portanto, a buscar direitos iguais, mas tratar o gênero analiticamente, como “uma forma primária de significar as relaçoes de poder”,²² que se cruza com outras articulaçoes de poder como raça, classe e naço.

Mais recentemente, Cynthia Weber emprega a “curiosidade intelectual queer” como método de relaçoes internacionais²³. Sua curiosidade “recusa-se a tomar como certo os arranjos institucionais pessoais para ‘internacionais’, de modo a estabelecer uma jornada de descoberta que revela o que acontece com nossa compreensã da política quando a variável ‘sexualidade’ é incluída nos mapeamentos de suas relaçoes de poder. A autora procura e encontra proliferaçoes de figuraçoes do “homossexual” em assuntos internacionais e

18 OTTO, Dianne, editor. Title: Queering international law: possibilities, alliances, complicities, risks. New York: Routledge, 2017, p. 2.

19 FOUCAULT, Michel. The History of Sexuality: An Introduction. Robert Hurley trans. New York: Vintage, 1990, v.1, p. 101.

20 OTTO, Dianne. Queering international law: possibilities, alliances, complicities, risks. New York: Routledge, 2017, p. 04.

21 ENLOE, Cynthia. The Surprised Feminist. In: *Journal of Women in Culture and Society*, v. 25, pp.1023- 1025, 2000.

22 SCOTT, Joan Wallach. Gender: A Useful Category of Historical Analysis. In: *Gender and the Politics of History*. Columbia University Press, 1999. p. 28–50.

23 WEBER, Cynthia. Queer International Relations: Sovereignty, Sexuality and the Will to Knowledge. London: Oxford University Press, 2016.

examina o trabalho que essas figuras fazem para investir o Estado moderno com autoridade e legitimidade. Ela mostra como essas figurações, também funcionam, além do que faz o Estado, para sexualizar os arranjos formais e informais das relações internacionais.

De forma semelhante, a ‘curiosidade transgressiva’ é utilizada para mostrar como a sexualidade funciona como um princípio organizador fundamental no direito internacional. A partir da descoberta das múltiplas formas que o desvio sexual e de gênero ajudaram a instituir, legitimar, autorizar e sustentar uma política internacional neoliberal, uma ordem jurídica social e economicamente injusta (dependente da violência, da formalização jurídica de atos de guerra e agressão) e ambientalmente insustentável, um argumento poderoso é levantado para promover mais conversas entre a teoria, o ativismo ‘queer’ e o direito internacional. A ‘curiosidade queer’, por sua vez, oferece tanto a mistura de curiosidades emancipatórias (impróprias) como a análise crítica que promovem uma preocupação particular com as convenções da sexualidade e a parte que eles desempenham ao ressignificar relações hierárquicas de poder, não apenas em seu apego a corpos materiais, mas também a vinculação a estruturas de entendimento e consensos (‘agreement’) que constituem as normas, instrumentos e práticas do direito internacional²⁴.

Há uma forte tradição feminista de apoio à liberdade sexual que coexistiu, nem sempre facilmente, com a preocupação feminista com a violência sexual e exploração.²⁵ Há também uma crítica feminista de longa data de ‘compulsória heterossexualidade’²⁶ e a insistência de que “sexo/gênero” ser uma construção não baseada biologicamente²⁷. Em muitos aspectos, a teoria *queer* expande o projeto feminista chamando a atenção para a demonização de todas as práticas sexuais e minorias de gênero, que inclui outros, assim como as mulheres. No entanto, os paradoxos da curiosidade estão sempre presentes.

É fundamental reconhecer as limitações da abordagem binária dos direitos de homens e mulheres, conforme reforçado pela Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW)²⁸. Não obstante, a Convenção antecipa o direito internacional como

24 OTTO, Dianne (ed.). *Queering international law: possibilities, alliances, complicities, risks*. New York: Routledge, 2017, p. 6.

25 Ver especialmente Carole S VANCE (ed). *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*. Routledge and Kegan Paul, 1984; e OTTO, Dianne. *Between pleasure and danger: lesbian human rights* In: *European Human Rights Law Review*, n. 6, 2014, p.618.

26 RICH, Adrienne. *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*. In: *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, v.5, 1980, p. 631 ss.

27 DAVIES, Margaret. *Taking the Inside Out: Sex and Gender in the Legal Subject*. In: NAFFINE, Ngaire e OWENS, Rosemary J. (eds). *Sexing the Subject of Law*. London: Sweet & Maxwell, 1997, p. 25.

28 Incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

provedor de padrões para a igualdade de gênero e visa promover uma estrutura para que os legisladores domésticos implementem padrões internacionais em seus sistemas jurídicos. Em estudo de Gabrielle Simm, por exemplo, a autora realiza estudo de caso da primeira comunicação decidida pelo Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres trazendo a sexualidade como um ponto de partida para um debate de longa data sobre a possibilidade questionar o direito internacional de direitos humanos²⁹. Em 2020, o Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (Comitê CEDAW) constatou pela primeira vez que um Estado violou suas obrigações de prevenir a discriminação contra as mulheres no caso de um casal de lésbicas submetido a um crime de ódio homofóbico. Nenhum tratado internacional de direitos humanos proíbe especificamente a discriminação com base na orientação sexual, identidade e expressão de gênero ou características sexuais (SOGIESC). Os órgãos de tratados da ONU estão desenvolvendo uma jurisprudência baseadas em tais reivindicações, cujos reclamantes, às vezes, são forçados a argumentar que foram discriminados, com base em “outro status”³⁰.

Valeria Coscini analisa a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos da ONU e dos tribunais interamericanos e europeus de direitos humanos em seu artigo ‘Relacionamentos como uma forma de auto-expressão na jurisprudência regional e internacional de direitos humanos à luz da teoria foucaultiana da construção social da sexualidade e dos relacionamentos. Coscini argumenta que a legislação relativa ao direito internacional dos direitos humanos tem se concentrado em estruturas de relacionamento como casamento e parcerias civis, ao invés de fazê-lo nos direitos de relacionamento de todas as pessoas. Nesse contexto, a autora defende a compreensão de relacionamentos como uma autoexpressão para reorientar o discurso sobre os requerentes e seus direitos, promovendo assim a igualdade e a não discriminação, respeitando a diversidade dos relacionamentos³¹.

A presunção de verdade atribuída ao discurso jurídico, tem contribuído para manter as estruturas de hierarquia de gênero e regulando o que se define

29 SIMM, Gabrielle. Queering CEDAW? Sexual orientation, gender identity and expression and sex characteristics (SOGIESC) in international human rights law. In: *Griffith Law Review*, v. 29, n. 3, 2020, p. 374 ss.

30 Idem, p. 375. SIMM analisa os custos e benefícios de três estratégias destinadas a questionar o direito internacional dos direitos humanos: igualdade/universalismo, direitos especiais/um tratado SOGIESC; e questionando a CEDAW e avalia a importância da primeira decisão para os reclamantes com base na discriminação interseccional da sexualidade sob a CEDAW e determinar se essa abordagem sugere uma técnica representada por ‘queering the CEDAW’. Ver ainda SIMM, Gabrielle; PAIGE, Tamsin P. Introduction to special issue: queer/feminist internationalisms. In: *Griffith Law Review*, v. 29, n. 3, 2020, p.331 ss.

31 COSCINI, Valeria. Relationships as a form of self-expression in regional and international human rights jurisprudence. In: *Griffith Law Review*, v. 29, n. 3, 2020, p.351 ss.

como fora da normalidade³². Refletindo o ativismo transgressor e desafiador sobre o qual a teoria queer foi construída, estudiosos teóricos *queer* chamaram a atenção para a violência das estruturas sociais hegemônicas, rejeitando campanhas de reconhecimento político, inclusão legal, ou tolerância, e clamaram por formas mais completas de resistência³³.

Lisa Duggan, por exemplo, alertou contra a assimilação despolitizada, ou “homonormatividade”, sugerindo que a liberdade e a libertação procurada por esses termos marca o desenvolvimento de um liberalismo queer que põe em risco um exame minucioso das desigualdades na sociedade. A teoria queer, em geral, passou a representar um projeto antinormativo ou não conformista que rejeita a possibilidade de operar dentro das estruturas de poder, pois, enquanto a intervenção política é constringida pelo mesmo sistema, ao qual se opõe, o próprio sucesso político é visto como limitado.

Da mesma forma, juristas *queer* que trabalham com filosofias de desconstrução têm problematizado como a inclusão no ordenamento jurídico reforça um conjunto de condições que legitimam e recriam a cultura dominante, mantendo intactas padrões heterossexuais e subordinação estrutural.

Desta maneira, pensar o direito internacional a partir da teoria queer é negar os padrões de heteronormatividade e problematizar o reconhecimento de direitos aos indivíduos LGBTQ+, não sob a sedutora roupagem de normatividade. Práticas reparadoras e uma ética do cuidado de si fornecemos as formas de ressignificação do ativismo legal LGBTQ+ e da rotulação de ser cúmplice em relação ao discurso dominante, e reler essas ações por suas características disruptivas, complicadoras e transformadoras. A partir das narrativas do direito,³⁴ pode-se compreender a atuação da jurisprudência *queer*, a partir de atos de contra-conduta, esperança, reparação e amor nos esforços em direção à reforma legal e reconhecê-los como diversos, criativos, transformadores e complexos – como “jusgenerativa”³⁵ e queer “construção do mundo”.³⁶

32 FOUCAULT, Michel. *The History of Sexuality: The Care of the Self*, vol.3.

33 HALLEY, Janet E. *The Construction of Heterosexuality*. In: WARNER, Michael (ed.). *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Socialtheory*. 1993, p. 82 ss.

34 GENOVESE, Ann; MCVEIGH, Shaun; RUSH, Peter D. *Lives lived with law: An introduction*. In: *Law Text Culture*, v. 20, 2017, p.1 ss.

35 A política jusgenerativa proposta por Benhabib fundamenta-se em atos iterativos de reinterpretção dos instrumentos normativos mediados pelos debates permanentes (conversão moral) entre todos os interessados, que modificam o entendimento acerca daquele determinado assunto, pressionando os legisladores e operadores do direito a adequarem o ordenamento jurídico vigente à nova compreensão social do referido tema jurídico. (BENHABIB, 2006, p. 47-51)

36 FOUCAULT, Michel. *The History of Sexuality: An Introduction*. New York: Vintage, 1990.

3 DIREITOS LGBTQ+ NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E A DESEJADA VIRADA ‘QUEER’.

A partir da análise das controvérsias internacionais envolvendo pessoas LGBTQ+ e Estados, deve-se destacar a jurisprudência de tribunais integrantes do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como as Cortes Europeia, Africana e Interamericana, ou mesmo de sistemas de integração, como a Corte de Justiça da União Europeia e a Corte de Justiça da Comunidade Andina. As cortes internacionais têm desempenhado papel central na intersecção entre direitos humanos e pessoas LGBTQ+, em especial, quanto a reclamações contra Estados, aplicação concreta das normas internacionais de direitos humanos em casos de violação, remédios e indenizações às vítimas³⁷. As sentenças e opiniões consultivas também têm induzido transformações legislativas nos sistemas jurídicos nacionais, a levar Estados a alterar leis e regulamentos para se ajustarem aos padrões de observância de direitos humanos de pessoas LGBTQ+. Da perspectiva de estudos internacionais queer, a experiência de tribunais regionais de direitos humanos tem traduzido, inequivocamente, uma disputa política complexa que transcende fronteiras dos Estados e rivaliza com padrões convencionais de interpretação e aplicação das normas de direitos humanos³⁸.

Sediada em Estrasburgo, na França, a Corte Europeia tem jurisdição para decidir sobre controvérsias entre indivíduos e Estados violadores fundadas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (CEuDh), administrada pelo Conselho da Europa. A Corte sofreu duras críticas, porque durante décadas manteve seu caráter absenteísta com relação a questões interpretativas da Convenção, e mesmo por aplicar suas normas de modo a desconsiderar a realidade contextual, aspectos socio-jurídicos e demandas coletivas específicas envolvendo pessoas LGBTQ+. De modo evolutivo, contudo, a jurisprudência da CEDH proporcionou uma construção social de direitos de pessoas LGBTQ+, de como as diversas facetas da sexualidade foram sendo gradualmente transpostas para a argumentação das decisões da Corte³⁹. Esse processo mobilizou a

37 A esse respeito, ver trabalhos seminais de HELFER, Laurence R.; VOETEN, Erik. *International courts as agents of legal change: Evidence from LGBT rights in Europe*. In: *International Organization*, v. 68, n. 1, 2014, p. 77 ss; e HELFER, Laurence R., e RYAN, Clare. *LGBT Rights as Mega-Politics: litigating before the ECtHR*. In: *Law & Contemporary Problems*. vol. 84, 2021, p. 65 ss. Os autores exploram Como as sentenças da Corte Europeia repercutem e influenciam diretamente as leis domésticas dos Estados membros do Conselho da Europa e os signatários da Convenção, como a refletir sobre leis igualitárias a reconhecer o direito fundamental de vida em família, da afirmação de legalidade de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, além de expor a situação das leis e comportamento legislativo de diferentes Estados membros antes e depois de decisões da Corte. Segundo os autores, as decisões podem ainda mudar as atitudes públicas e promover uma maior aceitação e regras de igualdade e oportunidades para indivíduos LGBT na sociedade.

38 HELFER e RYAN, cit., p. 65 ss.

39 JOHNSON, Paul. *Homosexuality and the European court of human rights*. London: Routledge,

própria comunidade LGBTQ+ a desafiar profundamente – e com amparo nos mecanismos legais e institucionais existentes - as relações sociais homofóbicas, lesbofóbicas e heteronormativas nas sociedades contemporâneas.

Partindo dessa dimensão, a Convenção Europeia é um instrumento em mutação, a qual deve ser interpretada à luz da realidade e das condicionantes atuais. Este instrumento legal é de grande relevância, no contexto das demandas formuladas por pessoas LGBTQ+, sobretudo pelo fato de constituir fundamentos e bases legais para evolução da jurisprudência da Corte, a qual determina a natureza e alcance desses direitos sob a Convenção e os deveres de autoridades nacionais a seu respeito⁴⁰

As decisões da Corte evidenciaram as limitações das narrativas dos direitos humanos, suas teorias precipuamente ocidentais e de matriz heteronormativa e confrontaram o caráter privatista da personalidade humana, vis-à-vis as distintas expressões das famílias homoafetivas, monoparentais, pluriafetivas (e.g. a limitações interpretativas ao art.8 da CEuD⁴¹); as potencialidades antidiscriminatórias, previstas na Convenção no âmbito das relações familiares, direitos sociais e migratórios (arts.14 e Protocolo 12)⁴²; direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (art. 12); liberdades de expressão, reunião e associação e pessoas LGBTQ+ (arts.10 e 11) e tratamento degradante resultante de atos de humilhação e descrédito (art. 3º)⁴³.

Com o objetivo de promover o aprofundamento do estudo proposto, foi necessária uma pesquisa empírica de cunho exploratório-descritivo acerca da jurisprudência da CEDH, vinculada aos direitos relativos à identidade de gênero. A fim de se delimitar o espaço amostral, foi utilizado relatório denominado “Guia sobre a jurisprudência da Convenção Europeia dos Direitos Humanos” emitido pela própria Corte, contendo todos os casos julgados por ele que versavam sobre identidade de gênero, até 31/08/2022.⁴⁴

2013, p.15 ss.

40 ECHR. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: Rights of LGBTI persons. Strasbourg: European Court of Human Rights. 31. dez. 2022. p. 6. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

41 “Art. 8: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver interferência de uma autoridade pública no exercício deste direito, a não ser que esteja prevista na lei e constitua uma medida necessária numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública, do bem-estar económico do país, da defesa da ordem e da prevenção do crime, da protecção da saúde ou da moral, ou da protecção dos direitos e liberdades de outrem.”

42 Sobre isso, ver: Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação. Edição de 2012 (republikado pela Corte em 2021). Disponível: <https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_POR.pdf>.

43 ECHR. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights LGBTI rights. 31. Ago. 2022. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_LGBTI_rights_ENG>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

44 ECHR. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights LGBTI rights. 31.

Com base nesse recorte, todos os casos foram acessados no repositório oficial da Corte e analisados em ordem cronológica, em sua íntegra. Superada a fase inicial da pesquisa, os dados extraídos das decisões foram separados a partir das seguintes temáticas, relativas ao objeto da demanda: direito à retificação de registro; direito à cirurgia de transgenitalização; direitos parentais e direitos sociais. Diante do grande número de casos relativos ao primeiro grupo (ao todo 21 casos) direito à retificação de registro. A análise foi realizada, a partir da reunião de determinadas especificidades dos casos, a fim de averiguar evoluções/retrocessos da proteção conferida às pessoas trans.

Nessa perspectiva, observou-se a ocorrência de padrões decisórios no decorrer da análise dos casos, de modo que em resposta ao problema apresentado “se sistematizaram dados relativos às referências expressas de direitos específicos e de direitos universais; ao discurso patologizante em relação às pessoas trans; à negativa de reconhecimento de discriminação; e ao estabelecimento de um marco temporal para o surgimento dos direitos”⁴⁵. Desse modo, como estratégia metodológica foi utilizada a regra de inferência de Epstein e King⁴⁶ para se concluir sobre a existência ou não da especificação de direitos e da possível contribuição das decisões para o reconhecimento dessa população.

Ademais, mediante a análise dos casos submetidos à Corte Europeia, conclui-se que a maioria das denúncias apresentadas por pessoas LGBTI referem-se ao artigo 8 da Convenção, o qual trata da relação à sua vida privada, familiar ou ambas, o que denota que a construção de jurisprudência *queer* é fundamental para romper com os estigmas que fundamentam a negação de reconhecimento de direitos aos indivíduos, pertencentes à comunidade LGBTI. Nessa perspectiva, é importante definir o conceito de vida privada:

A Corte considerou que o conceito de “vida privada” é um termo amplo, não suscetível de definição exaustiva. Abrange a integridade física e psicológica de uma pessoa, incluindo sua vida sexual (X e Y v. Holanda, 1985, § 22). Às vezes, pode abranger aspectos da identidade física e social de um indivíduo (YY v. Turquia, 2015, § 56). Elementos como, por exemplo, identidade de gênero, nome e orientação sexual e vida sexual enquadram-se na esfera pessoal protegida pelo artigo 8.º (Sousa Goucha c. Portugal, 2016, § 27; B. v. França, 1992, § 63; Dudgeon v. Reino Unido, 1981, § 41; Beizaras e Levickas

Ago. 2022. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_LGBTI_rights_ENG>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

45 GALIL, Gabriel Coutinho. A proteção da identidade de gênero na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. In: *Revista de Direito Internacional*. vol. 16, n. 2, 2019, p.269 ss.

46 Para esse propósito, foi utilizada a abordagem empírica de Lee Epstein e Gary King, que em síntese afirma: “O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência [...]”. EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 11.

c. Lituânia, 2020, § 109; Smith e Grady v. Reino Unido, 1999, § 71). O Artigo 8 também protege o direito ao desenvolvimento pessoal e o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos e com o mundo exterior (Schlumpf c. Suíça, 2009, § 77). (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2022, p.17, tradução nossa)⁴⁷

A noção de vida familiar é um conceito independente. Consequentemente, a existência ou não de “vida familiar” é essencialmente uma questão de fato, vinculada a existência real de laços pessoais estreitos. O Tribunal examinará, portanto, os laços familiares de fato. Por exemplo, a Corte considerou que havia vida familiar no contexto de uma transexual mulher para homem que havia se submetido a uma cirurgia de redesignação sexual e que vivia com uma mulher, que havia dado à luz uma criança por Inseminação Artificial por Doador (AID), um procedimento que o casal havia solicitado em conjunto. Nessas circunstâncias, o Tribunal considerou que os laços familiares de fato ligavam os três requerentes (X, Y e Z v. Reino Unido, 1997, § 37).⁴⁸

A relação entre duas mulheres que viviam juntas e formavam união civil, com filho concebido por uma delas por meio de reprodução assistida, mas que era criado por ambas, também constituía “vida familiar” na acepção do Artigo 8 da Convenção (*Gas e Dubois v. França* (dez.), 2010). O mesmo aplicado à relação com o filho de uma delas, que criavam em conjunto (*X e outros c. Áustria* [GC], 2013, § 96; *Boeckel e Gessner Boeckel v. Alemanha* (dez.), 2013, § 27). A Corte também considerou, neste contexto, que a relação entre o “pai” (ou “irmão”) não biológico e a criança persiste mesmo após o rompimento da relação entre o casal e continua a constituir a vida familiar (*Honner v. França*, 2020, § 51). Mais recentemente, o Tribunal também concluiu que dois requerentes como casal do mesmo sexo residente na Islândia, que eram os futuros pais do terceiro requerente, uma criança nascida por meio de barriga de aluguel nos Estados Unidos e sem vínculo biológico com nenhum deles, efetivamente constituíam vida familiar, uma vez que haviam se unidos por mais de quatro anos (toda a

47 The Court has held that the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person, including his or her sexual life (X and Y v. the Netherlands, 1985, § 22). It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity (Y.Y v. Turkey, 2015, § 56). Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 (Sousa Goucha v. Portugal, 2016, § 27; B. v. France, 1992, § 63; Dudgeon v. the United Kingdom, 1981, § 41; Beizaras and Levickas v. Lithuania, 2020, § 109; Smith and Grady v. the United Kingdom, 1999, § 71). Article 8 also protects the right to personal development and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (Schlumpf v. Switzerland, 2009, § 77). (ECHR. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: Rights of LGBTI persons. p. 17 31. dez. 2022. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

48 Case of X, Y and Z v. The United Kingdom. Julgamento em: 22. abr.1997. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-9428%22%5D%7D>>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

vida do terceiro requerente), também por meio de um arranjo de adoção, e se consideravam pais e filhos (*Valdís Fjölfnisdóttir e outros v. Islândia*, 2021, §§ 58-62)⁴⁹.

O aumento acentuado no litígio de direitos de lésbicas e gays em Estrasburgo, durante este período, é impressionante quando comparado com os dois períodos anteriores. Entre 2010 e 2020, o TEDH emitiu cinquenta e sete julgamentos de mérito e oito decisões de admissibilidade e outras decisões de não mérito em questões de orientação sexual (excluindo, como explicado acima, casos relativos a asilo). Em contraste, a Corte emitiu apenas cinco sentenças de mérito e uma decisão de admissibilidade antes de 1998, e vinte e duas sentenças de mérito e quarenta e três decisões de não mérito⁵⁰.

A primeira onda que leva os casos a Estrasburgo é a de expansão das proteções legais nos sistemas jurídicos domésticos. Esses são casos de “expansão de direitos” em dois sentidos: primeiro, porque são motivados pelo crescente reconhecimento da igualdade entre pessoais LGBTQ+ por muitos estados membros e, segundo, porque os requerentes pleiteiam que a CEDH expanda os limites dos direitos LGBTQ+ a nível europeu. Os casos de expansão de direitos, geralmente, envolvem igualdade no casamento, direitos de paternidade e outros direitos aplicáveis a casais do mesmo sexo. À medida que gays e lésbicas obtêm o reconhecimento de seus direitos em toda a Europa, muitas vezes, por meio de contestação “mega-política” em nível doméstico, indivíduos LGBTQ+ e ONGs são incentivados a apresentar mais casos perante a Corte. Ao apresentar pedidos em Estrasburgo, esses atores buscam desenvolver ainda mais um consenso europeu sobre a igualdade lésbica e gay, tanto substantiva quanto geográfica. Durante o período de 1999 a 2009 e entre 2010-2015, esses casos tendiam a surgir nos países da Europa Ocidental. Nos últimos anos, no entanto, destacam-se as controvérsias envolvendo pessoas LGBTQ+ e Estado do sul da Europa e do Leste Europeu, os quais respondem por uma parcela maior de casos de expansão de direitos⁵¹.

O segundo movimento de casos de Estrasburgo surge da oposição sistemática do Estado aos direitos LGBTQ+ estabelecidos. Esses são casos de “contratação de direitos” porque resultam de estados impondo novos limites a direitos estabelecidos ou reforçando a aplicação de restrições preexistentes a esses direitos. Esses casos envolvem principalmente direitos políticos (como liberdade de associação e reunião) ou direitos de integridade física (como

49 (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: Rights of LGBTI persons. p. 18. 31. dez. 2022. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.)

50 HELFER, Laurence R., e RYAN, Clare. LGBT Rights as Mega-Politics: Litigating Before the ECtHR. In: *Law & Contemporary Problems*. vol. 84, 2021, n. 59, p. 74.

51 Idem, p.75.

falha em proteger os indivíduos da violência por parte de atores públicos ou privados). A Corte há muito tempo reconhece ambos os conjuntos de direitos para todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual. Na última década, no entanto, a Rússia e outros países do Leste Europeu têm resistido cada vez mais a esses direitos previamente estabelecidos e desafiado frontalmente a normatividade favorável a direitos LGBTQ+ construída por tribunais internacionais e domésticos na Europa⁵².

Os direitos e liberdades no sistema europeu de direitos humanos expandiram-se drasticamente nas últimas décadas. Os direitos de lésbicas e gays são um exemplo paradigmático. A Convenção Europeia de 1950, como todos os outros instrumentos de direitos humanos Pós-Segunda Guerra Mundial, em nenhum lugar menciona orientação sexual ou identidade de gênero, e seus redatores concebiam o casamento e a família “como heterossexuais sem problemas”⁵³. A Corte, contudo, endossou uma abordagem dinâmica e evolutiva da interpretação que lhe permitiu “adaptar, ao longo do tempo, o texto da Convenção aos desenvolvimentos legais, sociais, éticos ou científicos” na Europa⁵⁴. Como as leis e políticas da maioria dos estados membros da Comunidade Europeia lentamente convergiram para maior proteção das minorias sexuais, a Corte começou a criticar os países que não acompanharam essas tendências. A confiança da Corte na evolução dos padrões europeus, por sua vez, moldou as estratégias domésticas de defesa dos grupos de direitos LGBT e atraiu um número crescente de casos de direitos de lésbicas e gays para Estrasburgo⁵⁵.

Examinados os casos adjudicados pela CEDH em perspectiva, é possível verificar que aspectos da teoria queer foram sendo indireta e diretamente absorvidos menos na interpretação senão nos resultados aplicativos das normas da Convenção, com posicionamento formal favorável em relação a demandas de pessoas LGBT's no aceso à jurisdição internacional em direitos humanos. Em síntese, elas simbolizam demandas trazidas de disputas dos campos social e político mais complexos e evidenciados por estudos queer, tais como a desconstrução e crítica às normas heteronormativas; negação da heteronormatividade; práticas reparadoras e ética do cuidado de si e do outro;

52 HELFER, Laurence R., e RYAN, Clare. LGBT Rights as Mega-Politics: Litigating Before the ECtHR. In: *Law & Contemporary Problems*. vol. 84, 2021, n.59, p. 81.

53 Criticamente, ver Peter Van DUK. Prohibition on Discrimination. In: CLAPHAM, Andrew; WAALDIJK, Kees (Ed.). *Homosexuality: a European Community Issue: Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*. Brill, 2021, p. 193 ss.

54 ECHR. *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. No. 18030/11, ¶ 3 (Nov. 8, 2016), (Sicilianos & Raimondi JJ., concurring). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167828> [https://perma.cc/RUX3-KDFV]. Acesso em: 10 de julho de 2024.

55 HELFER, Laurence R. e RYAN, Clare. LGBT Rights as Mega-Politics: Litigating Before the ECtHR. In: *Law & Contemporary Problems*, vol. 84, 2021, n.59, p. 65.

jusgeneratividade e construção do mundo queer; e narrativas do direito e transformação jurídica⁵⁶.

CONCLUSÃO

Diante da análise das decisões proferidas pela Corte Europeia de Direito Humanos, observa-se a expansão de direitos e liberdades no sistema europeu de direitos humanos nas últimas décadas, fazendo prevalecer a construção normativa favorável aos direitos de pessoas LGBTQ+. A despeito de a Convenção Europeia de 1950 não mencionar especificamente a orientação sexual ou identidade de gênero, e os seus redatores conceberem o casamento e a família sob a óptica heteronormativa, a abordagem dinâmica e evolutiva da interpretação do tratado possibilitou a adaptação do texto da Convenção e o aperfeiçoamento de aspectos sociais, éticos ou científicos na Europa.

Nessa perspectiva, houve também evolução de leis e políticas normativas na maioria dos Estados Membros da União Europeia, que convergiram para maior proteção das minorias sexuais. A CEDH começou a criticar os países que não acompanharam essas tendências. A confiança da Corte na evolução dos padrões europeus, por sua vez, moldou as estratégias domésticas de defesa dos grupos de direitos LGBT e atraiu um número crescente de casos de direitos de lésbicas e gays para Estrasburgo.

As decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos evidenciam que a construção de uma jurisprudência *queer* é uma realidade necessária e urgente, haja vista o aumento da procura desses grupos para se ter o reconhecimento dos seus direitos, que ultrapasse a concepção de distinções binárias – como masculino/feminino, hétero/queer e cisgênero/transgênero – que estruturam a sociedade e o direito. Deste modo, o que se pretende ao analisar os casos à luz da teoria *queer* é viabilizar o reconhecimento de direitos

⁵⁶ Esses aspectos são revisitados em diversos estudos que articulam o potencial de transformação trazido pela teoria crítica e estudos queer, que escapariam do escopo de análise detalhada no presente trabalho. No entanto, são argumentos relevantes para a evolução de estudos do direito internacional queer, a saber, em que medida: (i) objetivos de inclusão nos sistemas jurídicos domésticos muitas vezes reforçam padrões heterossexuais dominantes e perpetuam a subordinação estrutural de minorias sexuais e de gênero; (ii) tribunais internacionais, ao proteger e fazer valer direitos de pessoas LGBTQ+, desde uma perspectiva queer, desafiam normas estabelecidas de identidade civil e sexualidade; (iii) a presença do ativismo internacional desmistifica as bases de igualdade formal legal e transforma as estruturas jurídicas e culturais que perpetuam a exclusão e a discriminação; (iv) práticas transgressivas do ponto de vista da diversidade e orientações sexuais podem desafiar e redefinir o direito e a justiça em um mundo queer; e, por fim, (v) as narrativas do direito desde a perspectiva queer permite compreender como a jurisprudência pode promover atos de contra-conduta, esperança, reparação e amor dentro dos sistemas jurídicos vigentes. A esse respeito, ver distintas abordagens em HALBERSTAM, J. Jack. In a queer time and place: Transgender bodies, subcultural lives. New York: NYU Press, 2005; DAUVERGNE, Catherine; LINDY, Hannah. Excluding Women. In: *International Journal of Refugee Law*, vol.31, n.1, 2019, p.1 ss; ENG, David L. The feeling of kinship: Queer liberalism and the racialization of intimacy. Duke University Press, 2010.

fundamentais aos indivíduos LGBTQ+, a partir dessa perspectiva disruptiva e transformadora da heteronormatividade.

A presunção de verdade atribuída ao discurso jurídico tem contribuído para manter as estruturas hierárquicas de gênero e regulando as relações entre pessoas LGBTQ+ havidas como fora do padrão de normalidade. Refletindo o ativismo transgressor e desafiador sobre o qual os estudos queer foram construídos, teóricos queer chamaram a atenção para a violência das estruturas sociais hegemônicas, rejeitando campanhas formais de reconhecimento político, inclusão legal, ou tolerância, e clamaram por formas mais completas de resistência, afetos e apoderamento cultural.

Uma crítica, contudo, é suscetível de validação a partir dos casos analisados: justamente pelos enormes obstáculos à plena efetivação dos direitos dos LGBTQ+ vis-à-vis a aplicação efetiva de normas internacionais de direitos humanos, os Estados, seus sistemas jurídicos domésticos e as organizações internacionais ainda hesitam em capturar as nuances de pessoas de identidades e comportamentos mutáveis, transgressores, ou de fazer reconhecer a realização plena de suas vontades, desejos e afetos como parte de um direito autônomo e suas narrativas. Um desses aspectos é bem notado na falha de mecanismos institucionais internos para assegurar a identidade de gênero enquanto atributo indissociável da personalidade, e, portanto, parte da fruição de direitos humanos positivados e tutelados pelos instrumentos do sistema internacional de direitos humanos.

CRÉDITOS

O presente trabalho é resultado de atividades de investigação conduzidas pelos autores nos projetos “Cultura, Direito Comparado e os desafios do Direito Internacional na Ordem Global”, da Linha de Pesquisa ‘História, Poder e Liberdade’ e “Estudos Europeus em perspectivas comparadas: a sustentabilidade e a integração regional em contexto de politicidade, governança e inteligência artificial”, da Linha de Pesquisa ‘Estado, Razão e História’ do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os autores também agradecem enormemente à CAPES pelo apoio concedido para execução das pesquisas a partir de recursos do Programa de Excelência Acadêmica – Proex- destinado ao PPGD-UFMG (nota 7 na Avaliação Quadrienal da Capes).

REFERÊNCIAS

- BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: University Press, 2006.
- BUTLER, Judith. *El género em disputa: el feminismo e la subversión de la identidad*. Tradução Maria Antônio Muñoz. Barcelona: Paidós Ibéria. 2007.

CEDH. **Manual sobre a legislaço europia antidiscriminaço.** Agêcia dos Direitos Fundamentais da Uniço Europia e Conselho da Europa, 2021. Disponvel: <https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_POR.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

CHASE, Anthony Tirado. Human rights contestations: sexual orientation and gender identity. **The International Journal of Human Rights.** vol. 20, n. 6, p. 703-723, 2016.

CHAVES, Débora C P. **Afinal, Quem Sou Eu Para o Direito?** Reflexões sobre a tutela do transgênero no Brasil. São Paulo: Lumen Juris. 2017.

COSCINI, Valeria. Relationships as a form of self-expression in regional and international human rights jurisprudence. **Griffith Law Review,** v. 29, n. 3, p. 351-373, 2020.

DAUVERGNE, Catherine. **The new politics of immigration and the end of settler societies.** Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

DAUVERGNE, Catherine; LINDY, Hannah. Excluding Women. **International Journal of Refugee Law,** v.31, n.1, p.1-29, 2019.

DAVIES, Margaret. Taking the Inside Out: Sex and Gender in the Legal Subject?. In: NAFFINE Ngair e OWENS, Rosemary J.(eds). **Sexing the Subject of Law.** London: Sweet & Maxwell, 1997.

ENG, David L. **The feeling of kinship:** Queer liberalism and the racialization of intimacy. Durham/ London: Duke University Press, 2010.

ENLOE, Cynthia. The Surprised Feminist. **Signs: Journal of Women in Culture and Society.** vol. 25, n. 4, p.1023-1025, 2000.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito:** as regras de inferêcia. São Paulo: Direito GV, 2013.

ECHR. **Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights:** Rights of LGBTI persons. 31. dez. 2022. Disponvel em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_ENG.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

FOUCAULT, Michel. **The History of Sexuality:** An Introduction. Tradução: Robert Hurley trans, New Yor: Vintage, 1990, vol 1.

GALIL, Gabriel Coutinho. A proteço da identidade de gênero na jurisprudêcia da Corte Europia de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional.** vol. 16, n. 2, p. 269-290, 2019.

GENOVESE, Ann; MCVEIGH, Shaun; RUSH, Peter D. Lives lived with law: An introduction. In: **Law Text Culture,** vol. 20, p. 1-13, 2017.

GLAAD. Glossary of terms: Transgender. **GLAAD Media Reference Guide**. 10th ed. 2016. Disponível em: <<https://www.glaad.org/reference/transgender>>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

HALBERSTAM, J. Jack. **In a queer time and place: Transgender bodies, subcultural lives**. New York: NYU Press, 2005.

HALLEY, Janet E. The Construction of Heterosexuality. In: WARNER, Michael *et al.* (ed.). **Fear of a queer planet: Queer politics and social theory**. Minneapolis/ London: Univ. of Minnesota Press, 1993. p.82-104.

HELPER, Laurence R.; RYAN, Clare. LGBT Rights as Mega-Politics: litigating before the ECtHR. **Law & Contemporary Problems**, v. 84, p.59-93, 2021.

HELPER, Laurence R.; VOETEN, Erik. International courts as agents of legal change: Evidence from LGBT rights in Europe. **International Organization**, v. 68, n. 1, p. 77-110, 2014.

HENDRIKS, Aart. Promotion and protection of women's right to sexual and reproductive health under international law: The economic covenant and the women's convention. **American University Law Review**. vol. 44, p. 1123-44, 1995.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília: Autor, 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989> Acesso em: 10 de julho de 2024.

JOHNSON, Paul. **Homosexuality and the European court of human rights**. London: Routledge, 2013.

KESSLER; MCKENNA, Suzanne J. e Wendy. “Who put the ‘trans’ in transgender? Gender theory and everyday life”. **The International Journal of Transgenderism**, 2010. Disponível em:<<http://www.wpath.org/journal/>>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1230/Guacira-Lopes-Louro-O-Corpo-Educado-pdf-frev.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

ILGA. **Homofobia de Estado: atualização do panorama global de legislação**, 2020. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_Mundo_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2020.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

MAZEL, Odette. Queer Jurisprudence: Reparative Practice in International Law. **American Journal of International Law**, v. 116, p. 10-15, 2022.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang *et al* (orgs.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma necessária discussão. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OTTO, Dianne (ed.) **Queering international law**: possibilities, alliances, complexities. New York: Routledge, 2017.

OTTO, Dianne. Between pleasure and danger: lesbian human rights In: *European Human Rights Law Review*, n. 6, p.618-30. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23. ed., São Paulo: Forense, 2010, v. 1.

POLIDO, Fabrício B. P. Normas Internacionais e Direitos LGBTQ+. In: RAMOS, Marcelo M.; NICOLI, Pedro A.G; VALENTIN, Marcia R. (Org.). **Dicionário Jurídico do Gênero e da Sexualidade**. 1a.ed. Salvador: Devires, 2022, v. 1, p. 541-550.

RAMOS, Silvia. **Minorias e prevenção da violência**. Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança. São Paulo: Ilanud, 2002. SCHINKE, Vanessa D. **A Violência de Gênero nos Espaços do Direito**. 2^a ed. São Paulo: Lumen Juris. 2017.

SIMM, Gabrielle; PAIGE, Tamsin P. Introduction to special issue: queer/feminist internationalisms. *Griffith Law Review*, v. 29, n. 3, p. 331-333, 2020.

SIMM, Gabrielle. Queering CEDAW? Sexual orientation, gender identity and expression and sex characteristics (SOGIESC) in international human rights law. *Griffith Law Review*, v. 29, n. 3, p. 374-400, 2020.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, trajetórias e Metodologia. Fórum: Belo Horizonte. 2.ed. 2016.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. **A identidade de gênero no cenário jurídico-social**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590071&seo=1>>. Acesso em: 10 julho de 2024.

VAN DUK, Peter. Prohibition on Discrimination. In: CLAPHAM, Andrew; WAALDIJK, Kees (Ed.). **Homosexuality: an European Community Issue**. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy. Brill, 2021. p. 193-200.

WEBER, Cynthia. **Queer International Relations**: Sovereignty, Sexuality and the Will to Knowledge. London: Oxford University Press, 2016.

YANG, Yifan. Bargaining with the state: The empowerment of Chinese sexual minorities/LGBT in the social media era. *Journal of Contemporary China*, v. 28, n. 118, p. 662-677, 2019.

Recebido em: 12/05/2024

Aprovado em: 18/07/2024

O MENOR, O LOUCO E A MULHER DESONESTA: SUBJETIVAÇÃO E PUNIÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA

THE MINOR, THE INSANE AND THE DISHONEST WOMAN: SUBJECTIVATION AND PUNISHMENT IN THE JUSTICE SYSTEM

FERNANDA ANDRADE ALMEIDA*

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário em três situações jurídicas distintas – o estabelecimento do toque de recolher para crianças e adolescentes por meio de Portarias Judiciais; a internação compulsória de dependentes em drogas e o julgamento de processos judiciais de estupro – verificando os sentidos de moralidade, normalidade e punição presentes no Sistema de Justiça em cada um desses casos. Nesse sentido, procura identificar o processo de construção de subjetividades relacionadas às situações descritas – o “menor”, o “louco” e a “mulher desonesta” –, verificando sob quais aspectos divergem da legislação atualmente em vigor no país. O trabalho foi realizado a partir da análise de documentos legislativos – Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 10.216/2001, dentre outros – e da pesquisa bibliográfica, destacando, no caso desta última, os conceitos trabalhados por Michel Foucault em suas obras.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Toque de recolher. Internação compulsória. Estupro. Subjetivação. Michel Foucault.

ABSTRACT

The article aims to analyze the performance of the Judiciary in three different legal situations – the establishment of a curfew for children and adolescents through Judicial Ordinances; the compulsory hospitalization of drug addicts and the judgment of legal cases of rape – verifying the meanings of morality, normality and punishment present in the Justice System in each of these cases. In this sense, it seeks to identify the process of construction of subjectivities related to the situations described – the “minor”, the “insane” and the “dishonest woman” –, verifying in which aspects they differ from the legislation currently in force in the country. The work was carried out from the analysis of legislative documents - Federal Constitution, Statute of the Child and Adolescent, Law nº 10.216/2001, among others - and from the bibliographical research, highlighting, in the case of the latter, the concepts worked by Michel Foucault in Your works.

KEYWORDS: *Judicial power. Curfew. Compulsory hospitalization. Rape. Subjectivation. Michel Foucault.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O toque de recolher para crianças e adolescentes: a permanência da figura do “menor” no tratamento da infância. 3. A internação compulsória e a caracterização do “louco” no âmbito do direito. 4. A “honestidade” da mulher como critério para a decisão judicial. 5. A construção de subjetividades no Sistema de Justiça. 6. Conclusões. Referências.

* Possui Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD/UFF), Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD/UFF) e Graduação em Direito (UFF). Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). E-mail: faalmeida@id.uff.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9396-9256>.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como proposta analisar o Sistema de Justiça, de maneira a verificar os discursos construídos e admitidos pelo Poder Judiciário em três âmbitos distintos: infância, saúde mental e violência contra a mulher.

Compreende-se que o Judiciário, especialmente em um contexto de judicialização da vida, cumpre um papel de definição da normalidade e moralidade, que serve de reforço à sua função punitiva, permitindo a criminalização de determinados indivíduos/grupos. Dessa forma, o juiz, além do seu poder legal – estabelecido na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional etc. –, muitas vezes exerce um poder de julgar comportamentos, reproduzindo perspectivas normalizadoras sobre condutas e definindo o que é apropriado do ponto de vista moral.

Assim, o rito judiciário produz discursos de verdade, contribuindo para a definição de conceitos como o “menor”, o “louco” e a “mulher desonesta”, ainda que em descompasso com a legislação atual. Esse processo de atribuição de sentidos – comumente justificado em nome da defesa e segurança da sociedade – funcionaria como um mecanismo de subjetivação e controle social de determinados grupos.

Tendo em vista a problemática descrita acima, a análise levará em conta as seguintes discussões que estiveram presentes no debate jurídico brasileiro nos últimos anos: (a) *o estabelecimento do toque de recolher para crianças e adolescentes por meio de Portarias Judiciais expedidas por juízes das varas da infância e juventude*; (b) *a internação compulsória – determinada pela Justiça – de dependentes em drogas*; (c) *o julgamento de processos judiciais de estupro*.

Opta-se, aqui, pela análise transversal desses três pontos, de forma a verificar as conexões que se estabelecem entre eles no que diz respeito à produção de sentidos de moralidade, normalidade e punição.

Em síntese, embora os casos escolhidos acima pareçam bastante diferentes entre si, assemelham-se em pontos que interessam ao presente estudo.

- Todos envolvem uma discussão em termos de normalidade (comportamento normal *versus* comportamento anormal) e moralidade (moral sexual, moral familiar).
- Todos envolvem uma interrelação entre o saber jurídico e outros tipos de saber (pedagógico, psiquiátrico), além de uma atuação de “poderes laterais, à margem da justiça”¹, como a Polícia, Conselho Tutelar, peritos médicos e psicólogos.

1 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 86.

- Em todos os casos evidencia-se um controle social a partir de um processo de criminalização – da criança, da família, da mulher, do morador de rua – que tem como base não aquilo que os indivíduos fizeram, mas aquilo que são.
- Nos dois primeiros casos – toque de recolher para crianças e adolescentes e internação compulsória de dependentes em drogas –, observa-se, ainda, um processo de judicialização do cotidiano, tendo em vista que o sistema judicial está decidindo acerca de questões – e inclusive pautando políticas públicas – que poderiam estar sendo resolvidas em outras esferas.
- Nos dois primeiros casos observa-se, ainda, que a restrição – toque de recolher ou internação – é feita para fins de defesa e segurança da sociedade, embora, geralmente, seja utilizado um argumento de proteção à saúde e ao bem-estar de determinados indivíduos/grupos.
- Em todas as situações, observa-se que o Sistema de Justiça contribui para a qualificação de indivíduos a partir de critérios que não encontram correspondência na lei, como será visto adiante.
- Embora as situações escolhidas para a análise tramitem em diferentes âmbitos do Poder Judiciário, a partir de ritos distintos, observa-se em todos eles um sentido de punição característico do sistema penal. Destaca-se que, dentre os casos selecionados, apenas as audiências de estupro são realizadas em Varas Criminais. A solicitação de internação compulsória deve ser destinada à Vara de Família, enquanto as portarias judiciais são emitidas por juízes das Varas da Infância e da Juventude.

Destaca-se, ainda, que o tema de investigação proposto tem origem em conclusões alcançadas em pesquisas anteriores, desenvolvidas na área de Sociologia do Direito. Em todas as análises – que serão brevemente descritas a seguir –, evidenciou-se a problemática dos limites da atuação do Poder Judiciário, seja em função de um processo de judicialização², seja em razão

2 Maciel e Koerner (2002) explicam que, nos últimos anos, multiplicaram-se os usos e sentidos atribuídos à judicialização, que passou a ser definida em um sentido jurídico (referindo-se à obrigação legal de apreciação judicial de determinado tema), em uma ótica social e política (expansão do âmbito de atuação do sistema judicial) e em uma perspectiva constitucional (referindo-se à ampliação dos poderes dos Tribunais na política por meio do controle de constitucionalidade). A palavra judicialização costuma vir associada a diversas expressões, o que amplia ainda mais os sentidos conferidos a ela. Assim, é possível falarmos, mais frequentemente, de uma “judicialização da política” e de uma “judicialização das relações sociais”, mas também, eventualmente, de uma “judicialização da saúde”, uma “judicialização da vida” e uma “judicialização do cotidiano”. E ainda, raramente, de uma “judicialização” das relações escolares, da vida pública, das eleições, das políticas públicas, dos conflitos sociais, dos direitos sociais, e tantas outras “judicializações” quantas forem as esferas da vida que o analista acredite que o Judiciário estaria “invadindo”. Uma breve pesquisa exploratória sobre o tema nos apresenta a esta infinidade de “judicializações”.

de julgamentos/decisões judiciais com conteúdo moral, que colocavam em xeque a suposta imparcialidade jurídica, noção fortemente ligada ao *ethos* dos profissionais da área do direito.

O artigo está estruturado da seguinte forma: na seção 2, desenvolve-se a temática do toque de recolher para crianças e adolescentes, destacando-se a permanência da figura do “menor” no tratamento da infância; na seção 3, discorre-se acerca da internação compulsória e a caracterização do “louco” no âmbito do direito; na seção 4, aborda-se a discussão sobre a “honestidade” da mulher como critério para a decisão judicial. A seção 5, por fim, faz a conexão entre esses debates, dissertando acerca da construção de subjetividades no Sistema de Justiça, em diálogo com a teoria de Michel Foucault.

2. O TOQUE DE RECOLHER PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A PERMANÊNCIA DA FIGURA DO “MENOR” NO TRATAMENTO DA INFÂNCIA

As primeiras reflexões partiram das conclusões alcançadas em uma pesquisa sobre *o poder normativo da autoridade judiciária no caso das portarias judiciais que estabelecem o toque de recolher para crianças e adolescentes*³. A medida – que consiste na limitação do horário de circulação das pessoas com idade inferior a 18 anos nos logradouros públicos – vinha sendo estabelecida por juízes das Varas da Infância e Juventude de diversas comarcas do país, por meio de portarias judiciais.

A pesquisa constatou que os discursos produzidos pelos magistrados que estabeleceram o toque de recolher em suas comarcas oscilavam entre uma justificativa técnica – provar que a medida está de acordo com a lei e, mais especificamente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – e uma justificativa fática para a restrição. Neste último caso, o ponto principal da argumentação residia em apresentar os problemas existentes na cidade envolvendo os jovens – drogas, prostituição –, bem como os benefícios – diminuição dos atos infracionais, maior convívio das crianças e adolescentes com as suas famílias, ampliação dos laços afetivos, permitir que os jovens possam desfrutar de mais horas de sono, melhoria do rendimento escolar – que poderiam surgir com a imposição da medida na comarca.

No que se refere aos argumentos jurídicos, os juízes utilizavam como base o próprio ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), em especial o artigo 149 que, para os defensores da medida, elencaria hipóteses não taxativas, permitindo que os magistrados estabelecessem, por meio de portarias, limitações às crianças e adolescentes além daquelas descritas nos incisos do referido artigo⁴.

3 Cf. ALMEIDA (2013, 2015, 2018b).

4 O artigo estabelece o seguinte: Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, por meio de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I - a entrada e permanência de criança ou adoles-

Ademais, os defensores do toque de recolher argumentavam que a medida não configuraria uma ofensa ao direito de ir e vir das crianças e adolescentes, acrescentando que outras restrições também estariam presentes no Estatuto. Por fim, defendiam que o toque de recolher seria uma medida protetiva e preventiva (não possuindo, portanto, caráter punitivo).

Não obstante a defesa da medida por parte de alguns membros do Poder Judiciário, o toque de recolher suscita variados debates, sendo um dos principais a discussão acerca dos limites da atuação do Juiz da Vara da Infância e Juventude. Sobre a temática, é relevante o estabelecimento de uma comparação entre o revogado Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que instituiu o Código de Menores, era direcionada aos jovens em “situação irregular”. O Código fazia nítida distinção entre o “direito do menor” e o “direito da criança”. Ademais, conferia à autoridade judiciária poderes bastante amplos⁵, encontrando, nessa temática, correspondência no antigo Código dos Menores, de 1927, também conhecido como Código Mello Mattos⁶.

Durante a década de 80, ocorreu no Brasil uma pressão dos movimentos sociais pelo reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Isso resultou no surgimento da Lei 8.069/1990, que trouxe uma grande modificação na legislação sobre o tema, já que o foco deixou de ser a “delinquência” e a “criança abandonada” e passou a ser os direitos das crianças e adolescentes de maneira ampla⁷.

Observa-se, então, uma transição do direito do menor (Doutrina da Situação Irregular) para o direito da criança e do adolescente (Doutrina da Proteção Integral), tendo a palavra “menor” adquirido significado estigmatizante,

cente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão. II - a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta Lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo. § 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

- 5 Acerca do papel da autoridade judiciária, o Código de Menores (1979) estabelecia: Art. 6º A autoridade judiciária a que se refere esta Lei será o Juiz de Menores, ou o Juiz que exerça essa função na forma da legislação local. [...] Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.
- 6 Seu art. 131 trazia a regra de que “a autoridade protetora dos menores pode emitir para a proteção e assistência destes qualquer provimento que, ao seu prudente arbítrio, parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos de poder”.
- 7 MARINHO, Frederico Couto; VARGAS, Joana Domingues. Permanências e resistências: legislação, gestão e tratamento da delinquência juvenil no Brasil e na França. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, Edição Especial n. 1, p. 267-298, 2015.

deixando de significar apenas uma categoria jurídica e transformando-se em um termo que tem conotações negativas, aproximando-se da ideia de delinquência ampla⁸.

Um olhar histórico sobre o controle social da infância permite constatar que, pelo menos desde o século XIX, esse controle é feito de forma repressiva pelo Estado. A distinção entre criança e menor e a associação entre pobreza e delinquência contribuíram para esse modelo de intervenção, que perdura até hoje. Não obstante as modificações na legislação no sentido de uma proteção integral – que, no caso brasileiro, se deram pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente –, as práticas dos juizes das varas da infância e da juventude – bem como de conselheiros tutelares, promotores, policiais etc. – insistem na ideia de punição de atos “antissociais”, mesmo que estes não impliquem em infrações à lei penal.

Assim, a pesquisa concluiu que, mesmo em um modelo de proteção integral, os profissionais que atuam na área da infância e adolescência continuam reproduzindo a doutrina da situação irregular. Isso fica evidente no caso do toque de recolher, na medida em que consiste em um controle social feito de forma repressiva e punitiva, e tendo como base não aquilo que as crianças e os adolescentes fizeram, mas aquilo que eles são. Ademais, a autoridade judiciária, neste caso, exorbita os poderes conferidos a ela – já que as hipóteses do art. 149 do ECA são taxativas –, aproximando-se do modelo de juiz concebido nos antigos Códigos de Menores (1927 e 1979).

3. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E A CARACTERIZAÇÃO DO “LOUCO” NO ÂMBITO DO DIREITO

Posteriormente, foi desenvolvida uma pesquisa que teve como objetivo fazer um *mapeamento das decisões judiciais proferidas em segunda instância no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, no período de 2001 a 2016, em processos de internação compulsória*⁹.

A Lei nº 10.216/2001 surge dentro de um processo de reorientação do modelo assistencial brasileiro em saúde mental, fruto do Movimento da Luta Antimanicomial¹⁰. A referida legislação estabelece, em seu artigo 6º, que “a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos”. O parágrafo único do artigo

8 MARINHO, Frederico Couto; VARGAS, Joana Domingues. Permanências e resistências: legislação, gestão e tratamento da delinquência juvenil no Brasil e na França. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Edição Especial n. 1, p. 267-298, 2015.

9 Cf. ALMEIDA (2021).

10 DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(12):4701-4706, 2011.

mencionado especifica os tipos de internação psiquiátrica: voluntária (“aquela que se dá com o consentimento do usuário”); involuntária (“aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro”) e compulsória (“aquela determinada pela Justiça”). Convém enfatizar que a internação deverá constituir uma medida excepcional, tendo em vista que o art. 4º da Lei em análise estabelece que, “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”.

Sobre o instituto jurídico da internação compulsória, a Lei nº 10.216/2001 esclarece, no art. 9º, que ela “é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários”.

É relevante destacar que a internação compulsória – como qualquer tratamento involuntário – traz diversos questionamentos do ponto de vista ético. O debate acerca da temática aponta para uma tensão entre, por um lado, a proteção da vulnerabilidade do paciente psiquiátrico – que se daria a partir do procedimento de internação compulsória – e, por outro, a defesa da autonomia do paciente, que seria prejudicada na medida em que este não tivesse o poder de escolha acerca da internação¹¹.

Questiona-se, ainda, se esse tipo de internação poderia caracterizar uma espécie de judicialização do ato médico, na medida em que teríamos instituições jurídicas interferindo na área da saúde mental¹². Expressões como “judicialização do ato médico”¹³, “judicialização da internação compulsória”¹⁴ e “judicialização do cuidado em saúde mental”¹⁵ aparecem frequentemente em textos que discutem a temática aqui apresentada.

Outra problemática referente ao tema relaciona-se com a utilização do dispositivo da internação compulsória para fundamentar a determinação judicial de internação de dependentes em drogas. Alguns teóricos apontam para uma violação do princípio constitucional da dignidade humana e do

11 PAZ, Fernando I.; IBIAPINA, Érico F. V.; PARENTE, Ariela M. V.; CASTRO, Ulysses R. de; SILVA, Daniele O. F. da. Bioética principialista e internação compulsória: tensionamentos entre autonomia e vulnerabilidade, *Revista Psicologia & Saúde*, vol.8, n. 2, Campo Grande, jul./dez. 2016.

12 FORTES, Hildenete Monteiro. Tratamento compulsório e internações psiquiátricas. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, 10 (Supl. 2): 321-330, dez., 2010.

13 FORTES, Hildenete Monteiro. Tratamento compulsório e internações psiquiátricas. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, 10 (Supl. 2): 321-330, dez., 2010.

14 COELHO, Isabel; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. Internação compulsória e *crack*: um desserviço à saúde pública, *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, V. 38, N. 101, p. 359-367, Abr-Jun 2014.

15 REIS, Carolina dos; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima; CARVALHO, Salo de. Sobre jovens *drogaditos*: as histórias de ninguém. *Psicologia & Sociedade*, 26 (n. spe.), p. 68-78, 2014.

direito à saúde nesses casos¹⁶, enquanto outros argumentam no sentido de que presenciamos, atualmente, um “processo de patologização e judicialização de determinadas categorias sociais da juventude”, já que a internação por ordem judicial “acaba convocando sempre a mesma categoria: a dos adolescentes em situação de marginalidade social, em conflito com a lei, usuários de drogas, geralmente o *crack*”¹⁷. Outros, ainda, destacam os usos que se fazem da internação psiquiátrica forçada – e que vão além de situações de saúde –, e colocam em questão a forma como a internação compulsória tem sido utilizada como ferramenta de segurança pública e prevenção à violência¹⁸.

Sobre a atualidade da questão, cabe destacar o caso da “Cracolândia” de São Paulo, ocorrido em 2017, que gerou inúmeras discussões sobre a utilização da internação compulsória para retirar os usuários de *crack* das ruas. Na ocasião, a Prefeitura de São Paulo sustentou que a internação compulsória seria necessária porque “os usuários de drogas, genericamente falando, não têm controle de seus atos, precisam de tratamento extremo (internação) e deterioram o ambiente social”¹⁹.

Observa-se, portanto, que, para além das conclusões alcançadas por meio da análise de decisões judiciais do TJ/RJ, a investigação sobre o tema possibilitou reflexões sobre o papel do Poder Judiciário e a existência de um possível processo de judicialização de determinados institutos, que poderiam estar sendo tratados em outros âmbitos – médico, político. Ademais, permitiu pensar sobre a utilização da internação psiquiátrica como ferramenta de punição de determinadas categorias de indivíduos – no caso, moradores de rua – considerados “indesejados” por uma parcela da sociedade.

4. A “HONESTIDADE” DA MULHER COMO CRITÉRIO PARA A DECISÃO JUDICIAL

Por fim, desde 2014, também estão sendo realizadas pesquisas no âmbito da temática mulheres e Poder Judiciário²⁰, destacando-se as discussões acerca dos *estereótipos de gênero presentes em leis e decisões judiciais*.

16 COELHO, Isabel; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. Internação compulsória e *crack*: um desserviço à saúde pública, *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, V. 38, N. 101, p. 359-367, Abr-Jun 2014.

17 SCISLESKI, Andrea Cristina Coelho; MARASCHIN, Cleci. Internação psiquiátrica e ordem judicial: saberes e poderes sobre adolescentes usuários de drogas ilícitas. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 13, n. 3, p. 457-465, jul./set. 2008, p. 462.

18 REIS, Carolina dos; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima; CARVALHO, Salo de. Sobre jovens *drogaditos*: as histórias de ninguém. *Psicologia & Sociedade*, 26 (n. spe.), p. 68-78, 2014.

19 PEDROSO, Margarete Gonçalves. Cracolândia: internação compulsória genérica e outras drogas. Carta Capital Justificando, São Paulo, maio 2017. Não paginado. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/29/cracolandia-internacao-compulsoria-generica-e-outras-drogas/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

20 Cf. ALMEIDA (2016, 2018a, 2019).

As análises sobre o tema procuram verificar como a lei e o Poder Judiciário podem reproduzir a cultura do patriarcalismo presente em nossa sociedade. Nos estudos sobre crimes sexuais, por exemplo, muitos teóricos chamam a atenção para a reprodução de estereótipos, preconceitos e discriminações de gênero por parte dos profissionais da área jurídica²¹. Uma breve passagens por alguns episódios ocorridos nos últimos anos permite compreender a atualidade da questão.

Em novembro de 2020, foi divulgado, pelo jornal *The Intercept* Brasil, um vídeo da audiência do processo envolvendo Mariana Ferrer e André de Camargo Aranha, no qual a primeira acusava o segundo do crime de estupro de vulnerável. O caso teria ocorrido em dezembro de 2019, em um *beach club* na cidade de Florianópolis. No momento do crime, Mariana Ferrer estaria dopada e sem condições de apresentar resistência. Em setembro de 2020, foi proferida sentença absolvendo o acusado, com o argumento de que as provas não permitiriam afirmar, com certeza, sobre a “ausência de discernimento para a prática do ato ou da impossibilidade de oferecer resistência”²², elementos essenciais para caracterizar o estupro de vulnerável.

O caso Mariana Ferrer ganhou destaque na mídia especialmente em razão da divulgação do vídeo da audiência, que evidenciou a conduta desrespeitosa e/ou omissa dos profissionais presentes. Observa-se na filmagem que o advogado de defesa do acusado atua de forma agressiva, fazendo insinuações a respeito do comportamento da vítima e levantando questões não relacionadas ao processo, ficando nítida a violência psicológica e a tentativa de culpabilizar a vítima. O Juiz e o Promotor de Justiça acompanham tudo de forma passiva, permitindo a humilhação e perpetuando a violência institucional.

Após a enorme repercussão do caso, foi aprovada a Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021, denominada “Lei Mariana Ferrer”, que objetiva “coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo”. Em 2021, também foi publicado, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero” que, além de abordar questões teóricas, serve de “guia” para os julgamentos que ocorrem nos diversos âmbitos da Justiça.

21 Nesse sentido, ver, dentre outras, as análises de ANDRADE (2004, 2005), COULOURIS (2010), PIMENTEL, SCHRITZMEYER e PANDJIARJIAN (1998), SOUSA (2017), VILHENA e ZAMORRA (2004) e ZAMBONI (2007).

22 Autos nº 0004733-33.2019.8.24.0023: “Assim, diante da ausência de elementos probatórios capazes de estabelecer o juízo de certeza, mormente no tocante à ausência de discernimento para a prática do ato ou da impossibilidade de oferecer resistência, indispensáveis para sustentar uma condenação, decido a favor do acusado André de Camargo Aranha, com fundamento no princípio do in dubio pro reo.”

Vale lembrar, ainda, que, em janeiro de 2021, foi proposta uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 779) no sentido da impossibilidade de utilização da tese da legítima defesa da honra no contexto do feminicídio, posicionamento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em definitivo, apenas em agosto de 2023²³. A tese constitui recurso argumentativo muitas vezes utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher, com o objetivo de justificar o comportamento do réu e responsabilizar a vítima. Também estão em trâmite projetos de lei sobre o assunto, objetivando reforçar a vedação²⁴.

Ainda são corriqueiras situações de questionamento, humilhação e culpabilização de mulheres vítimas de algum tipo de violência durante julgamentos, embora a prática não seja recente. Um caso emblemático foi o homicídio de Ângela Diniz, em 1976, assassinada pelo seu então companheiro, Doca Street. Percebe-se que, após mais de quatro décadas, os discursos proferidos pelas defesas no intuito de inocentar homens acusados de violência de gênero continuam similares, com algumas mudanças vocabulares²⁵.

Observa-se, nesses casos, que, embora a mulher esteja na condição de vítima, o que acaba em julgamento é o seu caráter, a sua personalidade e a sua moral sexual, para determinar se ela deve ser admitida ou excluída do âmbito de proteção penal. Nesse contexto, os comportamentos da vítima – roupa utilizada, excesso de bebidas, profissão, horário em que frequenta a rua – ainda

23 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), em janeiro de 2021, e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em liminar, em março de 2021. A ADPF foi decidida em definitivo apenas em agosto de 2023. A decisão foi no seguinte sentido: “[...] (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento; [...]”.

24 Projeto de Lei n. 781/2021 – Deputada Renata Abreu (PODE/SP) – “Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, estabelecendo que não se considera em legítima defesa o ato praticado com a suposta finalidade de defesa da honra ou da imagem do autor do crime ou de terceiros, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher” e Projeto de Lei n.º 2325/2021 – Senadora Zenaide Maia (PROS/RN) – “Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para, respectivamente, excluir os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher e o feminicídio das circunstâncias atenuantes e redutoras de pena relacionadas à violenta emoção e à defesa de relevante valor moral ou social; e para vedar o uso da tese da legítima defesa da honra como argumento para absolvição, pelo tribunal do júri, de acusado de feminicídio.”

25 BUZZI, Vitória de Macedo; LIMA, Marina Amaral de. O que os casos Mari Ferrer e Ângela Diniz dizem sobre Justiça e violência de gênero. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/buzzi-lima-casos-mariana-ferrer-angela-diniz>. Acesso em 14 mar. 2021.

que sem qualquer relação com o evento, são utilizados para atestar a sua índole, e justificar a postura do réu.

5. A CONSTRUÇÃO DE SUBJETIVIDADES NO SISTEMA DE JUSTIÇA

As pesquisas brevemente narradas aqui, embora discorram sobre questões distintas, se aproximam na medida em que lidam com as mesmas problemáticas: limites do Poder Judiciário, processos de judicialização das relações sociais, modos de subjetivação, construção de discursos sobre moralidade e normalidade no Sistema de Justiça, além de punição de determinadas categorias sociais, independente de infração à lei penal.

Verifica-se, em todas as situações, a construção, no âmbito do Poder Judiciário, de discursos de verdade – sobre a infância, sobre a loucura e sobre a moral sexual – que permitem alguma forma de controle – da criança, do “louco” e da mulher – não previsto na legislação. Até mesmo a internação compulsória, que tem previsão legal, tem sido utilizada para determinar a internação de dependentes químicos, como visto acima, o que demonstra que o seu uso ultrapassa a determinação presente da lei, conferindo ao Poder Judiciário uma capacidade de definição ampla sobre o tema.

Em *O sujeito e o poder*, Foucault²⁶, em uma análise retrospectiva dos anos anteriores, explica que o objetivo do seu trabalho não foi analisar o fenômeno do poder, mas “criar uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos tornaram-se sujeitos”. Elencando os “modos de objetivação que transformam os seres humanos em sujeitos”, o autor faz referência às “práticas divisoras”. Nesse sentido, “o sujeito é dividido no seu interior e em relação aos outros. Este processo o objetiva. Exemplos: o louco e o são, o doente e o sadio, os criminosos e os ‘bons meninos’”.

O presente trabalho procura refletir acerca das “práticas divisoras” construídas na Justiça a partir de discursos de verdade admitidos no rito judiciário. Nesse sentido, interessam, sobretudo, os processos de construção de subjetividades em práticas judiciárias que classificam e dividem os indivíduos como o louco e o são, a mulher honesta e a mulher desonesta, o menor e a criança.

A subjetivação, na perspectiva foucaultiana, pode ser compreendida como um processo de constituição de uma subjetividade²⁷, sendo esta entendida de duas formas: subjetividade assujeitada, ou seja, tomada como assujeitamento; e

26 FOUCAULT, M. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. Michel Foucault: uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 231.

27 REVEL, Judith. Michel Foucault: conceitos essenciais. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.

a subjetividade autônoma, como atitude crítica, contraconduta ou prática de si²⁸. Nas práticas a que estamos nos referindo aqui fica especialmente evidenciado o primeiro sentido.

Após a revogação do crime de rapto, por meio da Lei nº 11.106/2005, que alterou o Código Penal, a expressão mulher honesta foi retirada do ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, a palavra menor, após a emergência do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990 – tornou-se ultrapassada, já que a nova legislação consolidou a doutrina da proteção integral, em substituição à doutrina da situação irregular, que caracterizava os antigos Códigos de Menores. Por fim, a Lei nº 10.216/2001, fruto do Movimento da Luta Antimanicomial, reorientou o modelo assistencial brasileiro em saúde mental, contribuindo para um processo de desinstitucionalização.

Todavia, não obstante as alterações mencionadas acima, o Poder Judiciário, na análise de questões acerca da infância, da saúde mental e da violência contra a mulher, frequentemente, utiliza conceitos e procedimentos alinhados com as antigas legislações. Essa problemática exige um exame que não tenha como foco apenas a lei, mas os discursos de verdade construídos no e pelo Sistema de Justiça.

Dessa forma, é importante compreender os mecanismos do poder entre dois limites: “de um lado, as regras de direito que delimitam formalmente o poder, de outro lado, a outra extremidade, o outro limite, seriam os efeitos de verdade que esse poder produz, que esse poder conduz e que, por sua vez, reconduzem esse poder”²⁹. Assim, “a questão do poder fica empobrecida quando é colocada unicamente em termos de legislação, de Constituição, ou somente em termos de Estado ou de aparelho de Estado”, sendo o poder “mais complicado, muito mais denso e difuso”³⁰ do que isso.

Os casos escolhidos para a análise assemelham-se pelo fato de articularem o saber jurídico com outras formas de saber. Conforme apontado por Foucault, o sistema penal procurou sua justificação, inicialmente, em uma teoria do direito e “depois, a partir do século XIX, em um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade”³¹. Os casos evidenciam,

28 FERREIRA NETO, João Leite. A Analítica da Subjetivação em Michel Foucault. *Rev. Polis Psique*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 7-25, dez. 2017.

29 FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 28.

30 FOUCAULT, Michel. O olho do poder. In: FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998, p. 221.

31 FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999a, p. 18-19.

ainda, uma atuação de “poderes laterais, à margem da justiça”³², como a Polícia, Conselho Tutelar, peritos médicos e psicólogos, o que justifica uma referência a um Sistema de Justiça. Nesse sentido, o Poder Judiciário conta com outros poderes para a elaboração e reforço de seus discursos acerca da moralidade e da normalidade.

Vale ressaltar que, embora as situações escolhidas para a análise tramitem em diferentes âmbitos do Poder Judiciário, a partir de ritos judiciais distintos, observa-se em todos eles um sentido de punição característico do sistema penal. Destaca-se que, dentre os casos selecionados, apenas as audiências de estupro são realizadas em Varas Criminais. A solicitação de internação compulsória deve ser destinada à Vara de Família, enquanto as portarias judiciais são emitidas por juízes das Varas da Infância e da Juventude.

Em todos os casos, evidencia-se um controle social a partir de um processo de criminalização – da criança, da família, da mulher, do morador de rua – que tem como base não aquilo que os indivíduos fizeram, mas aquilo que são. Trata-se de um “controle penal punitivo dos indivíduos ao nível de suas virtualidades”³³, na medida em que a punição não decorre de uma infração à lei penal.

Nota-se que, mesmo nos casos de estupro – nos quais, teoricamente, não caberia falar sobre criminalização da mulher, já que ela é a vítima –, estamos diante de um processo de punição, evidenciado na violência institucional perpetrada à mulher quando ela não preenche o estereótipo da “vítima perfeita”³⁴. Nessas hipóteses, observa-se uma dupla vitimização da mulher, por meio de inúmeros mecanismos que objetivam produzir discursos verdadeiros sobre o sexo. Como relatado por Foucault³⁵, a partir do século XIX, em uma tentativa de ajustar “o antigo procedimento da confissão às regras do discurso científico”, desenvolve-se a *scientia sexualis* que, “paradoxalmente, guarda como núcleo o singular rito da confissão obrigatória e exaustiva, que constituiu, no Ocidente cristão, a primeira técnica para produzir a verdade do sexo”.

As situações elencadas também envolvem uma discussão em termos de normalidade e moralidade. A propósito da normalização, trata-se de um

32 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 86.

33 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 86.

34 SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 9-29, abr. 2017.

Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/ref/a/6pdm53sryMYcjrFQr9HNcnS/?lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2022.

35 FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999b, p. 66-67.

discurso que caracteriza os mecanismos de disciplina, embora também esteja presente nos dispositivos de segurança³⁶.

O discurso da disciplina é alheio ao da lei; é alheio ao da regra como efeito da vontade soberana. Portanto, as disciplinas vão trazer um discurso que será o da regra; não o da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra natural, isto é, da norma. Elas definirão um código que será aquele, não da lei, mas da normalização, e elas se referirão necessariamente a um horizonte teórico que não será o edifício do direito, mas o campo das ciências humanas. E sua jurisprudência, para essas disciplinas, será a de um saber clínico³⁷.

Em outros termos, isso não significa que a lei e as instituições de justiça tendam a desaparecer “mas que a lei funciona cada vez mais como norma, e que a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras”³⁸.

Compreende-se, aqui, que “o sistema do direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfos”. Assim, é preciso examinar o direito “não sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática”³⁹.

Por fim, considera-se relevante abordar a questão a partir de um aspecto espacial, o que pode ser colocado a partir da discussão feita por Foucault sobre as heterotopias. As heterotopias são espaços outros, contraespaços, “espaços diferentes, esses outros lugares, essas contestações míticas e reais do espaço em que vivemos”⁴⁰. Quanto aos tipos, destacam-se as heterotopias de desvio: “isto significa que os lugares que a sociedade dispõe em suas margens, nas paragens vazias que a rodeiam, são antes reservados aos indivíduos cujo comportamento é desviante relativamente à média ou à norma exigida”⁴¹.

Nos casos escolhidos para a análise, essa questão fica evidente, especialmente na internação compulsória de dependentes em drogas, que funciona como um mecanismo que remete os desviantes ao “contraespaço” da cidade. No caso do toque de recolher para crianças e adolescentes, a oposição entre “casa” e “rua” está presente no discurso dos aplicadores da medida, permitindo uma reflexão sobre quem deve estar presente nos espaços da cidade, e em que circunstâncias. Por fim, nos julgamentos de estupro a questão

36 FOUCAULT, Michel. Segurança, Território, População. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

37 FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 45.

38 FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999b, p. 135.

39 FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32.

40 FOUCAULT, Michel. O corpo utópico, as heterotopias. São Paulo: n-1 Edições, 2013, p. 20-21.

41 FOUCAULT, Michel. O corpo utópico, as heterotopias. São Paulo: n-1 Edições, 2013, p. 22.

espacial também aparece, embora de forma mais sutil, na medida em que, frequentemente, as vítimas são questionadas sobre o local em que estavam no momento do crime – casa, bar, rua escura, rua vazia – de forma a verificar a sua presença em espaços (ou contraespaços) que a qualificariam como uma mulher honesta ou desonesta.

CONCLUSÕES

Em uma crítica radical ao sujeito da filosofia cartesiana, Foucault se propõe a apreender o sujeito em sua constituição histórica⁴². Assim, ele “não visava construir uma teoria do sujeito, em consonância com a tradição filosófica hegemônica, mas uma analítica dos diferentes modos de subjetivação”⁴³.

A pesquisa apresentada utilizou a epistemologia foucaultiana da subjetivação. Nesse sentido, se concentrou na análise de práticas institucionais, admitindo a subjetividade não como algo dado, mas como produto histórico. Como destacado anteriormente, a subjetivação, na perspectiva foucaultiana, pode ser compreendida como um processo de constituição de uma subjetividade, que, em um dos sentidos possíveis, é tomada como assujeitamento, devendo esta última palavra ser compreendida no âmbito dos complexos processos de submissão dos indivíduos ao poder.

O artigo – retomando dados obtidos em pesquisas anteriores – procurou analisar o processo de construção de subjetividades no âmbito do Poder Judiciário, em especial a caracterização do “menor”, do “louco” e da “mulher desonesta”, não obstante o descompasso dessas expressões com a legislação atualmente em vigor no país. Nesse sentido, foi possível observar o controle social de determinados grupos a partir de um processo de criminalização – da criança, da família, da mulher, do morador de rua – que tem como base não aquilo que os indivíduos fizeram, mas aquilo que eles são, evidenciando-se um sentido de punição que não decorre de uma efetiva infração à lei penal.

Observou-se, ainda, nos casos discutidos, uma interrelação entre o saber jurídico e outros tipos de saber (pedagógico, psiquiátrico), bem como uma atuação de “poderes laterais, à margem da justiça”⁴⁴, como a Polícia, Conselho Tutelar, peritos médicos e psicólogos. Assim, para além do Poder Judiciário, cabe falar, de forma mais ampla, de um Sistema de Justiça, responsável pela análise das situações elencadas no artigo, em especial em termos de moralidade e normalidade.

42 REVEL, Judith. Michel Foucault: conceitos essenciais. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.

43 FERREIRA NETO, João Leite. A Analítica da Subjetivação em Michel Foucault. *Rev. Polis Psique*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 7-25, dez. 2017, p. 9.

44 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 86.

Conclui-se que, nas questões jurídicas relacionadas à infância, à saúde mental e à violência contra a mulher, o foco da análise não pode se restringir à lei, devendo englobar os discursos de verdade construídos no e pelo Sistema de Justiça. Isso porque, não obstante as alterações legislativas empreendidas nessas áreas, as instituições ainda produzem “práticas divisoras”, alinhadas com as legislações anteriores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Andrade. A diversificação do Poder Judiciário e os efeitos do gênero na administração da justiça. *Revista Jurídica (FURB)*. Blumenau, Vol. 22, n.º. 47, p. 111-128, jan./jun. 2018a.

ALMEIDA, Fernanda Andrade. Gênero e decisão judicial: uma análise do viés de magistrados e magistradas. In: 40º Encontro Anual da ANPOCS (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais), 2016, Caxambu/MG. *Anais do 40º Encontro Anual da ANPOCS*. Caxambu: ANPOCS, 2016.

ALMEIDA, Fernanda Andrade. O juiz bicho-papão e a lei em movimento: uma análise empírica do toque de recolher para crianças e adolescentes no município de Fernandópolis (SP). In: 37º Encontro Anual da ANPOCS (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais), 2013, Águas de Lindóia, SP. *Anais do 37º Encontro Anual da ANPOCS, de 23 a 27 de setembro de 2013*. Águas de Lindóia/SP: ANPOCS, 2013.

ALMEIDA, Fernanda Andrade. O poder normativo da autoridade judiciária: uma análise a partir das portarias judiciais que estabelecem o toque de recolher para crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, setembro/dezembro 2018b, v. 18, n. 3, p. 767-801.

ALMEIDA, Fernanda Andrade; LIMA, Larissa Gil. Poder Judiciário, decisão judicial e estereótipos de gênero. *Revista Electrónica de Direito*, v. 20, n. 3, p.5-34, 2019.

ALMEIDA, Fernanda Andrade; GUALHANO, Gabriela Abreu; SOUZA, Thaís Soares de. Poder Judiciário e Internação Compulsória: um mapeamento das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 21, n. 2, p. 381-398, maio/agosto 2021.

ALMEIDA, Fernanda Andrade. O Toque de Recolher para Crianças e Adolescentes na Cidade de Fernandópolis (SP). In: FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros (Org.). *Sociologia Empírica do Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 179-204.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 48, p. 71-102, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de Justiça Criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: v. 11, n. 137, abr. 2004.

BUZZI, Vitória de Macedo; LIMA, Marina Amaral de. **O que os casos Mari Ferrer e Ângela Diniz dizem sobre Justiça e violência de gênero**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/buzzi-lima-casos-mariana-ferrer-angela-diniz>. Acesso em 14 mar. 2021.

COELHO, Isabel; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. Internação compulsória e *crack*: um desserviço à saúde pública, **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, V. 38, N. 101, p. 359-367, Abr-Jun 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2021. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br> e www.enfam.jus.br>. Acesso em 24 abr. 2022.

COULOURIS, Daniella Georges. **A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro**. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, 2010.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, 16(12):4701-4706, 2011.

FERREIRA NETO, João Leite. A Analítica da Subjetivação em Michel Foucault. **Rev. Polis Psique**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 7-25, dez. 2017.

FORTES, Hildenete Monteiro. Tratamento compulsório e internações psiquiátricas. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, Recife, 10 (Supl. 2): 321-330, dez., 2010.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999a.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999b.

FOUCAULT, Michel. **O corpo utópico, as heterotopias**. São Paulo: n-1 Edições, 2013.

FOUCAULT, Michel. O olho do poder. In: FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FOUCAULT, M. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. Michel **Foucault: uma trajetória filosófica**. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 231-249.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARINHO, Frederico Couto; VARGAS, Joana Domingues. Permanências e resistências: legislação, gestão e tratamento da delinquência juvenil no Brasil e na França. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, Edição Especial n. 1, p. 267-298, 2015.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

PAZ, Fernando I.; IBIAPINA, Érico F. V.; PARENTE, Ariela M. V.; CASTRO, Ulysses R. de; SILVA, Daniele O. F. da. Bioética principialista e internação compulsória: tensionamentos entre autonomia e vulnerabilidade, **Revista Psicologia & Saúde**, vol.8, n. 2, Campo Grande, jul./dez. 2016.

PEDROSO, Margarete Gonçalves. Cracolândia: internação compulsória genérica e outras drogas. **Carta Capital Justificando**, São Paulo, maio 2017. Não paginado. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/29/cracolandia-internacao-compulsoria-generica-e-outras-drogas/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. Estupro: direitos humanos, gênero e justiça. **Revista USP**, São Paulo (37): 58-69, Março/Maio 1998.

REIS, Carolina dos; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima; CARVALHO, Salo de. Sobre jovens *drogaditos*: as histórias de ninguém. **Psicologia & Sociedade**, 26 (n. spe.), p. 68-78, 2014.

REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.

SCISLESKI, Andrea Cristina Coelho; MARASCHIN, Cleci. Internação psiquiátrica e ordem judicial: saberes e poderes sobre adolescentes usuários de drogas ilícitas. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 13, n. 3, p. 457-465, jul./set. 2008.

SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 25, n. 1, p.

9-29, abr. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/6pdm53sryMYcjrFQr9HNcnS/?lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2022.

VILHENA, Junia de; ZAMORRA, Maria Helena. Além do ato: os transbordamentos do estupro. *Revista Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 115-130, 2004.

ZAMBONI, Marcela. Da feitura da lei à produção da verdade jurídica em casos de estupro. *Anais do XXIII Congresso da Sociedade Brasileira de Sociologia (SBS)*. Recife, 2007.

Recebido em: 07/08/2023

Aprovado em: 23/07/2024

SOLIDARIEDADE E TRANSPARÊNCIA: O IMPACTO DAS REFORMAS NO REGISTRO DE IMÓVEIS E O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

SOLIDARITY AND TRANSPARENCY: THE IMPACT OF REFORMS IN PROPERTY REGISTRATION AND THE FIGHT AGAINST MONEY LAUNDERING IN BRAZIL

FERNANDA FERRARINI GOMES DA COSTA*
JORGE RENATO DOS REIS**

RESUMO

O Brasil tem implementado estratégias robustas para combater a lavagem de dinheiro, integrando a atuação dos registros de imóveis, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e a atividade notarial. A recente promulgação do Provimento n. 161/2024 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visa aprimorar o processo de comunicação de operações financeiras suspeitas, reduzindo a frequência de comunicações obrigatórias e aumentando a qualidade das informações reportadas. Este provimento destaca a necessidade de documentação detalhada dos meios de pagamento em transações imobiliárias e a identificação das partes envolvidas, como pessoas politicamente expostas. O papel dos cartórios é fulcral: é um meio de controle da garantia da transparência e da integridade das transações imobiliárias, consentâneo com o princípio da solidariedade. Este princípio permeia o espírito destas reformas, refletindo um compromisso com a promoção de um ambiente econômico transparente, justo e seguro.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de Dinheiro. Provimento n. 161/2024. Registro de Imóveis. COAF. Solidariedade.

ABSTRACT

Brazil has implemented robust strategies to combat money laundering, integrating the activities of property registries, the Financial Activities Control Council (COAF) and notary activity. The recent promulgation of Provision no. 161/2024 by the National Council of Justice (CNJ) aims to improve the process of reporting suspicious financial transactions, reducing the frequency of mandatory communications and increasing the quality of the information reported. This provision highlights the need for detailed documentation of payment methods in real estate transactions and the identification of the parties involved, such as politically exposed people. The role of notary offices is crucial: it is a means of controlling the guarantee of transparency and integrity of real estate transactions, in line with the principle of solidarity. This principle permeates the spirit of these reforms, reflecting a commitment to promoting a transparent, fair and safe economic environment.

KEYWORDS: Money Laundering. Provision n. 161/2024. Property Registration. COAF. Solidarity.

* Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). E-mail: fernandaferrarin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4409-2245>.

** Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Privado pela mesma universidade. Professor na UNISC. E-mail: jreis@unisc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0925-5328>.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o registro de imóveis no Brasil tem experimentado transformações profundas, catalisadas por inovações tecnológicas, por mudanças significativas na legislação e nas práticas regulatórias. Essas novidades almejam a modernização dos procedimentos, a promoção de uma maior segurança jurídica e eficiência nas transações imobiliárias. Em paralelo o princípio da solidariedade, essencial nas relações civis e jurídicas, adquire novas interpretações e aplicações no contexto registral, responde às dinâmicas sociais e econômicas atuais. Este artigo visa explorar a interação entre essas evoluções no registro de imóveis e a aplicação do princípio da solidariedade, bem como o impacto desta intersecção no desenvolvimento e na implementação de novas práticas.

Em um cenário marcado pela crescente digitalização o registro de imóveis no Brasil se encontra em um momento de adaptação e modernização. Esse processo de transformação refletindo uma ampla tendência de eficiência em serviços públicos e privados é ilustrado pela sanção da Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022, derivada da Medida Provisória nº 1.085/2021. Tal legislação procurou simplificar e unificar os procedimentos nos registros de imóveis em todo o país, prometendo uma era de maior agilidade e acessibilidade para a população.

O Provimento nº 161, de 11/03/2024, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), emerge como um elemento crucial nesse contexto, ao introduzir modificações significativas no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), inaugurado pelo Provimento n. 149 do CNJ, de 30/08/2023. Essa atualização legislativa visou aprimorar os mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, além de otimizar a regra de cumulação da atividade notarial e de registro com o exercício de mandato eletivo. Uma das inovações trazidas pelo novo provimento é a exigência de que os delegatários fundamentem operações ou propostas de operações suspeitas, visando a redução de comunicações não aproveitáveis pelo Coaf.

O art. 165-A introduzido pelo Provimento nº 161 estabelece diretrizes claras quanto à indicação precisa dos meios e formas de pagamento em escrituras públicas de constituição, alienação ou oneração de direitos reais sobre imóveis. Essas diretrizes detalhadas sobre o uso de recursos em espécie até a menção de transferências bancárias e outros meios de pagamento visam assegurar transparência e rastreabilidade financeira. São práticas que contribuem para a prevenção de fraudes e lavagem de dinheiro.

Os Registros Públicos em geral se revelam aliados fundamentais à justiça na desburocratização do acesso aos direitos fundamentais através

da desjudicialização. Essa parceria estratégica reforçada pelo princípio da solidariedade destaca o papel dos cartórios na promoção da cidadania, haja vista que facilitam o acesso à documentação essencial para o exercício pleno dos direitos civis.

Portanto, os registros de imóveis é uma instituição-chave na garantia da justiça, segurança jurídica e cidadania no Brasil cada vez mais comprometido com a eficiência, transparência e inclusão social.

1. DA NATUREZA JURÍDICA DAS FUNÇÕES REGISTRAS

As funções notarial e registral conferidas pela Constituição Federal de 1988, constituem algumas das atividades de maior demanda pela sociedade brasileira. Pessoas físicas e jurídicas de direito público dependem intrinsecamente desses serviços para a constituição, legitimação e continuidade da existência legal. Historicamente originadas no período colonial brasileiro estas funções gozam de elevado prestígio e confiança por parte da população, fruto de um desempenho caracterizado por profundo profissionalismo em todo o território nacional. Disciplina a carta magna, no seu art. 236, que os serviços notariais e registrais são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Destarte, tais atividades exercem impacto significativo no cotidiano da população, tornando-se essencial a aplicação rigorosa das normativas que regem estes serviços públicos. Observa-se uma lacuna no estudo constitucional relacionado a essas atividades, sublinhando-se a importância de uma análise detalhada, sob a ótica da Constituição Federal, sobre as funções notarial e registral. A natureza pública dos serviços registrais o torna peculiar e suas funções são desempenhadas primordialmente no domínio do direito privado.

Carlos Ayres Brito¹ analisa os aspectos essenciais que delineiam os serviços notariais e de registro apresentando uma perspectiva única sobre a delegação dos serviços públicos por parte do Estado. Essa delegação é integrada de maneira abrangente ao regime jurídico estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil, conforme descrito:

I – Os serviços notariais e de registro constituem funções inerentemente públicas, evidenciadas pela delegação expressamente prevista na Constituição a entidades privadas. Tal delegação destaca que, embora sejam atividades sob a égide do poder público, seu exercício é obrigatoriamente realizado em âmbito privado, conforme o artigo 236 da Constituição. Isso difere da prestação de serviços públicos, que pode ser realizada de forma indireta por entidades privadas, desde que autorizado por legislação específica de cada ente federativo.

II – Essas atividades são expressões jurídicas do Estado, diferenciando-se de serviços meramente operacionais, cuja execução pode ser transferida a par-

1 Cf. Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.151-1/MT, Pleno, em 08/06/2005.

ticulares através de concessão ou permissão, mecanismos estes previstos no artigo 175 da Constituição.

III – A transferência de tais atividades para o setor privado não se dá através de contratos, mas sim por meio de normas estabelecidas unilateralmente pelo Estado, através de legislação e atos regulamentares. Importante ressaltar que a delegação é exclusivamente aplicável a pessoas físicas, não se estendendo a entidades empresariais, em conformidade com as disposições constitucionais sobre concessão ou permissão de serviços públicos.

IV – Para uma pessoa física tornar-se delegatária de tais serviços, é necessária sua aprovação em concurso público de provas e títulos, em contrapartida à seleção por licitação, prevista para a concessão ou permissão de serviços públicos.

V – O exercício privado das atividades notariais e de registro está sob a fiscalização direta do Poder Judiciário, ao invés de órgãos ou entidades do Poder Executivo, responsáveis pela supervisão de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Essa supervisão judicial assegura a legalidade e a segurança jurídica nas relações civis, diferentemente da fiscalização exercida sobre serviços públicos, geralmente associada à resolução de conflitos.

VI – Finalmente, a remuneração dessas atividades não se dá por tarifas ou preços públicos, mas sim por uma tabela de emolumentos, definida por legislação federal. Esta característica distingue claramente os serviços notariais e de registro do regime aplicável aos serviços públicos convencionais.

Dentro do espectro das atividades notariais e registrais existem aquelas prerrogativas exclusivas do Estado, as quais são delegadas a entes privados. Por exemplo: o registro de cidadãos brasileiros nascidos no exterior, tarefa atribuída às embaixadas brasileiras, conforme estabelecido no art. 12, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal.

Quanto às funções delineadas no artigo 236 da Constituição Federal se referem aos serviços encarregados da certificação e formalização de situações jurídicas, incumbências originariamente estatais, mas delegadas a particulares sob um regime administrativo especial de delegação.

Existe um debate sobre a dualidade dos regimes jurídicos aplicáveis. Por um lado, se argumenta que pertencem ao âmbito do direito público, considerando a natureza da delegação e a supervisão exercida pelo Poder Judiciário. Por outro lado, se defende que são reguladas pelo direito privado sob a ótica da aplicabilidade das normas nas interações entre notários, registradores e terceiros.

Esta ambiguidade jurídica decorre da função delegada de estabilização de relações privadas, posicionando a atividade notarial e registral como protetora dos interesses privados e conseqüentemente inserida no âmbito do direito privado. Tal interpretação é sustentada pelo desembargador e professor Dr. Ricardo Dip²:

2 DIP, Ricardo Henry. Registro de imóveis: (vários estudos) / Ricardo Dip. -- Imprensa: Porto

direito administrativo registral (...) administra situações de direito privado segundo normas de direito público, sem prejuízo de dirigir-se à direta e primeira consecução de interesses de natureza privada, o que não obsta aplique normas de todo o campo do direito (público, privado, misto), mantido o primado da vocação teleológica de garantia de situações jurídicas particulares. Por isso, à medida que o fim norteia a causa eficiente, pode admitir-se, por esse ângulo, uma certa preponderância do caráter jurisprivado (do direito registral).

Os particulares pretendem a segurança jurídica e buscam as funções públicas delegadas por refletirem uma estabilidade nas suas relações jurídicas. Quando essa segurança é efetivamente assegurada a questão transcende à esfera do interesse meramente público ou privado, evidenciando uma confluência onde o interesse público se alinha e se integra ao interesse privado. Neste caso há uma intersecção do ordenamento jurídico de suma relevância pública.

A atividade notarial e de registro está sujeita ao regime jurídico de direito público, haja vista a Carta Magna estabelecer as competências legislativas e administrativas pertinentes à matéria. O particular que desempenha essa função pública e é remunerado com base na execução dos seus serviços, evidenciando uma vinculação direta ao regime de direito público.

Sob essa ótica se torna evidente que as relações jurídicas estabelecidas entre notários, registradores e o Estado são regidas por um *corpus* normativo específico do direito público, o que evidencia a natureza jurídica pública das atividades registrais e notariais. Os princípios e as normativas que orientam a prestação deles são essenciais à garantia da segurança jurídica e ao atendimento dos interesses convergentes do público e do privado.

Conforme ensina Clémerson Merlin Clève³:

O Regime, por se tratar de função pública delegada a particulares e por expressa exigência constitucional, é de natureza mista. Com isso, embora não se possa afirmar que tais serviços estejam integralmente submetidos ao regime de direito privado (afinal, embora delegado, trata-se ainda de um serviço público), o fato de ser explorado por particulares determina, em várias e importantes dimensões, que seu regime jurídico seja distinto daqueles ofícios não estatizados (...).

As atividades notarial e de registro são exercidas sob regime de caráter privado, porém delegadas pelo Estado, configurando os profissionais atuantes como agentes particulares em colaboração com o Poder Público. Diversos princípios organizacionais e administrativos influenciam e direcionam a execução das atividades notarial e de registro, entre os quais se destacam:

Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, S.A. Fabris, 2005, p. 55.

3 CLÉVE, Clémerson Merlin, O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo / Clemerson Merlin Clève. Imprensa: São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 623.

a) **Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado:** considerado um dos fundamentos basilares da administração pública estabelece a preeminência do interesse público sobre o privado. Em um contexto social marcado por competição e individualismo tal princípio garante que, na eventualidade de conflito entre interesses privados e públicos, os últimos prevaleçam. Portanto, o delegatário desempenha a função pública em regime privado e em colaboração com o Estado, sendo compelido a assegurar que os direitos individuais não se sobreponham aos interesses coletivos. Essa orientação é respaldada pelas explanações de Alexandre Mazza, que reforça a necessidade de uma atuação pautada na observância deste princípio a fim de harmonizar os interesses privados com as demandas e prioridades coletivas, sempre sob a égide do interesse público. Nas palavras de Alexandre Mazza⁴:

A supremacia do interesse público sobre o privado, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou da moralidade pública, princípio implícito na atual ordem jurídica, significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares. A outorga dos citados poderes projeta a Administração Pública a uma posição de superioridade diante do particular. Trata-se de uma regra inerente a qualquer grupo social: os interesses do grupo devem prevalecer sobre os dos indivíduos que o compõem. Essa é uma condição para a própria subsistência do grupo social. Em termos práticos, cria uma desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados. Convém reafirmar que só existe a supremacia do interesse público primário sobre o interesse privado. O interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica, conhecido como interesse público secundário, não tem supremacia sobre o interesse do particular. [...] Por fim, são também desdobramentos da supremacia do interesse público sobre o privado a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade dos atos administrativos, assim como o poder de autotutela de que a Administração Pública é revestida para anular e revogar seus próprios atos sem necessidade de autorização judicial.

b) **Princípio da Legalidade:** estipula que as ações dos notários e registradores devem estar rigorosamente alinhadas à legislação em vigor, funcionando como uma ponte direta entre a execução de suas funções e o arcabouço legal que as rege. Independentemente das solicitações ou interesses particulares das partes envolvidas todas as operações realizadas por esses profissionais devem estar em conformidade com as normas específicas que regulamentam sua atuação. A inobservância desse princípio não somente resulta na invalidade dos atos praticados, mas também expõe o notário ou registrador a responsabilidades disciplinares, civis e criminais, conforme o caso.

4 Mazza, Alexandre Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

As leis nº 6.015/1973 e nº 8.935/1994 são exemplos da legislação que estabelece as diretrizes e limites dentro dos quais esses profissionais devem operar. A primeira lei detalha as normas referentes aos registros públicos, incluindo os procedimentos de registro de cada uma das especialidades, exceto a dos notários, enquanto a Lei nº 8.935/94 regula os serviços notariais e de registro, definindo as responsabilidades, direitos e deveres dos notários e registradores.

Luiz Guilherme Loureiro⁵ explica sobre as informações prestadas como um elemento importante para o Estado:

Da mesma forma, o notário deve contribuir para a segurança da ordem jurídica como um todo, participando da luta contra a lavagem de dinheiro e prestando todas as informações necessárias às autoridades competentes, segundo as leis brasileiras (art. 30, III, da Lei 8.935/1994). A título de exemplo, cabe lembrar que, nos atos em que oficia, o notário deve enviar) quando for o caso, declaração de operação imobiliária (DOI) à autoridade fiscal e exigir os documentos e certidões previstos em lei para assegurar a validade do ato jurídico e o cumprimento de obrigações fiscais (v.g. identificação das partes, inclusive CPF ou CNPJ, certidões negativas da receita federal e do INSS, prova da quitação de tributos). O dever de colaborar com o Estado, que lhe confere a delegação, não significa, contudo, que o notário pode violar o dever de sigilo. Muito pelo contrário, o dever de sigilo, expressamente previsto na Lei 8.935/1994 (art. 30, VI), que é um dos corolários da fé pública (confiança que a comunidade deposita na atividade notarial) e da segurança jurídica (estabilidade, paz social).

Assegura a legalidade e a validade jurídica dos atos praticados, considera a importância da segurança jurídica nas relações sociais e transações civis. A aderência estrita à legislação assegura que os direitos e deveres das partes envolvidas sejam respeitados e protegidos, evitando conflitos e proporcionando um ambiente de confiança nas operações notariais e registrais. A aplicação rigorosa do princípio da legalidade serve como um mecanismo de controle sobre a atuação dos notários e registradores, impondo limites claros à sua discricionariedade e reforçando a transparência e a accountability no exercício de suas funções. Para o doutrinador Alexandre Mazza⁶:

É importante ressaltar que, quando a Constituição de 1988 definiu a moralidade como padrão de comportamento a ser observado pelos agentes públicos, não houve juridicização de todas as regras morais vigentes na sociedade. Fosse assim, bastaria a legalidade. Cumprindo a lei automaticamente, a moralidade seria atendida. A moralidade administrativa difere da moral comum. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. Certas formas de ação

5 LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos Teoria e Prática. Juspodivm. Salvador. 2017, p. 89.

6 MAZZA, Alexandre Manual de direito tributário. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2019, p. 117

e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis.

Por conseguinte o princípio da legalidade é um pilar essencial na estrutura da administração pública e na atuação dos serviços notariais e de registro, delineando um caminho obrigatório que assegura a consonância de suas ações com o ordenamento jurídico, promovendo a estabilidade e a previsibilidade necessárias ao bom funcionamento das relações civis e comerciais.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE

O conceito de solidariedade não está explicitamente detalhado em um artigo específico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas é um princípio fundamental que permeia o ordenamento jurídico. Ele atua como um dos alicerces para a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preconizado nos objetivos fundamentais da República estabelecidos pelo art. 3º da Constituição Federal.

Este princípio encontra sustentação em uma ampla gama de fundamentos teóricos, emergidos da filosofia social quanto do pensamento jurídico. Destaca-se como um valor essencial à justiça social, à igualdade e à dignidade da pessoa humana. Pazzian e Simokomaki⁷ conceituam:

O conceito de solidariedade, segundo De Plácido e Silva, decorre de solidário, radicado no *solidus* latino. Gramaticalmente solidariedade traduz o sentido do que é total ou por inteiro ou pela totalidade. Assim, em realidade, revela-se a solidariedade numa comunidade de interesses, ou numa corresponsabilidade. Está relacionado também ao conceito de humanidade, o qual decorre do latim *humanitas*, de *humanus* (de homem ou pertencente ao homem), geralmente empregado para designar o gênero humano ou o conjunto de homens, de todas as regiões, formando um ser coletivo. Restritamente, significa a natureza do homem. É tido, ainda, para designar todas as qualidades, benignidade compassiva, brandura de condição, lhanza sem soberba, todos os caracteres e todas as maneiras de agir que convêm ao homem, considerado na sua natureza natural ou social. Encerra o princípio da solidariedade humana, magistralmente definido por Terêncio, em seu famoso verso: “*Homo sum, et nihil humani a me alienum esse puto*” (Sou homem, e nada que possa referir ao homem deixa de merecer o meu exame).

A solidariedade se manifesta em múltiplas dimensões dentro do contexto jurídico brasileiro, da esfera social à fiscal, alcançando até a dimensão

7 PAZZIAN, Roberta Mucare; SIMOKOMAKI, Giulia Yumi Zaneti. O Princípio da Solidariedade e o Direito Constitucional à Saúde em Tempos de COVID-19. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 14, n. 2, Edição Especial “Covid-19”, 2020. Submetido em: 31/05/2020. Aprovado em: 10/08/2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.14_n.2.16.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024

internacional. Na esfera social, ela é vislumbrada na formulação e execução de políticas públicas destinadas à redução das desigualdades sociais e à promoção da inclusão, evidenciada por meio da implementação de direitos sociais fundamentais, tais como: saúde, educação, previdência e assistência social. Essas políticas visam assegurar a todos os cidadãos o acesso a condições básicas de vida e oportunidades de desenvolvimento pessoal e coletivo. Ana Cristina Monteiro⁸ afirma:

Por inspiração constitucional é que se forma o juiz republicano, preocupado com o bem comum, com a coisa pública, com a eficiência das políticas públicas e com a efetivação da justiça social. A busca da justiça em suas decisões é garantia de paz, de equidade, razoabilidade. Não se admite mais o juiz que decide somente pela “letra” da lei, ressuscitando o velho brocardo *dura lex sed lex* para justificar decisões injustas e alheias às peculiaridades do caso concreto. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, insculpiu os seguintes princípios básicos do nosso Estado democrático de Direito: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

No âmbito fiscal o princípio da solidariedade se reflete na adoção de um sistema tributário progressivo, fundamentado na capacidade contributiva dos cidadãos. Seu intuito é promover uma distribuição de riquezas mais equitativa e de financiar adequadamente as políticas públicas de cunho social, o que enfatiza a responsabilidade compartilhada dos membros da sociedade no apoio às estruturas e serviços que beneficiam o coletivo, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade.

No contexto internacional o Brasil adota o princípio da solidariedade como diretriz para suas relações exteriores. O país tem como foco a promoção da paz, da cooperação entre os povos e da defesa intransigente dos direitos humanos. Esta abordagem reflete o entendimento de que a solidariedade não se limita às fronteiras nacionais, mas se estende ao plano global, exigindo um compromisso conjunto na solução dos desafios enfrentados pela humanidade.

Contudo a efetivação do princípio da solidariedade enfrenta desafios significativos, especialmente em períodos de crise econômica, política e social. A concretização de direitos fundamentais, a implementação eficaz de políticas públicas voltadas ao bem-estar social e a manutenção de um sistema tributário justo e equitativo demandam um compromisso contínuo do Estado e da sociedade. Assim, a solidariedade exige não apenas reconhecimento teórico, mas também ação prática e engajamento ativo para sua plena realização.

Em suma, o princípio da solidariedade constitucional transcende sua natureza jurídica. Configura-se como um *ethos* norteador de todas as dimensões

8 SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio Constitucional da Solidariedade. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 68, p. 37-46, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35660.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024

da vida em sociedade. Ele convoca ao reconhecimento da interdependência entre os indivíduos e entre as nações, se constituindo como um imperativo ético para a construção de um mundo mais justo, igualitário e solidário.

Neste contexto a academia e os profissionais do direito desempenham um papel precípuo na reflexão, difusão e implementação do princípio fundamental da solidariedade, contribuindo para a realização dos valores mais elevados da ordem constitucional brasileira.

Quanto aos serviços delegatários importante ressaltar que os Serviços de Registro Civil desempenham uma função duplamente significativa na estrutura administrativa e social do Estado. Eles oferecem atendimento direto aos cidadãos, facilitam o acesso a direitos fundamentais por meio da emissão de documentos essenciais para o exercício pleno da cidadania. Também fornecem muitos dados críticos para a elaboração de estatísticas, gerenciamento de informações e aprimoramento dos sistemas operacionais de entidades como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade), o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a Justiça Eleitoral, os Ministérios da Justiça e da Defesa, as Secretarias Estaduais da Fazenda e os Institutos de Identificação. Assim, observa Claudiany Cavalcante⁹:

Através da previsão legal, os Cartórios de Registro Civil se transformam em Ofícios da Cidadania, e através de convênios, podem levar serviços até então inacessíveis à população destas cidades e distritos. Com a lei, essa foi a forma encontrada para levar a presença do Estado aos locais em que este não se faz presente diretamente à população, buscando também a melhoria dos serviços onde já se encontram disponíveis. Os Ofícios da Cidadania são, portanto, a porta de acesso a todos os cidadãos para realizar além de todos os serviços indispensáveis, a confecção e retirada de documentos essenciais para o exercício da sua nacionalidade e cidadania. Ao realizar convênio com os registros civis, os ofícios da cidadania estarão presentes em todos os municípios brasileiros, e com o aumento do número de postos de atendimentos para obtenção de documentos públicos, os brasileiros terão acesso sem precisar procurar os grandes centros. Dado a dificuldade de acesso desses lugares, inclusive citado pelo Ministro Luiz Fux em sua palestra inaugural do CONCERT, evento no final de 2023 que trouxe como tema central “Compromisso com a Qualidade: Compliance, Sustentabilidade e Regulação nos Cartórios”, em sua fala, disse que quando foi Promotor de Justiça e se dirigia para o interior de sua Comarca, era muito longe, tendo que pegar barco, ônibus, e que a estrada “era tão ruim que 10 km era feito em uma hora para chegar”, demonstrando sua dificuldade de acesso ao local. No entanto, concluiu o Ministro do STF que são nesses lugares mais longínquos que o registrador oferece cidadania ao município daquele local. Fux elogiou os Registros Civis, destacando a facilidade do cidadão em resolver coisas prioritárias para a sua vida, em um tempo

9 CAVALCANTE, Claudiany Maria Ramos. Os registros civis como instrumento para viabilizar os ofícios da cidadania. 2024. Disponível em: <https://www.anoregce.org.br/os-registros-civis-como-instrumento-para-viabilizar-osoficios-da-cidadania/>. Acesso em 28 mar. 2024

mínimo. Ressaltou a importância dos “ofícios da cidadania”, nomeando-os de forma precisa. Ele destacou que, mesmo em locais remotos, os registradores civis podem oferecer cidadania ao munícipe, concedendo acesso a documentos vitais. Esclareceu que através dos Ofícios da Cidadania o registro civil já pode realizar convênios e assim, possibilitam que o cidadão consiga solicitar documentos essenciais para concursos e cidadania. Com outras palavras, os Ofícios da Cidadania timbram a atividade notarial e registral de forma célere”, disse o Ministro. O ministro Fux afirmou em sua palestra que o nome “ofícios da cidadania é perfeito”, porque permite que um cidadão obtenha documentos essenciais na sua vida, como carteira de identidade, título de eleitor (se não houver zona eleitoral), passaporte, carteira de motorista e outros documentos. Destacou que os trabalhos realizados atualmente pelos cartórios do Brasil voltados a estes pilares, traz em sua essência o exercício da Justiça Social e busca da felicidade.

Os serviços extrajudiciais de Registro Civil atuam como uma extensão do Estado junto à população, muitas vezes se constituindo na primeira instância de contato para a garantia de direitos fundamentais. Ao expedirem os documentos que legitimam os cidadãos a participarem plenamente da sociedade civil eles prestam serviços essenciais para se tornarem cidadãos.

Os serviços extrajudiciais de registro civil têm procurado se adaptarem e integrarem às inovações tecnológicas visando aumentar a eficiência e a confiabilidade dos serviços prestados. Um exemplo notável dessa evolução é a implementação de Portais de Serviços Eletrônicos compartilhados, os quais facilitam a busca eletrônica de registros e a emissão de segundas vias digitais de certidões, promovendo uma interconexão efetiva em âmbito estadual e nacional.

A promulgação da Lei n. 13.484, de 26 de setembro de 2017, constitui um marco ao definir os Registros Cíveis das Pessoas Naturais como “Ofícios da Cidadania”, ampliando seu escopo de atuação e reforçando seu papel fundamental na administração pública.

3. O PROVIMENTO 161 DE 11 DE MARÇO DE 2024 DO CNJ

A publicação do Provimento n. 161/2024 constitui um marco significativo na evolução do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça no âmbito Foro Extrajudicial. Esta regulamentação visou aperfeiçoar o processo de comunicação relativo a operações e propostas de operações suspeitas vinculadas a crimes de lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa. Anteriormente regidas pelo Provimento n. 88/2019 e posteriormente integradas ao corpo normativo consolidado no Provimento n. 149/2023, estas diretrizes se dirigiam aos cartórios extrajudiciais e sua interação com o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

A normativa pretendeu diminuir a frequência das comunicações obrigatórias e aprimorar a qualidade das informações reportadas sobre

operações potencialmente suspeitas. O corregedor nacional de Justiça, o ministro Dr. Luis Felipe Salomão, durante a 1.^a Sessão Extraordinária do CNJ destacou o objetivo de tornar o processo mais eficiente, focado nas investigações dos casos que efetivamente demandam análise aprofundada.

Um aspecto relevante dele é a implementação de treinamento periódico para os delegatários, o qual tem por meta capacitar esses profissionais a realizar uma avaliação criteriosa das situações que necessitam de comunicação ao Coaf. Além disso visam instruí-los sobre o preenchimento adequado do formulário de reporte por meio do sistema SisCoaf, uma plataforma designada à unidade de inteligência financeira (UIF).

Assim foram introduzidas modificações conceituais significativas, como: a redefinição do termo “pagamento em espécie” anteriormente confundido com “pagamento em moeda corrente”; o ajuste do limiar para a comunicação obrigatória de transações, que foi elevado de trinta mil reais para cem mil reais.

As modificações promovidas pelo Provimento n. 161/2024 buscam assegurar que apenas operações verdadeiramente atípicas sejam comunicadas ao Coaf. A Dra. Liz Rezende de Andrade, juíza auxiliar da Corregedoria Nacional esclareceu sobre a norma: ela exige que os delegatários fundamentem a suspeita em cada operação reportada. Este procedimento visa reduzir o volume de comunicações não aproveitadas pelo Coaf devido à falta de detalhamento necessário.

Esta iniciativa reforça a importância das operações consideradas suspeitas, que segundo a juíza, são mais valiosas para a inteligência policial do que as comunicações obrigatórias anteriormente em vigor. A partir da análise das comunicações detalhadas dos cartórios especialistas e órgãos de inteligência financeira poderão direcionar informações relevantes para as autoridades de investigação criminal, como o Ministério Público e as polícias judiciárias, seja no âmbito estadual ou federal.

O provimento representa um passo importante no aprimoramento dos mecanismos de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e outras atividades criminosas correlatas. Ao reduzir o escopo das comunicações obrigatórias e enfatizar a qualidade e a fundamentação das informações sobre operações suspeitas esta legislação não apenas otimiza o processo de vigilância financeira, como também contribui significativamente para a eficácia da justiça e da segurança pública no Brasil.

O art. 165-A inserido no contexto normativo relativo às escrituras públicas de constituição, alienação ou oneração de direitos reais sobre imóveis representa um avanço significativo na regulamentação das transações imobiliárias, visando assegurar maior transparência e combate à lavagem de dinheiro, bem como ao financiamento do terrorismo. Este dispositivo legal estabelece a obrigatoriedade de indicação precisa dos meios e formas de pagamento empregados nas

transações, além de requerer a identificação de pessoas politicamente expostas envolvidas no processo.

A exigência de uma declaração minuciosa e fundamentada tem por objetivo não apenas a promoção da transparência nas transações imobiliárias, como também ser uma ferramenta importante no rastreamento e prevenção de práticas ilegais, contribuindo para a integridade do sistema financeiro.

A obrigatoriedade de discriminação detalhada dos meios de pagamento abrange uma ampla variedade de modalidades, incluindo pagamentos em espécie, transferências bancárias, uso de cheques, bem como outros mecanismos menos convencionais como participações societárias, cessões de direitos, entre outros.

Esta abordagem meticulosa facilita a identificação da origem e do destino dos fundos, assegura que todas as partes envolvidas nas transações imobiliárias estejam adequadamente identificadas e que os recursos financeiros utilizados estejam em conformidade com a legislação vigente.

O § 2º amplia o escopo de transparência ao exigir que quaisquer pagamentos envolvendo contas ou recursos de terceiros sejam devidamente registrados na escritura pública. Esta disposição é crucial para evitar o uso de estruturas financeiras complexas destinadas a ocultar a verdadeira origem dos fundos.

Ademais o § 3º reforça a importância da cooperação das partes na transação, ao prever que a recusa em fornecer informações necessárias para cumprir as exigências do artigo devem ser explicitamente mencionadas na escritura pública. Este dispositivo desencorajará a omissão de informações essenciais e promoverá um ambiente de transparência e responsabilidade nas transações imobiliárias.

A implementação do artigo 165-A constitui um passo importante na direção de um mercado imobiliário mais seguro e transparente, estabelece requisitos claros para a documentação de transações imobiliárias. Ao exigir a declaração precisa dos meios de pagamento e a identificação de pessoas politicamente expostas, ao promover a qualificação de pagamentos envolvendo terceiros, este dispositivo legal fortalece os mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento de atividades ilícitas.

Contudo, ao obrigar a menção de recusa em fornecer informações necessárias incentiva a cooperação das partes envolvidas e contribui para a eficácia das políticas de compliance e de governança corporativa no setor imobiliário.

Em síntese, o artigo 165-A reflete o compromisso com a integridade e a segurança no mercado de transações imobiliárias, promovendo práticas que estão alinhadas com padrões nacionais e internacionais de combate à lavagem

de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, ao mesmo tempo em que assegura a transparência e a confiança nas operações de compra e venda de imóveis.

O registro de imóveis e a atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) são elementos fundamentais no arcabouço de combate à lavagem de dinheiro no Brasil. Essas instituições desempenham papéis complementares e distintos na promoção da transparência, na prevenção de fraudes e no rastreamento de operações financeiras potencialmente ilícitas.

A sinergia entre o registro imobiliário e o COAF estabelece uma barreira robusta contra a lavagem de dinheiro, contribuindo significativamente para a integridade do sistema financeiro e imobiliário do país. Sobre a relevância dos cartórios na temática, opinam Magalhães e Moura¹⁰:

O cenário para que os serviços de registros públicos e tabelionatos viessem a sair de uma certa invisibilidade perante os órgãos responsáveis pelo combate à lavagem de capitais de origem ilícita começou a se alterar com a mudança de enfoque introduzidas pelos tratados internacionais a que o Brasil tornou-se signatário, o que internamente obrigou a criação de uma Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Encclca) e externamente a necessidade de se demonstrar que aqui no Brasil efetivamente muito se tem feito para combater esse crime, não obstante o país ser membro do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi) [...] Não obstante a importância que esse segmento tem, sua elevação à categoria de unidade de inteligência financeira perante o Coaf só foi possível quando representantes dos três poderes, em articulação, desenvolveram uma estratégia conjunta de atuação, o que inevitavelmente trouxe esse grupo de atividades para dentro do Coaf.

O registro de imóveis no Brasil cumpre uma função dupla de relevância incontestável: garante a segurança jurídica nas transações imobiliárias e atua como um mecanismo de fiscalização e controle de operações que possam encobrir práticas de lavagem de dinheiro. A formalização das transações imobiliárias por meio do registro em cartórios especializados assegura a publicidade, a autenticidade e a eficácia dos atos jurídicos, resguardando os direitos de propriedade e demais direitos reais sobre imóveis.

A obrigatoriedade de registro de imóveis proporciona um registro detalhado de todas as transações, incluindo informações sobre os compradores, vendedores, valores envolvidos e modalidades de pagamento. Essa documentação extensa e minuciosa é vital para a detecção de padrões atípicos ou suspeitos que podem indicar tentativas de lavagem de dinheiro, tais como transações com valores significativamente acima ou abaixo do mercado, pagamentos

10 MAGALHÃES, Cláudio da Rosa; MOURA, Cid Capobiango Soares de. A contribuição da atividade notarial ao combate à lavagem de dinheiro. 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/opinio-atividade-notarial-combate-lavagem-dinheiro/>. Acesso em: 28 mar. 2024

realizados por meio de métodos não convencionais, ou a participação de pessoas politicamente expostas nas operações.

O COAF, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, atua como unidade de inteligência financeira do Brasil, tendo como uma de suas principais atribuições monitorar e analisar as operações financeiras para prevenir e combater a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo. O COAF recebe comunicações de operações financeiras suspeitas de diversos setores, incluindo instituições financeiras, empresas de seguros, entidades de mercado de capitais e não menos importante, cartórios de registro de imóveis.

A colaboração entre os cartórios de registro de imóveis e o COAF é essencial para a eficácia do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro. Os cartórios, ao identificarem operações suspeitas ou atípicas, como aquelas realizadas com grandes quantias em espécie ou que envolvam partes sem capacidade financeira aparente para a transação, são obrigados a comunicar essas operações ao COAF. Essa comunicação permite que o COAF proceda com análises mais profundas e se necessário, encaminhe os casos suspeitos para investigação pelas autoridades competentes.

A interação entre o registro de imóveis e o COAF é um componente crítico na arquitetura de prevenção à lavagem de dinheiro. Enquanto o registro de imóveis contribui com a transparência e a rastreabilidade das transações imobiliárias, o COAF analisa as informações e padrões de comportamento financeiro, identificando possíveis operações ilícitas. Esta colaboração multidisciplinar fortalece as defesas do país contra a lavagem de dinheiro, promovendo um ambiente de negócios mais seguro e confiável.

Ex positis, o registro de imóveis e o COAF são pilares essenciais na estratégia nacional de combate à lavagem de dinheiro. A eficiência de suas ações pautadas na transparência, na análise de dados e na colaboração interinstitucional é vital para dismantlar redes de lavagem de dinheiro, assegurar a integridade e estabilidade do sistema financeiro e imobiliário do Brasil. A manutenção de registros imobiliários detalhados e a atuação proativa do COAF são indispensáveis para a detecção precoce e a prevenção de atividades financeiras ilícitas em território nacional.

CONCLUSÃO

A abordagem multifacetada do Brasil no combate à lavagem de dinheiro através da interação sinérgica entre os registros de imóveis, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e o reforço da atividade notarial ilustra uma aplicação pragmática do princípio da solidariedade no âmbito jurídico e regulatório. A recente promulgação do Provimento n. 161/2024 como parte dessa estratégia refina significativamente as normativas relativas à comunicação de operações financeiras suspeitas, aprimorando a capacidade do

sistema jurídico brasileiro de prevenir e combater práticas financeiras ilícitas em consonância com o princípio da solidariedade.

O princípio da solidariedade não está explicitamente mencionado nestas regulamentações, mas permeia o espírito das reformas ao estabelecer uma base de cooperação e responsabilidade compartilhada entre diferentes entidades e indivíduos. Através da solidariedade se reconhece que o combate à lavagem de dinheiro é uma responsabilidade coletiva, que demanda a participação ativa não só das autoridades regulatórias e de vigilância, mas também de profissionais envolvidos nas transações imobiliárias, como notários e registradores.

O papel das serventias extrajudiciais de registros públicos é ampliado e destacado por essas reformas ao exigir a documentação detalhada dos meios de pagamento e a identificação das partes como pessoas politicamente expostas.

Assim os registros públicos atuam como pontos cruciais de fiscalização e controle. Essa função é vital para assegurar a transparência e a integridade das transações imobiliárias, contribuindo diretamente para a detecção e prevenção de tentativas de lavagem de dinheiro.

Cumprе ressaltar que o Provimento n. 161/2024 introduz medidas específicas: a redução das hipóteses de comunicação obrigatória e a melhoria na qualificação das informações, visando otimizar o fluxo e a qualidade das informações repassadas ao COAF. Essa abordagem não somente efetiva o princípio da solidariedade na prática regulatória, como também realça a importância de uma análise criteriosa e de uma comunicação precisa de operações suspeitas.

O artigo 165-A evidencia uma compreensão avançada das necessidades de documentação e transparência nas transações imobiliárias. Este artigo serve como um exemplo concreto de como a legislação pode ser estruturada para promover uma cultura de integridade e responsabilidade, refletindo o compromisso com os valores de solidariedade e justiça social.

A integração do princípio da solidariedade com práticas regulatórias específicas, como as estabelecidas pelo Provimento n. 161/2024 e o papel proativo dos cartórios na documentação e comunicação de transações imobiliárias exemplificam uma abordagem holística e colaborativa no combate à lavagem de dinheiro. Esta estratégia fortalece a infraestrutura regulatória e jurídica do Brasil contra práticas ilícitas, promove uma cultura de transparência, responsabilidade compartilhada e solidariedade essenciais para o desenvolvimento de uma sociedade justa, equitativa e segura.

REFERÊNCIAS

- CAVALCANTE, Claudiany Maria Ramos. **Os registros civis como instrumento para viabilizar os ofícios da cidadania**. 2024. Disponível em: <https://www.anoregce.org.br/os-registros-civis-como-instrumento-para-viabilizar-osoficios-da-cidadania/>. Acesso em 28 mar. 2024
- CLÉVE, Clémerson Merlin, **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo** / Clemerson Merlin Clève. Imprensa: São Paulo, Max Limonad, 2001.
- DIP, Ricardo Henry. **Registro de imóveis: (vários estudos)** / Ricardo Dip. – Imprensa: Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, S.A. Fabris, 2005.
- DUGUIT. Léon. **Principes de Droit Public**. 2 ed. Paris: Sirey, 1916.
- LIMA, Andréa Marinho. **Registro de Imóveis e Direito Registral Imobiliário**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos Teoria e Prática**. Juspodivm. Salvador. 2017.
- MAGALHÃES, Cláudio da Rosa; MOURA, Cid Capobiango Soares de. **A contribuição da atividade notarial ao combate à lavagem de dinheiro**. 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-11/opiniao-atividade-notarial-combate-lavagem-dinheiro/>. Acesso em: 28 mar. 2024
- MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MAZZA, Alexandre **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PAZZIAN, Roberta Mucare; SIMOKOMAKI, Giulia Yumi Zaneti. O Princípio da Solidariedade e o Direito Constitucional à Saúde em Tempos de COVID-19. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 14, n. 2, Edição Especial “Covid-19”, 2020. Submetido em: 31/05/2020. Aprovado em: 10/08/2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.14_n.2.16.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio Constitucional da Solidariedade. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XX, n. 68, p. 37-46, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35660.pdf>. Acesso em: 27/03/2024

Recebido em: 28/04/2024

Aprovado em: 16/08/2024

A DUPLA CLASSE DE AÇÕES E SUA IMPLICAÇÃO PARA ESTRUTURA DAS ORGANIZAÇÕES*

DUAL CLASS STOCK AND ITS IMPLICATIONS FOR THE STRUCTURE OF ORGANIZATIONS

GILBERTO DO COUTO SANTOS**

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO***

RESUMO

Este artigo visa compreender as implicações da dupla classe de ações para a estrutura de uma organização, sobre o mercado e o negócio. Ao longo do tempo, um conflito vem se concentrando na dicotomia entre adotar posturas de governança corporativa, com fundamento nas políticas de ESG, e, o desejo da captação de capital junto ao mercado, considerando os interesses dos investidores, frente ao foco do controlador de manter o poder sobre o negócio. Assim, o artigo analisa as implicações da dupla classe de ações sob a perspectiva das teorias corporativas e suas premissas, ao mesmo tempo que observa as relações da voz do investidor, seja para manter-se, seja para sair do negócio. Discute as regulamentações surgidas ao longo do tempo acerca da dupla classe de ações, inclusive legislações recentes. E, então, discutir a maximização de valor ao acionista frente a dupla classe de ações e a percepção do mercado frente a adoção do modelo de classes. Portanto, a discussão acerca do tema ainda está longe de uma congruência, mas já acende a discussão da importância das empresas para a sociedade, sua participação para construir uma sociedade engajada e, portanto, como as empresas sinalizam ao mercado suas intenções de controle que equilibrem(alinhem) o poder e a maximização de valor ao acionista e de mercado.

ABSTRACT

This article aims to understand the implications of the dual class stock for the structure of an organization, on the market and on the business. Over time, a conflict has focused on the dichotomy between adopting corporate governance postures, based on ESG policies, and the desire to raise capital from the market, considering the interests of investors, compared to the focus of the controlling shareholder to maintain power. Thus, the article analyzes the implications of the dual class stock from the perspective of corporate theories and their assumptions, while observing the relationships of the investor's voice, whether to remain in the business or to exit its. It discusses the regulations that have emerged, regarding the dual class stock, including recent legislation. And then discuss the maximization of shareholder value in view of the dual class stock and the market's perception of the adoption of the class model. Therefore, the discussion on the subject is still far from congruent, but it already sparks the discussion of the importance of companies for society, their participation in building an engaged society and, therefore, how does companies signal to the market their intentions of control that balance power and value maximization.

* O presente trabalho foi realizado com apoio da FAPESC, através de bolsa de pesquisa DO, conforme edital 48/2021/FAPESC.

** Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: gilcsster@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8763-1056>.

*** Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Adjunto na Universidade Federal de Santa Catarina. *E-mail:* orlando@silvaneto.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4421-9341>.

PALAVRAS-CHAVES: Dupla classe de ações. Supervoto. Sinalização. Maximização de valor. Lógica Financeira.

KEYWORDS: *Dual class. Super-voting. Signaling. Value maximization. Financial Logic.*

INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, as organizações são desafiadas a implementarem processos cada vez mais transparentes na condução das políticas organizacionais. Recentemente, o mercado vem sendo pressionado com a onda de adoção de políticas que respeitem o meio ambiente, questões sociais e governança corporativa(ESG - Environment, Social and Corporate Governance). Fundos soberanos e de investimentos são formados com políticas que impedem, ou somente permitem, investimentos em ações de corporações que se adequem aos critérios de ESG.

Na esteira do movimento, contudo, com debate antecessor, ampla discussão se apresenta acerca da estrutura de capital, que, denota a composição societária implementada. Nesse sentido, aborda a composição societária implementada, por dupla classe de ações(dual class stock). Essencialmente, busca-se pela dupla classe de ações impor, estabelecer ou manter o controle por parte dos acionistas sobre a organização.

A discussão ganha relevância nos últimos anos, primeiro pelo crescimento de empresas de tecnologia e sua ampla demanda de capital para manutenção do crescimento; segundo, pelo desafio de obter recursos através da abertura de capital, frente ao interesse de participação daqueles que se dispõem a ofertar capital, e, por fim, o interesse dos empreendedores de manter o controle sobre seu empreendimento ou projeto, apesar de não possuir o capital suficiente para sustentá-lo.

Claramente, se trata de uma escolha a ser feita pelo investidor entre exercer papel central nos rumos do negócio, buscando valorização consistente e perene, ou busca de retorno imediato, mediante compra e venda sucessivas do ativo, de modo que o ativo representa apenas uma participação meramente ativa em portfólio de investimento.

Contudo, não há como negar a dicotomia de discursos entre o interesse dos empreendedores e o interesse social, na sua defesa de políticas ESG. É visível a influência do debate da ESG no discurso, uma vez que a tais aspectos relacionam-se com a estrutura de governança das organizações. A questão principal associa-se à exigência de maior democracia na gestão e ao princípio de “uma ação, um voto”¹

Assim, observa-se que a dupla classe de ações apresenta efeitos sobre o mercado que torna relevante compreender sua formação e impacto sobre o mercado financeiro e a gestão e estrutura das organizações. Portanto, importante

1 GOVINDARAJAN, et.al, 2018.

questionamento emerge desta prévia análise: Quais as implicações da adoção da dupla classe de ações para a estruturação do negócio, suas implicações sobre o mercado e o negócio?

Por isso, este estudo visa a compreender as implicações da dupla classe de ações para a estrutura de uma organização, sobre o mercado e o negócio.

O artigo na sua primeira parte discute as implicações da dupla classe de ações, demonstrando como é visto pelo mercado a adoção do sistema. Em seguida, discute a estruturação do mercado de capitais, de modo a se permitir implementar a dupla classe de ações. Posteriormente, demonstra o significado da adoção da dupla classe para o mercado, sobretudo, discutindo como os atos adotados pelo acionista são percebidos ou indicados para o mercado. Em seguida, o tema é discutido à luz da teoria da maximização do valor ao acionista e as implicações para a empresa da postura do acionista/investidor, principalmente em relação a sua voz, seja para saída, seja para permanência no negócio. À frente, discute a constituição legal da estrutura de capital da organização, ao longo do tempo, até a adoção pela legislação nacional da dupla classe especial de ações, constituída pelo supervoto, ou voto plural. Posteriormente, analisa a implicação da teoria da agência sobre a empresa, demonstrando como a estrutura de capital é descrita à luz da teoria. Com base na teoria de agência, discutir-se-ão as ações dos acionistas e controladores frente ao controle do negócio, discutindo, sobretudo, alinhamento e entrincheiramento. E, por fim, as premissas da teoria de agência na perspectiva da dupla classe de ações.

DESENVOLVIMENTO

Estruturação do mercado de capitais

O mercado financeiro é estruturado como um conjunto de instituições que se organizam para propiciar as condições para a transação do fluxo de recursos entre os agentes econômicos participantes. Por isso, formulou-se uma estrutura que se segmenta entre normativo e operacional, o que significa a existência de instituições responsáveis pela regulamentação das transações e operações realizadas no ambiente financeiro. As regulamentadoras estabelecem as regras que permitem a existência de instituições que operacionalizam as transações entre tomadores(denominados agentes econômicos deficitários) e poupadores (denominados agentes econômicos superavitários)²

Neste contexto, o sistema financeiro nacional estabelece instituição financeira específica para atuar como regularizadora do mercado de capitais, denominada Comissão de Valores Mobiliários(CVM), regulada pela Lei nº 6.385/76. Em contraparte, o mercado se operacionaliza através de instituições

2 FORTUNA, 2020.

que fomentam as trocas entre os agentes, sendo as principais as Bolsas de Valores, que é o ambiente específico onde se realizam as trocas de títulos mobiliários. Conjuntamente, há as distribuidoras e corretoras de valores que possibilitam as transações, sendo intermediário dos compradores e vendedores de títulos nas bolsas de valores.

As bolsas de valores se organizam como um sistema de distribuição de valores mobiliários que visam proporcionar liquidez aos títulos de emissão de empresas e viabilizar seu processo de capitalização. O principal título que representam são as ações. As ações são parte representativa do capital que disponibilizam ao mercado, para captar recursos a direcionar ao financiamento dos seus projetos de investimento, de modo a estimular o crescimento e valorização de mercado do próprio ativo. Representam títulos de renda variável, emitidos por sociedades anônimas, constituindo a menor fração da empresa emitente. São uma pequena parte da empresa que é obtida pela divisão do valor total apurado da empresa por um número específico de ações, que podem ao longo do tempo ser aumentadas ou diminuídas. Podem ser escriturais ou representadas por cautelas ou certificados. O investidor em ações torna-se co-proprietário da sociedade anônima da qual é acionista, participando dos seus resultados ou de sua tomada de decisão. Para convertê-las em dinheiro, basta a simples negociação na bolsa de valores ou no mercado de balcão.³

No Brasil, apesar de diversos segmentos de listagem de ações, essencialmente, apresenta duas formas de estruturar o capital: a) classe única e b) dupla classe.

A classe única de ações é uma forma de estruturação de capital, na qual a companhia estabelece um único grupo de ações, geralmente ordinárias. Assim, neste modelo estrutural, emitem-se todas as ações de tipo ordinária, o que resulta na divisão da disposição do controle e formulação estratégica. Consequentemente, a distribuição dos resultados econômicos fica igualmente disponibilizada a todos os acionistas. Esta forma de estruturação atende ao segmento de Novo Mercado estabelecido pela Bolsa de Valores como forma de governança corporativa.

Dupla classe de ações é uma forma de estruturação de capital, na qual, as ações são divididas em dois ou mais agrupamentos, diferenciando as características de cada classe com um tipo e finalidade específica. No Brasil, tradicionalmente, dividem-se em ações ordinárias e preferenciais. As ações ordinárias são aquelas que garantem ao detentor direito a voto e participação no conselho controlador, conforme a participação total de ações detidas. Desta forma, possuir ações ordinárias garante o direito a participar ativamente das definições de rumo e controle estratégico da gestão da companhia. Por sua vez, ações preferenciais

3 COELHO, 2012 e REQUIÃO, 2015.

são as que não garantem direito a voto, nem participação no grupo de controle, mas estabelecem a seus detentores preferência no recebimento de distribuições de capital, processos falimentares e encerramento de negócios, ou companhias. Portanto, essencialmente, a dupla classe de ações se refere às companhias que estruturam seu negócio pela abertura de capital mediante lançamento de ações divididas em classes diferentes, que discriminam poder, por um lado, e retorno, por outro, ainda que ambos garantam resultados aos seus detentores.

Os principais participantes intermediados pelas instituições do mercado são os investidores institucionais e individuais. Santos⁴ define os investidores institucionais como aqueles que investem coletivamente, de modo que seus recursos agrupados obtenham representatividade frente ao mercado, ou mesmo participação relevante das empresas investidas. Diversos autores os classificam como organizações⁵. Alguns exemplos de investidores institucionais que podem ser citados são os fundos de pensão - públicos e privados -, os bancos, as seguradoras e os fundos mútuos.

Investidores institucionais são diferentes dos individuais porque geralmente são mais bem informados, pois tem grande acesso à informação e tem posição para monitorar o desempenho dos gestores organizacionais mais efetivamente⁶

Sobre os investidores individuais, são descritos como investidores que realizam investimentos de forma isolada e individual, com ou sem apoio institucional para fundamentar o processo de tomada de decisão, por isso, são considerados menos informados do que os institucionais. Como o volume de recursos investidos por eles é menor, apresentam baixo acesso à informação e poder de influência sobre os rumos gerenciais das corporações que investem, além de ausência de contato com o topo gerencial. Assim, as informações, que sustentam suas decisões de investimento, oriundas de relatórios financeiros públicos (Demonstrações financeiras), análise de analistas externos, especialistas, informações e fatos relevantes publicados, e outras comunicações públicas feitas ao mercado pelas empresas ou publicamente disponíveis⁷.

Sociedade por ações e suas novas constituições

No Brasil, se consolidou pela Lei 6404/76 o princípio de que o controlador se constitui pela propriedade de 50 por cento das ações ordinárias, mais uma. Nesta conformação, não necessita o controlador se juntar a outros acionistas para fazer valer sua vontade perante a assembleia geral, pois está

4 SANTOS, 2009.

5 O'BARR e CONLEY, 1992; GNIEWOSZ, 1990 e FINN, 1981; OAK e DALBOR, 2008 e SHERMAN, BELDONA e JOSHI, 1998

6 OAK e DALBOR, 2008.

7 SANTOS, 2009.

apto a imprimir sua vontade soberanamente sobre a companhia, muito menos do apoio dos demais acionistas.

Importante destacar que o controle também pode ser exercido através de acordo de acionista. Nesta forma de agir, um controlador, apesar de ter naturalmente o controle, pode cedê-lo a outros detentores de diversas parcelas de ações, de modo que lhes permite ditar os rumos que a organização tomará, sem com isso, interferir, ou exercer seu poder majoritário. Entre outras formas, também é possível o estabelecimento do controle rotativo entre os acionistas, independente do tamanho de participação que detenha⁸, de modo que a posse/propriedade de 50%+1 das ações ordinárias garante o direito de controle, mas ele não é exercido, primando pelo controle colegiado. Este posicionamento tem efeito sobre o engajamento e interesse sobre os ativos, pois uma companhia em que os acionistas são chamados a participar e contribuir para seu sucesso, tende a estimular maior participação e engajamento nos rumos do negócio, e, por consequência, possibilitar maiores contribuições que levarão ao sucesso do negócio. Por mais, os acionistas terão o estímulo a usar a “voz” e atuar ativamente no direcionamento do negócio, do que buscar “saída” e se desfazer dos ativos, sempre que obtiver retornos esperados, em linha com a perspectiva de resultados de curto prazo.⁹

Contudo, pode ocorrer que a dispersão ou diluição das ações entre diversos agentes não deixe clara a figura do acionista controlador, exigindo que os participantes, para obter o controle, tenham de aglutinar em torno de si e seus interesses, outros participantes que apresentem os mesmos interesses e posições em comum, de modo que formem um bloco convergente na proporção mínima de 50% das ações, mais uma.

No artigo 15, a lei 6404/76 previu o legislador a possibilidade de instituir mais de uma classe de ações, impondo restrições à emissão de ações preferenciais a $\frac{2}{3}$ do total de ações emitidas. Desta forma, poderia o detentor de menos de 25% das ações totais, obter o poder de controle.

No artigo 18, da mesma lei, estabeleceu a possibilidade de uma ou mais classes de ações preferenciais com direito de eleger, em votação à parte, um ou mais membros dos órgãos da companhia. Além disso, possibilitou a subordinação de alterações estatutárias à aprovação dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais. Percebe-se um poderoso dispositivo que relativiza o poder de controle, ao permitir criar uma determinada classe de ações com poder para

8 Nestes casos, pode ser estabelecida uma participação mínima para ter direito a exercer o controle da companhia. Por exemplo, pode ser exigido deter pelo menos 5% do capital votante, ou direito a cadeira, ou, de fato, assento de membro do conselho de administração.

9 “Voz” e “Saída” serão explicados posteriormente. Mas, basicamente se relacionam ao posicionamento do investidor em relação aos seus investimentos, em que pode atuar participando ativamente do negócio, ou percebê-lo apenas pelo seu potencial de geração de resultado no curto prazo.

escolha de membros do conselho de administração da companhia, bem como de veto com relação às alterações dos estatutos. Tem-se, portanto, um instrumento que permite aos seus detentores estabelecer sua vontade nos rumos da empresa. O poder é tanto, que Salomão Filho¹⁰ o enxerga e classifica como uma forma complementar aos meios de controle propostos por Berle e Means¹¹.

Na década de 1990, no auge do processo de estatização de empresas públicas, instituiu-se a Lei 8031/1990, alcunhada de lei das privatizações, estabelecendo que, sempre que as razões justificarem, a União teria ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas que garantiriam poder de veto em determinadas matérias, especificadas nos estatutos sociais das empresas. Por este meio, à medida que as empresas públicas fossem privatizadas, o Estado poderia intervir para garantir direitos e interesses nos rumos do negócio que lhe interessava.¹²

Com o passar do tempo, o princípio se consolidou, sendo inclusive reeditado, mediante a Lei 9491/1997, na qual, ampliou seu escopo, instituindo à União deter ações de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe conferiam poderes especiais em determinadas matérias, estabelecidas nos estatutos sociais. Com tal dispositivo, garantia a si, o Estado, poder que se sobrepunha ao poder controlador, ou mesmo ao da companhia em ditar as regras, ou mesmo vetar aquelas que não se adequassem a sua vontade, nos termos especificados no estatuto social.

Não só isso, mas em 2001, através da Lei 10303/01, instituiu similar dispositivo na lei das sociedades anônimas, permitindo que, especificamente, nas empresas desestatizadas, criassem ações preferenciais de classificação especial de propriedade exclusiva do Estado(ou ente desestatizante) que conferiam poderes de veto nas deliberações da assembleia em matérias especificadas. Desta forma, ampliou-se o escopo de poder do Estado de intervir, sobrepondo sua vontade à das companhias. Conforme Dias, Teles e Duzert¹³ afirmam, taxativamente, na prática, reforçou e ampliou os mecanismos de controle do Estado sobre as companhias, criando o que se definiu por “*Golden Share*”.

O *Golden Share* é um mecanismo de direito societário criado a partir do modelo de privatizações britânico para permitir ingerência qualitativamente

10 SALOMÃO FILHO, 1998.

11 BERLE e MEANS, 1988.

12 Impõe-se, a título de esclarecimento, ressaltar que nem toda empresa estatal é necessariamente empresa pública. Sobre o tema, o Tesouro Nacional(2024) explica que empresas estatais são aquelas que o governo possui parte ou a totalidade do capital social. Assim, as empresas em que detiver a integralidade do capital(100%), são definidas como empresas públicas, por sua vez, aquelas que detenha parte do capital, e/ou o restante é negociado para entes privados e ou por entes privados, na forma de ações, constituem as sociedades de economias mistas. Esta distinção causa efeito ao disciplinar desde o escopo de competências jurídicas até o âmbito de atuação das empresas e o poder do Estado de intervir na gestão e operação do negócio.

13 DIAS, TELES e DUZERT, 2018.

diferenciada nas deliberações e negócios sociais por pessoa que não é titular da maioria das ações do capital da companhia. É um tipo particular de participação, que permite ao Estado poder de veto sobre as companhias privatizadas ou concedidas à exploração privada¹⁴.

Por isso, com alterações no artigo 15, reduziu a emissão de ações preferenciais a 50% do total de ações, de modo que, para possuir 50 por cento das ações mais uma, era necessário deter apenas pouco mais de 25% do total de ações e, portanto, obter o poder de controle.

É, ainda nos anos 2000, que importantes modificações foram instituídas pela Bolsa de Valores, através de mecanismos de estímulo à pluralização do mercado de capitais e diversificação de participação em ações, tido até então, como mercado altamente concentrado, e direcionado para investidores institucionais, ou de grande porte. Foram lançados os segmentos especiais de listagem na Bolsa de Valores (Nível 2 e Novo Mercado). Entendeu-se, à luz das experiências internacionais, ser este o meio de estimular a diversificação e difundir a dispersão de ações no mercado, indicativo de mercados de capitais fortes e desenvolvidos¹⁵.

Tais medidas descritas constituem as primeiras ações de diferenciação no poder de controle, buscando diversificar e estimular o mercado, atraindo novos investidores, de modo a proporcionar liquidez aos ativos, sem com isso resultar em perda do poder de controle, sobretudo do Estado, que, com estas estruturas, não necessita se obrigar investimentos vultosos, mas garante a si o poder de ditar os rumos dos negócios de que é sócio, ou que desinvestiu.

Super voto e voto plural

Em 2021, tentando oxigenar o mercado de capitais, o legislador instituiu o supervoto, ou voto plural. Com alterações no artigo 15, permitiu-se a atribuição de voto plural a uma ou mais classes de ações. Isto significa que poderia a companhia diversificar a forma como distribui o valor ou significado das ações em relação ao total atribuído de significância a cada ação, isto é, uma ação ordinária, não necessariamente deteria o mesmo poder de voto que outra, de modo que o detentor da ação ordinária plural, teria 10 vezes mais significância que a ação ordinária normal.

Veja que, se no modelo de paridade de votos, eram necessários poucos mais de 25% do total de ações para obter o poder de controle, agora, a posse de cerca de 15% garante ao seu detentor o poder de controle. A intenção do legislador era permitir a diluição do capital das empresas no mercado Brasileiro. O mercado de capitais brasileiro se notabiliza pela alta concentração de poder,

14 PELA, 2018.

15 CASTRO e WALDE Jr., 2013 e MUNHOZ, 2009.

seja na figura de seus fundadores, seja em poucos possuidores de ações; em oposição a mercados anglo-saxões, que costumam ter sua participação pulverizada¹⁶. Estudos apontam ser uma característica dos empresários brasileiros o apego ao controle e receio de diversificar a participação por medo de perder o controle. Esta particularidade afeta o mercado como um todo, conforme explicam Procianny e Schnorrenberger¹⁷, pois as empresas tendem a ter baixo endividamento, optando por financiar seus investimentos basicamente com capital próprio, desestimulando a diversificação do mercado de crédito e a estrutura econômica como um todo.¹⁸

16 DALMÁCIO e CORRAR, 2007 e RODRIGUES, 2012.

17 PROCIANNOY e SCHNORRENBERGER, 2004.

18 O mercado de capitais brasileiro se configura por um mercado altamente concentrado. Primeiramente, boa parte dos ativos são concentrados no fundador, o que significa que, tradicionalmente, os fundadores mantêm o controle de suas companhias, em percentuais que ultrapassam 70% das ações de controle. O brasileiro tem mais dificuldade de distribuir o controle, principalmente por medo de ser aliado de sua própria empresa, através de um golpe de poder pela associação dos demais acionistas. Em parte, este medo surge por exemplos vistos no mercado anglosaxão, em que fundadores são depositos de suas empresas, pela associação dos outros acionistas em bloco de controle. Um caso célebre foi a destituição de Steve Jobs do controle da Apple, em 1985. Uma disputa de poder dentro da companhia levou a uma associação entre os acionistas que apertaram o fundador do comando. O brasileiro possui maior apego ao poder, por isso, tem mais dificuldade para reparti-lo. Em partes, esse comportamento é associado à predominância da cultura portuguesa que possui tradições familiares fortes, estimulando a concentração de poder e, por consequência, a concentração de poder no núcleo familiar, o que insere outra forma de comportamento do capitalista brasileiro a privilegiar empresas familiares. Assim, ao estruturarem empresas familiares, tendem a manter o controle, pulverizando pouco os ativos, de modo que tendem a disponibilizar no mercado de capitais, parte singular das ações, que não coloque em risco o controle da empresa. Por exemplo, o Grupo Silvio Santos, é controlador detendo 99% das ações do SBT. Assim, demonstra um retrato do comportamento empresarial brasileiro de elevada concentração do poder.

Por sua vez, mercados anglosaxões já possuem tradição de pulverização do poder, sobretudo estimulando a venda de participação, objetivando inserção de investimento, ou a capitalização do negócio. Nessa forma de gerir o negócio, a cada capitalização o acionista fundador vai sendo diluído em sua participação, à medida que associa novos investidores ao empreendimento, em uma eventual abertura de capital, partes iguais de todos os investidores é comercializada no mercado de ações, ou percentuais que determinado investidor queria vender, podendo até mesmo sair da sociedade. Entretanto, os anglosaxões possuem cultura muito mais desenvolvida de modo que a destituição ou a retirada do fundador do poder ocorre com elevada eventualidade. Este baixo índice de destituição do controle/fundador é importante para estimular para que os fundadores se disponham a compartilhar o negócio e abrir capital. A resultante obtida por esses mercados é um ambiente de negócio pujante, com investidores e investidos sempre buscando formas de crescimento do negócio para ganho de mercado e participação. O foco é desenvolver negócios bilionários e inovadores, antes que se concentram no poder e controle. Em contrapartida, tais mercados tendem a sofrer ofertas de compras hostis, na qual investidores propõem aos acionistas a compra de suas participações, geralmente com significativo ágio. Nesse ambiente, o fundador pode ser superado por um investidor que assume o controle e passa a ditar os rumos do negócio. Para se defender de tais ações é comum os conselhos adotarem poison pills, como forma de proteção aos atuais acionistas e imposição de alguma estabilidade no controle do negócio.

Independente de suas particularidades, o mercado brasileiro sempre perpetrou esforços para desenvolvimento e evolução do mercado de capitais, aproximando dos mercados anglosaxões.

Logo, a possibilidade de implementar o voto plural, permitirá que as empresas formem novas estruturas de capital, atraindo novos investidores e acionistas, ao mesmo tempo que mantém mecanismos de controle, inclusive a seus fundadores. Não menos importante, a possibilidade de manter o controle, com baixa concentração de ações, estimulará controladores a buscarem financiamento aos seus projetos de investimento junto ao mercado de capitais, dispondo-se a ceder parte do poder para tal, o que aumentará a oferta de ações, atraindo investidores, e, assim, oxigenando o mercado. Neste sentido, empresas, cuja característica se assenta na relevância do negócio na figura do seu fundador, a possibilidade de vender participação, sem perder o controle, estimularão o fundador a fazê-lo, por ser uma forma de estimular o crescimento da empresa e valorização do negócio, ao mesmo tempo que o remunera pela cessão de sua participação, dirimindo, no presente, maximização utilitária do fundador e aversão ao risco.

Importante destacar que esta percepção é uma hipótese de desenvolvimento do mercado que seria estimulado a uma nova abordagem que diverge dos modelos adotados no presente. Isto significa que o voto plural serviria para estimular novos comportamentos de mercado no qual os fundadores/controladores seriam estimulados a distribuir o poder em razão dos ganhos associados com a valorização do ativo(seja por valor ao acionista, seja por valor de mercado). Logo, o controlador teria significativa redução de poder, mas com ganho na elevação de valor de mercado(mediante a valorização das ações, pelo aumento de interesse pelo ativo, ou em decorrência da elevação dos níveis de retorno oferecido pelo negócio - maximização do lucro) ou ainda por ganho de valor ao acionista(através de margens de lucros significativas que maximizem valor ao acionista, proporcionando ganhos e dividendos significativos). O que se nota nesta circunstância é que apesar de perder parte do controle, obtém ganho associado, primeiro pela capitalização de sua participação perdida, segundo, pela maximização de lucro, obtendo elevação das margens de lucro, com consequente pagamento de dividendos extraordinários ou sua elevação a patamares superiores e, por fim, valor de mercado, resultante da valorização das ações da empresa. Nesse contexto, é possível que a diluição resulte no ganho

De fato, não se pode atribuir a ineficácia ao tédio ou ausência de esforços de mercado para isso. O mercado brasileiro sempre foi pródigo em trazer alternativas para estimular o mercado de capitais e trazer certa estabilidade mercadológica que estimule a inserção de novos empreendimentos no mercado de capitais e de investidores novos, sobretudo, pessoas físicas. Nesse ponto, o mercado norte americano é pujante, diante a participação de mais da metade das famílias investindo em ações, estabelecendo, inclusive, seus fundos de pensões com capital associado a ativos de mercado de capitais.

Assim, tais diferenciais servem para explicar parcialmente as diferenças fundamentais nos mercados de capitais brasileiro e anglosaxões, sobretudo, deve-se reforçar que não foi a ausência de alternativas ou esforços para pulverização e crescimento de investidores que levam ao elevado grau de concentração do mercado de capitais brasileiro.

equivalente ou superior ao controlador/fundador em relação a sua perda. Isto é, apesar de deter menos ações, as atuais equivalerão ao mesmo valor de quando possuía mais, afinal, houve valorização das ações atuais a patamares elevados, e/ou obteve ganho decorrente da venda das demais.

Utilizado principalmente por companhias do setor de tecnologia, o voto plural é um importante mecanismo para estimular a diluição de ações em companhias com forte apego ao poder de controle. O instituto do voto plural constitui-se mecanismo adotado por empresas de capital aberto, que possibilita determinadas ações, sejam ordinárias, sejam preferenciais, possuam pesos e características diferentes das demais, de modo a conferirem uma superioridade de direitos políticos a determinados acionistas, garantindo-lhes poderes especiais, ou a manutenção do atual, mesmo não possuindo a maioria das ações totais distribuídas de certa companhia. Tradicionalmente, estão atreladas aos fundadores ou a pessoas de grande importância para o negócio.

O voto plural não deve ser confundido com o voto múltiplo, previsto no artigo 141, da lei 6404/76, que se notabiliza por ser dispositivo adotado para eleição de conselheiros. Segundo Carvalhosa¹⁹, o voto múltiplo acontece quando, os votos detidos por cada acionista, é multiplicado pelo número de assentos que deseja obter num pleito. Neste sentido, o dispositivo é adotado, quando requerido, para eleição de conselheiros, garantindo direito a todos os acionistas em igualdade de armas na disputa, o que, portanto, o especifica para eleição de conselheiros.

Essencialmente, o voto plural visa possibilitar que o controlador permaneça com sua estrutura de participação, permitindo que os acionistas fundadores e os mais relevantes elejam a maioria dos membros do conselho de administração (onde tendem estes a se concentrar para ditar os rumos, estratégias e deliberações do negócio), sem que com isso precisem concentrar 50% das ações, mais uma, o que permite, em contrapartida, diluir as ações totais no mercado, oportunizando uma maior quantidade de investidores se beneficiarem dos retornos e resultados proporcionados pelo negócio, agregando valor de mercado. Sua modelagem foge aos princípios de governança corporativa, que estimula a adoção de estruturas que privilegiem uma única estrutura de capital, sob o guarda-chuva do “uma ação, um voto”. Contudo, o crescimento de empresas de tecnologias e sua busca de capitalização, sem perda do poder de controle, estimulou a adoção do mecanismo, fazendo com que empresas de países não saxões buscassem ofertar ações nestes mercados em detrimento dos seus próprios - que possuem regulamentações mais rígidas, ou mais atreladas a governança corporativa. Como resultado, diversos países começaram a discutir formas de implementar alternativas de voto plural para não ver seus mercados

19 CARVALHOSA, 2014.

de capitais esvaziados, passo, inclusive, adotado pelo Brasil, através da lei 14195/21²⁰.

Há de atentar que o voto plural no Brasil possui características que o diferenciam por impor que: a) para sua criação seja necessário quórum de aprovação de, no mínimo, metade do total de ação de votos ordinários e metade das ações preferenciais, sem direito a voto ou com voto restrito, caso existam; b) os dissidentes sobre a adoção ao modelo tem seu direito de recesso assegurado, salvo se já houver previsão ou autorização estatutária para o voto plural; c) estabelecido seu modelo, as ações não podem ter suas características alteradas, exceto para reduzir seus poderes; d) Caso sejam transferidas ou vendidas, as ações plurais terão suas características convertidas automaticamente para ações comuns; e) serão vedadas as incorporações, fusões ou cisões de companhias que não adotam o mecanismo por aquelas que o possuam; f) não pode ser tratado nas mesmas assembleias que deliberem sobre a remuneração dos administradores e a celebração de transações com partes relacionadas, além de matérias que não podem ser votadas mediante o voto plural, cabendo à CVM determiná-las; g) empresas, sociedade de economia mista, subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo poder público não poderão adotar o voto plural; e, h) o mecanismo terá validade por sete anos, devendo ser renovado para manter seu valor, por iguais períodos.

Importante destacar que, mercados amadurecidos como os anglo-saxões, a dupla classe de ações pode ser adotada mediante a diversificação de ações em classe ordinária, ou preferenciais; ou ainda, pela diferenciação, adotando voto plural, ou supervoto. Portanto, o acionista poderá estabelecer a dupla classe de ações, diferenciando em ações ordinárias, com direito a voto e, ações preferenciais, com preferências e direitos patrimoniais.

Implicações da estrutura de capital das empresas

As empresas, ao decidirem abrir seu capital, estão buscando capitalizar-se, por dividirem parte de si com terceiros, ao mesmo tempo, que aceitam, em troca, dividirem seu comando e possibilitarem que interfiram na gestão estratégica, conjunto a compartilharem os recursos. Neste sentido, tal disposição e a forma como realizam o procedimento, demonstram uma sinalização de mercado.

Copeland, Weston e Shastri²¹, afirmam que é difícil determinar corretamente a estrutura de capital, porque as decisões de investimentos e financiamentos são tomadas simultaneamente, o que torna impossível discriminar as características dessas decisões, ou, empresas ignoram a evolução dos ativos ao longo do tempo e como esses são financiados, ou ainda, há dificuldade de mensurar o

20 LEUNG e TUNG, 2018 e ACE GOVERNANCE, 2020.

21 COPELAND, WESTON e SHASTRI, 2005.

capital próprio nas situações em que obter informações acerca das dívidas são obscuras²². Por isso, a questão central na estrutura de capital é qual a relação ótima, ou adequada entre capital próprio e capital de terceiros, que resulta em maximização de lucro. Essencialmente, a preocupação é minimizar os custos de obtenção de capital e, ao mesmo tempo, maximizar o valor da empresa. Observa-se que o coeficiente resultante necessariamente impacta na relação e distribuição de poder, dentro da estrutura organizacional.

Tradicionalmente, os determinantes da estrutura de capital levam em consideração fatores específicos da organização como, tamanho, rentabilidade, risco, retorno, oportunidades de crescimento, tributação e benefícios fiscais. Apesar de cada um poder ser um determinante, a relação entre estes variam e impactam diferentemente no interesse investidor, conforme o apetite e interesse relacionado com o ativo.

Portanto, a forma como a empresa pretende estruturar seu capital será importante para definir a atratividade, o interesse e a forma como o mercado irá relacionar-se com a organização.

A opção de estrutura de capital adotada pela empresa constitui uma sinalização ao mercado das intenções e estratégias corporativas que deseja compartilhar. A sinalização representa decisões com consequências econômicas, seja para organização ou para o mercado, buscando moldar o comportamento dos investidores em prol do ativo de uma empresa.

Portanto, à medida que decide qual forma de estruturação de capital irá adotar, estará transmitindo um sinal ao mercado de suas intenções e motivações, em que estará sinalizando a forma ótima como pretende distribuir investimento e financiamento, bem como a manutenção do poder organizacional - controle -, ou a obtenção do resultado financeiro. Assim, sinaliza ao mercado que pode optar por abrir plenamente o controle, pulverizando as ações de modo que, quem mais delas agrupar, obtém o controle do conselho administrativo, a medida que opta por buscar maximizar o retorno decorrente, preferindo os retornos resultantes da distribuição dos resultados financeiros obtidos. Ou ainda, optar pela manutenção do controle, definindo os rumos do negócio, preferindo maximizar retorno a terceiros, através da distribuição plena dos resultados financeiros, oriundo dos fluxos de caixas positivos gerados.

O significado da adoção da dupla classe de ações para o mercado

Lerner²³ afirma que os gestores não podem controlar a forma como o mercado avalia sua empresa, contudo, a tomada de decisão é um dos fatores

22 STREBULAEV, 2007.

23 LERNER, 1971.

mais importantes para nortear o valor que atribuirão ao ativo. Segundo Fama²⁴, esta percepção ajusta-se à medida que informações relevantes tornam-se conhecidas, levando o mercado a reajustar a forma como percebe um ativo, de modo a capitalizar o valor associado à informação. Assim, é importante informar as intenções da empresa, para que o mercado perceba suas intenções e reaja associando-se ou repelindo ao ativo ofertado.

Porter²⁵ considera como sinal de mercado qualquer ação que forneça uma indicação direta ou indireta de intenções, motivos, metas ou situação interna de uma empresa. A sinalização é a forma que a empresa possui para externalizar seus propósitos estratégicos, podendo ser efetuada por meio de atos ou por anúncios. A sinalização demonstra decisões com consequências econômicas, que impactam sobre a corporação ou no mercado, indicando o direcionamento que será adotado, buscando a maximização de valor. Uma das razões para se sinalizar é o fato de haver a possibilidade de moldar o comportamento dos investidores em prol de um ativo. Day, Heil e Reibstein²⁶ destacam que os sinais podem ser utilizados para testar a reação dos investidores ou não. Desta forma, espera-se que o mercado reaja ao perceber alterações que impactam nas expectativas futuras a respeito dos seus resultados.

Portanto, quando decide a estrutura de capital que irá adotar, está sinalizando ao mercado como pretende dividir a tomada de decisão e os resultados econômicos obtidos. Ao mesmo tempo, sinaliza seus interesses de relação mercadológica, e o perfil de investidor que deseja atrair para o negócio. Consequentemente, sempre que adotarem uma estrutura de capital, há expectativa que o mercado reaja, analisando os impactos sobre o ativo e o mercado, adotando posturas de investimento adequadas à realidade posta, especialmente considerando seu impacto sobre a capacidade de geração de fluxos de caixa futuros.

A adoção da dupla classe de ação é uma forma de sinalização ao mercado não só da estrutura de capital, mas das intenções do proprietário em relação a distribuição de poder e resultados, ou seja, estará sinalizando a intenção de uma estrutura na qual busca a manutenção do poder organizacional (ações ordinárias) - controle -, ou a obtenção do resultado financeiro (ações preferenciais). Assim, sinaliza ao mercado que pode optar por abrir plenamente o controle, pulverizando as ações de modo que quem mais delas agrupar obtém o controle do conselho administrativo, a medida que opta por buscar maximizar o retorno decorrente(lucro), preferindo os retornos resultantes da distribuição dos resultados financeiros obtidos. Ou ainda, optar pela manutenção do controle(poder), definindo os rumos do negócio, preferindo maximizar retorno

24 FAMA, 1991.

25 PORTER, 1980.

26 DAY, HEIL e REIBSTEIN, 1997.

a terceiros, através da distribuição plena dos resultados financeiros, oriundo dos fluxos de caixas positivos gerados.

Desta forma, fica claro que a obtenção de ações ordinárias indica o interesse do investidor na definição dos rumos da organização, o que implica afirmar que deseja definir estratégias que a auxiliem na sua perenidade, ou influenciar o direcionamento da organização, enquanto, optar pelas ações preferenciais indica o foco nos resultados financeiros, objetivando a maximização de valor ao acionista e de mercado.

O importante a considerar desta medida é que, seja qual for a estratégia de estrutura de capital adotada (única ou dupla classe de ações), resultará numa reação de mercado direcionada àquele ativo. Assim, o mercado reagirá, considerando a sinalização da empresa, à forma de estrutura de capital proposta. A sinalização indicará o rumo que a empresa pretende adotar, e o investidor poderá considerar investir no ativo, ou ignorá-lo, podendo contudo, em momento futuro decidir pelo investimento, ou manter posição distante. Procianny²⁷ explica este posicionamento por acreditar que o mercado pode reagir imediatamente, por acreditar no potencial do ativo e do modelo proposto por aquela organização, ou não reagir, por descrever na capacidade do modelo de produzir resultados efetivos, ou ainda, reagir parcialmente às sinalizações das empresas, aguardando posicionamentos, pois os sinais estão sujeitos a manipulações, ou modificações pelos agentes que os emitem (ou seja, os dirigentes), de modo que se torna mais prudente aguardar antes de acreditar nele, principalmente na expectativa de resultados antes de se compromissar com o ativo.

Separação entre propriedade e o controle, a maximização de valor ao acionista e a lógica financeira

Berle e Means²⁸ conceberam um ideal de propriedade que se estabeleceu na modernidade como constituída de administrador, um executivo-produtivo; e, proprietário de ações, ou títulos, um passivo-receptivo, ou seja, há a figura de um administrador que se ocupa como gestor e operador da organização, cuidando do seu cotidiano, para alcançar os resultados almejados; ao mesmo tempo que, há os proprietários de ações, que adquirem participação acionária dos empreendimentos, investindo recursos para operacionalização e desenvolvimento estratégico da organização, sem, todavia, participar diretamente na operação. Nesta configuração, torna-se meramente detentor de direitos dos resultados financeiros decorrentes da operação, que constituem

27 PROCIANNOY, 2006.

28 BERLE e MEANS, 1988.

uma remuneração pelos recursos investidos, considerando os riscos e retornos atrelados ao negócio.

Este modelo sintetiza o poder proprietário apenas como um símbolo, enquanto o poder e a responsabilidade associam-se a quem está no controle. Logo, o poder de controle subsiste como: a) o controle fundado na propriedade da quase totalidade das ações da companhia; b) na maioria dessas ações; c) o obtido por meio de expedientes legais; d) o minoritário e, e) o controle gerencial ou administrativo, a qual, Comparato²⁹ sintetiza em totalitário, majoritário, minoritário e gerencial.

A lei 6404/76 tentou definir o conceito de controlador, no artigo 116, como pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou controle comum, titular de direitos que lhe assegure a maioria dos votos na deliberação da assembleia, e, conseqüentemente, o poder de eleger a maioria dos administradores, para dirigir e orientar a companhia. Portanto, sendo as decisões tomadas pela assembleia geral, o controlador é o detentor de maioria nesta assembleia³⁰. Note-se que Comparato faz referência ao controle majoritário. Tal controle se configura pela concentração das ações, detendo mais de 50% das ações de direito a voto, mais uma, o que lhe confere o poder de selecionar o administrador. Verçosa³¹ constrói conceito concorrente de minoritário(s) por compreender como aquele(s) que não se enquadra(m) no conceito de controlador, portanto, sendo aquele(s) que não possui(em) poder para influenciar as decisões e deliberações da assembleia, mas que age(m) quando surgem os pressupostos para o exercício outorgado pela lei.

Apesar dos conceitos demonstrados, é possível que o controle não seja exercido pelo detentor da maioria das ações, seja por não as possuir, seja por negligenciá-lo, ou por optar por não fazê-lo. Berle e Means³² sugerem que este fenômeno esteja associado ao tamanho das empresas que, quanto maior, tornam mais dispendioso obter o controle, fazendo com que o controle ocorra mais pela negligência, que a disposição de participação. Assim, exige que sua configuração seja formulada por acordos, o que permite a obtenção do controle com uma participação relativamente pequena de propriedade.

Por fim, o cenário de um controle pulverizado, resulta na diluição absoluta de participação tal que o controle exige acordo que são dispendiosos aos acionistas, desestimulando estratégias de adoção do controle, ocasionando um controle exercido pelos gestores. Comparato entende que quando o poder não mais se alicerça na propriedade acionária e transcende a vontade, tanto individual, quanto coletiva dos acionistas, reduz o elemento social a modelos de

29 COMPARATO, 1995.

30 BERLE e MEANS, 1988

31 VERÇOSA, 2008.

32 BERLE e MEANS, 1988

contratos, desconstruindo seus vínculos de natureza real, com os detentores do capital societário e aproximando-se de uma função elementarmente lucrativa, dissolvendo completamente a *affectio societatis* original.

A teoria dos shareholders possui raízes nos pressupostos da teoria econômica e financeira. Autores como Fama e Jensen³³, destacam a existência de uma percepção quase universal pelas corporações de que os gestores são forçados a tomar decisões de investimentos que maximizem o valor de mercado. Por esta percepção, a mensuração da performance organizacional baseada em variáveis contábeis, como retorno sobre o investimento e retorno sobre o capital, não medem apropriadamente o valor das decisões de investimento dos gestores.

Espera-se que o valor da empresa expresse o potencial de benefícios futuros que seus ativos possam gerar, já que o valor econômico de um ativo para o investidor não representa apenas o montante de recursos aplicados em sua aquisição, mas incorpora um prêmio pela expectativa dos retornos acima do mínimo requerido, considerando-se o risco. Há geração de valor ao acionista se o retorno gerado pelo ativo supera o mínimo requerido, do contrário, quando o retorno esperado não é atingido, há destruição de valor. Portanto, tal instrumento é uma medida completa para análise de desempenho da empresa, pois considera em seus cálculos a geração operacional de caixa potencial (futura) da empresa, a taxa de atratividade dos proprietários de capital e o risco associado ao investimento³⁴.

Há geração de valor também, segundo a teoria financeira, ao se investir em projetos que proporcionem um valor presente líquido (VPL) positivo, ou seja, que apresentem um retorno mínimo equivalente ao custo de capital das empresas, neste caso, conforme Brealey e Myers³⁵, busca-se a maximização de valor presente líquido em projetos de investimento.

Para Damondaran³⁶, as decisões de investimento consistem na aplicação de recursos em projetos que ofereçam um retorno maior do que a menor taxa aceitável, visto que as decisões de financiamento consistem na busca de recursos que maximizem o valor dos projetos selecionados. Neste sentido, nas análises de desempenho econômico da empresa (resultados) e geração de valor, tornam-se vitais as decisões financeiras de investimento ou aplicação de recursos e as decisões de financiamento ou captação de recursos, já que a empresa tem que decidir quanto investir e como conseguir os recursos financeiros para tanto³⁷. Logo, a magnitude do investimento (volume) e sua composição (capital fixo

33 FAMA e JENSEN, 1985.

34 PEREZ e MARTINS, 2005.

35 BREALEY e MYERS, 2000.

36 DAMONDARAN, 1997.

37 BREALEY e MYERS, 2000.

e capital de giro) são dimensões relevantes e, nas decisões de financiamento, o custo e o grau de exigibilidade apresentam estas perspectivas³⁸.

O equilíbrio, a estabilidade financeira e a atratividade econômica são definidos através das decisões de investimento e de financiamento. Assim, pode-se avaliar o real desempenho econômico da empresa como resultante do confronto entre o retorno gerado pelos ativos (investimentos) e o custo dos passivos (financiamentos), em que os resultados gerados pelos ativos (lucro operacional) ultrapassem e satisfaçam, considerando os riscos envolvidos, as expectativas de remuneração dos proprietários de capitais, deles próprios e/ou de terceiros³⁹. Por conseguinte, uma empresa atende aos pressupostos de maximização de valor aos acionistas, quando oferecer uma remuneração acima de suas expectativas mínimas de ganhos, isto é, quando o resultado gerado pelos negócios (após a remuneração de todos os stakeholders) supera a taxa de remuneração requerida por estes acionistas em suas decisões de investimento com risco semelhante⁴⁰.

Sundaram e Inkpen⁴¹ destacam que ao maximizar o valor para o acionista, todo valor da empresa estaria sendo maximizado, ou seja, este objetivo favoreceria a todos os envolvidos com a empresa que tivessem interesse no sucesso constante da organização, pois o sucesso garantiria a produtividade e conseqüentemente a remuneração dos participantes.

Conforme a Teoria tradicional de Valuation, o valor da firma é a soma de: a) o valor descontado de fluxos de caixa futuros esperado, gerado dos recursos disponíveis; e, b) o valor presente líquido de fluxos de caixa de oportunidades de investimento que se espera estar disponível e ser empreendido pelo firma no futuro. Neste sentido, o valor da firma muda conforme o mercado recebe informações gerais ou específicas que modifiquem as expectativas sobre os retornos correntes e futuros da organização⁴².

38 SOUSA, 2002.

39 ASSAF, 2002.

40 PEREZ e MARTINS, 2005.

41 SUNDARAM e INKPEN, 2004.

42 Toda a abordagem da teoria de valuation preconiza o foco na produtividade do capital. Nesse sentido, a capacidade produtiva é elemento de interesse estratégico, uma vez que demonstra a capacidade da empresa de aumentar ou diminuir seu fluxo produtivo em linha com os interesses estratégicos mercadológicos da companhia. Assim, ainda que tenha resultante no lucro decorrente obtido pela empresa, seu foco se associa ao caráter produtivo do negócio, tendo relação com os interesses microeconômicos atrelados ao desenvolvimento estratégico do negócio.

Por sua vez, a produtividade de capital se relaciona a capacidade da empresa de gerar retorno sobre o investimento de capital, ou seja, sua capacidade de alcançar lucratividade frente ao capital investido no negócio. Nesse sentido, os interesses se associam a relação dos indicadores econômicos-financeiros e contábeis, como retorno sobre investimento(ROI), Margem Líquida e/ou índices em linha com os valores mobiliários, como Preço sobre Lucro, Preço sobre Valor Patrimonial, Dividendos, entre outros. Logo, a preocupação com a Lucratividade é o centro para estabelecimento da Valuation. Por cento, a valuation subsiste na projeção dos resultados econô-

De fato, maximizar valor aos acionistas equivale maximizar a diferença entre o valor da empresa e o capital que os acionistas investem. Assim, para valorizar a organização sem incremento de capital, devem-se tomar decisões que melhorem o desempenho econômico. Essas decisões são recebidas positivamente pelo mercado, resultando no aumento da atratividade das ações da empresa e em sua provável valorização⁴³.

Portanto, uma remuneração adequada ao acionista é determinante para que ele reaplique seus recursos em novos projetos da empresa. Mas se a remuneração não for superior à mínima esperada, o acionista aplicará seus recursos em investimentos mais rentáveis. Neste sentido, se remunerá-los somente nas suas expectativas mínimas de retorno, o valor de mercado da organização estará restrito ao montante de recursos necessários para estruturá-la, isto é, o valor de reposição dos ativos, por não conseguir agregar valor algum. E ainda, se o valor não se mostrar sequer capaz de remunerar o risco dos acionistas, haverá uma destruição de valor. Neste caso, o valor de mercado deverá ser inferior ao montante de seus ativos, ou seja, do valor que se despenderia para construí-la⁴⁴.

Outra tese preconiza a assunção de risco e menor direito legal em relação à corporação como fatores relevantes para a maximização do valor ao acionista. Segundo Sternberg⁴⁵, todos os participantes de uma organização possuem contratos explícitos e implícitos que determinam as questões salariais, menos os acionistas. No entanto, os riscos dos acionistas são maiores visto que aportam seus recursos e somente serão remunerados após os outros membros da organização. Além disso, antepõe-se a ele, no direito a recebimento e crédito, qualquer stakeholders, podendo a qualquer momento alienar-se da organização, enquanto os acionistas permanecem independente das circunstâncias estruturais da organização. Desta forma, somente após atendidos os interesses dos clientes, fornecedores, empregados, credores, governo, entre outros, é que o acionista poderá avaliar o resultado gerado por seu empreendimento e se apropriar dos ganhos gerados.

Pode-se concluir que diante do risco, os acionistas são os participantes cujos interesses não podem ser negligenciados. Assim, atratividade para o investidor é um conceito central. A compreensão de que os recursos financeiros

micofinanceiros na sua perpetuidade, objetivando determinar o valor de determinado ativo na perpetuidade e com isso estabelecer o valor de determinado ativo no presente, em relação aos fluxos de caixa descontados líquidos, em relação a cada fração de ativo disponibilizada (ação).

Portanto, ao se analisar nesse artigo o valor da firma e as ações de maximização de valor aos acionistas o foco demonstrado atém-se a lucratividade e seus efeitos sobre os ativos e os participantes da relação de mercado.

43 FREZATTI, 1998.

44 PEREZ e MARTINS, 2005.

45 STERNBERG, 1999.

advêm do mercado de capitais e não de orçamentos internos, exerce grande pressão por desempenho e resultado nas empresas, forçando os gestores a adotar estratégias voltadas para gerar valor na empresa, o que na concepção de Frezatti⁴⁶ deveria ser também a principal meta do planejamento estratégico da empresa. A globalização e a competitividade mundial, cada vez mais, levam a compreensão de que a mensuração de valor aos acionistas está se tornando um fenômeno global, servindo de instrumento padrão para medir o desempenho das empresas⁴⁷.

Sumariamente, o preceito que se descortina é que a relação entre as partes constitutivas da organização - acionistas e administradores - rege-se pela busca de maximização de valor aos acionistas, o que significa que aos administradores recai a responsabilidade de administrar os recursos, de modo a maximizar a geração operacional de caixa potencial (futuro) da empresa, à taxa de atratividade dos proprietários de capital e o risco associado ao investimento, o que implica a tomada de decisão que melhore o desempenho econômico da organização. Por sua vez, aos acionistas recai a responsabilidade atrelada ao investimento, assumindo a responsabilidade pelos riscos decorrentes do negócio. Neste escopo, caso os esforços gerenciais não resultem em retornos positivos, obrigam-se a assumir os prejuízos, devido à assunção dos riscos inerentes do negócio. Ao mesmo tempo, a ausência de retorno positivo desestimulará investimentos no empreendimento, diante a falta de expectativa de resultados que gerem fluxos de caixa positivos futuros; o que, induzirá os acionistas e investidores a buscarem investimentos mais rentáveis. Ademais, as perdas resultarão em expectativas de retornos futuros menores, estimulando investidores a se afastarem do ativo, e, conseqüentemente, a perda de valor de mercado, aumentando, conjuntamente, o risco do negócio e a expectativa de remuneração atrelado ao capital investido, comprometendo o retorno de caixas futuros, além de impor maior peso sobre os resultados do negócio e dos gestores. E, por fim, resultados negativos impõem pressão sobre os gestores que questionam sua competência e capacidade de gerar, operacionalmente, resultados ao negócio, o que, estimulará os acionistas a os substituírem, inclusive, como forma de atrair os investidores ao negócio, diante a expectativa futura de melhora de caixa em razão de novas determinações gerenciais.

Outro mais, uma importante corrente de pensamento sustenta a presença da lógica financeira na relação entre os agentes econômicos, explicitamente acionista, gestores e investidores.

Segundo Useem⁴⁸, os investidores têm ocupado boa parte do debate referente à criação de valor ao acionista e governança corporativa de empresas

46 FREZATTI, 1998.

47 RAPPAPORT, 2001.

48 USEEM, 1996.

abertas. Argumenta o autor que o gestor capitalista está sendo trocado pelo investidor capitalista, sendo que este último apresenta um impacto direto maior sobre as companhias. Investidores, sobretudo institucionais, pressionam por maiores e melhores informações sobre a empresa, produtos e performance setorial, buscam contato direto com o topo da companhia, expressam opiniões sobre executivos, suas compensações e processos sucessórios.

O objetivo principal é obter o retorno máximo para seus investimentos, assumindo para isso certo nível de risco. Nesta perspectiva, impõe aos gestores organizacionais a tarefa de tornarem suas companhias atrativas ao grupo de investidores⁴⁹. De acordo com recentes pesquisas, estes investidores preferem investir em ações de grandes companhias e com alta liquidez. Além disso, buscam empresas com vendas e ganhos em crescimento, ou que apresentem oportunidades de crescimento, como com pesquisa e desenvolvimento, expansão e aquisição⁵⁰. Acreditam que grandes companhias divulguem mais informações para a comunidade financeira e mais analistas financeiros seguem estas firmas, o que contribui para reduzir assimetria informacional associada a grandes corporações⁵¹.

O investidor está envolvido em dois tipos de decisões de investimentos de acordo com a sua posição: a) em sua posição como fundo de investidor, sua tomada de decisão segue estritamente a lógica financeira, o que significa que, continuamente verifica se as taxas de retorno esperado - considerando os riscos assumidos - poderiam ser aumentadas através de modificações no portfólio. Enquanto que, b) em sua posição como participante em uma empresa listada, decide segundo a teoria de Hirschman⁵², o que significa que é impelido a usar “a voz” através do poder de proprietário para mudar as ações da companhia (direcionamento gerencial), à votar conforme seus próprios interesses (saída), e é impelido a ser “leal” por permanecer na companhia e não vender.

A lógica financeira tende a favorecer o comportamento de saída, qual seja, não querer fazer parte integrante das corporações, antes, preferir ser livre para modificar suas posições de investimentos (realocação de portfólio) conforme lhe interessar e as taxas de retorno esperadas. No entanto, o grande poder associado a sua capacidade de investimento, e sua característica institucional habilita-o a participar mais ativamente nas atividades corporativas e no direcionamento gerencial (voz)⁵³.

Neste sentido, há dois contextos paradoxais: de um lado os investidores estão interessados se os gestores se desviarão da lógica financeira, e de outro,

49 USEEM, 1996.

50 GOMPERS e METRICK, 2001.

51 FALKENSTEIN, 1996.

52 HIRSCHMAN, 1970.

53 JOHANSSON e ÖSTMAN, 1995.

gestores corporativos estão interessados nos prós e contras da presença do investidor. As duas concepções direcionam para contextos diferentes, isto é, para a criação de valor ao acionista versus curto prazo. Há uma aceitação quase universal de que os investidores agem segundo a lógica financeira e se orientam na busca de resultados de curto prazo⁵⁴. Nesta perspectiva, focam no que Ellsworth⁵⁵ chamou de ganhos trimestrais, referindo-se aos relatórios financeiros trimestralmente divulgados pelas empresas com seus ganhos financeiros no período. Portanto, agir assim implica compelir os gestores organizacionais a decidirem com foco no curto prazo, além de encorajar um comportamento gerencial de curto prazo⁵⁶.

O excessivo foco em ganhos imediatos gera incentivos por ganhos gerenciais. Desta forma, criam-se compensações para gestores que conseguem aumentar os ganhos correntes, e produzir impactos significativos nos resultados trimestrais.⁵⁷ O mercado de trabalho tende a valorizar os gestores baseado

54 USEEM, 1996; HELLMAN, 2005; KOH, 2007; Bhide, 1993; FROOT, PEROLD e STEIN, 1992; e PORTER, 1992

55 ELLSWORTH, 1985.

56 KOH, 2007.

57 Note que o efeito da visão de curto prazo é o estímulo ou mesmo a pressão que recai sobre os gestores para focarem em resultados de curto prazo. Desta forma, os incentivos financeiros para desempenho estimularão sempre ações/projetos de investimento cujo os retornos se deem no curto prazo, em detrimento daqueles que projetam retornos em prazos mais alongados. Assim, projetos de investimento cuja demanda de capital inicial seja elevada e maximização de valor de longo prazo, tenderão a ser sistematicamente rejeitados pelo Conselho de Administração, levando os gestores a ajustarem sua conduta de modo a compor projetos de investimento que atendam ao interesse dos acionistas (curto prazo). Ao mesmo tempo, visões e projeções de longo prazo sofrerão constantes ajustes diante a necessidade de resultados rápidos, o que pode levar ao aborto de projetos, ou planos de negócios com elevado potencial de resultado no longo prazo, diante ao baixo interesse dos investidores e acionistas a resultados de longo prazo. Por mais, os departamentos de RI tenderão a ser mais exigidos, a medida que precisam manter o interesse dos investidores no ativo.

Há certo consenso que a visão de curto prazo resulta em comportamentos predatórios ao objetivo do próprio negócio, visto que não há projetos que consigam manter resultados de curto prazo constantes, principalmente diante aos efeitos macroeconômicos sobre o negócio, o que afeta a capacidade da empresa reagir as variações incontroláveis.

Consequentemente, os gestores serão sempre afetados, visto não poderem estruturar organizações interessados em projetos de longo prazo. Isto pode significar a necessidade de um conflito entre gestores e investidores/acionistas, no sentido de que deverá pressionar para a mudança do perfil investidor, até mesmo buscando o afastamento daqueles focados em resultados de curto prazo. Nesta forma, buscará o gestor desenvolver uma cultura de participação em “voz” ativa dos investidores, se comprometendo com os resultados e a perenidade do negócio, o que implica o afastamento da lógica financeira e a adoção de modelos de governança. Tal interesse, inclusive para os gestores, é importante para possibilitar o desenvolvimento de modelos de negócio e gestão mais associados a ações de governança e que estimulam a participação ativa dos investidores, se comprometendo com os resultados de longo prazo do negócio.

Portanto, haverá constantemente um conflito entre os gestores e investidores. Um objetivando obter os maiores ganhos associados ao seu desempenho no negócio, muitas vezes tendo de aliar seu desempenho a resultados de curto prazo que tradicionalmente exigem comprometer projetos de investimentos de longo prazo, em detrimento aos de curtos prazo, impondo, adicional-

na performance da empresa, e inclusive há evidências de que as decisões de demissão de CEO (Chief Executive Officer, ou simplesmente Chefe Executivo) são baseadas no mesmo desempenho⁵⁸.

Agir conforme a lógica financeira - buscar o melhor interesse como investidor - não é consistente com as novas regras de governança corporativa⁵⁹.

Autores demonstram que um importante processo de transformação paira sobre o investidor institucional no momento. A expansão das políticas de Governança Corporativa e a concentração dos mercados de capitais fazem com que o investidor institucional tenha maior importância no processo de governança corporativa⁶⁰.

Na busca de melhores retornos, os investidores adquirem participações acionárias permanentes e relevantes nas empresas. Desta forma, deixam de ser investidores simplesmente e tornam-se parte das empresas na qual investem, assumindo cadeiras no conselho administrativo das organizações.

Segundo Laporta⁶¹, a governança corporativa representa uma série de mecanismos mediante os quais os acionistas se protegem contra a expropriação por partes dos diretores. Assim estes mecanismos visam reduzir as consequências da assimetria informacional, equilibrando os interesses de todas as partes e consequentemente reduzindo os problemas decorrentes do conflito de agência. A governança corporativa busca prover uma estrutura eficiente de incentivos para consecução da maximização de valor, e estabelecer responsabilidade e outras salvaguardas para evitar que gestores expropriem valores em detrimento dos interesses dos acionistas (shareholders) e outros interessados (stakeholders)⁶².

mente, comportamentos otimistas, ou excessivamente confiantes para analisar projetos, o que envolve relativizar riscos associados ao projeto para obter sua aprovação. Ao mesmo tempo que busca com isso o favorecimento dos investidores ao perceberem sua capacidade de responder a anseios de curto prazo. E outro, pressionar os gestores para limitarem seus interesses pessoais em detrimento ao interesse do negócio, o que significa abrir mão de sua própria utilidade em favor dos investidores/acionistas. Por óbvio tal comportamento exige dos acionistas/investidores remunerações associadas ao desempenho para estimulá-los a focar nas escolhas e interesses dos acionistas. Ao mesmo tempo que gera o efeito desejado, ou seja, o estímulo dos gestores, causa aos acionistas e investidores redução no retorno dos ativos que investem, comprometendo sua capacidade de maximização de valor ao acionista. Por isso, opta o investidor/acionista a implementar mecanismos de controle capazes de mensurar e controlar os resultados sem que seja necessário o incrementos de remunerações associadas ao salário para estimular o desempenho excepcional de curto prazo. É nesse ambiente que surgem metas agressivas de resultados, respaldadas em controle do ambiente de negócio e pressão aos gestores para o alcance das metas, sob pena do desligamento da função.

Portanto, percebe-se um conflito que a teoria bem explicou como conflito de agência. Logo, os conflitos de interesse entre as partes sempre existirão, impondo-se como vitoriosa aquela que melhor compreender o momento e o instante do negócio.

58 MURPHY, 1999; MATSUNAGA e PARK, 2001; FAMA, 1980; PUFFER e WEINTROP, 1991.

59 HELLMAN, 2005.

60 LAPORTA, LOPES-DE-SILANES e SHLEIFER, 1999.

61 LAPORTA, et. al., 2002.

62 CERDA, 2002.

Ao implantar medidas cujo objetivo é aumentar a proteção ao acionista na consecução da maximização de valor, a governança corporativa entra em conflito com a ação dos investidores institucionais segundo a lógica financeira, já que ela se sustenta na perspectiva de resultados no curto prazo, enquanto a maximização do valor pode se direcionar para fluxos de caixas futuros positivos, indicando o sacrifício da visão de curto prazo⁶³.

Ao assumir participações acionárias nas organizações, os investidores se comprometem com os objetivos de longo prazo da firma, o que significa a abdicação da assunção da teoria de Hirschman. Neste sentido, utilizam seu poder de voto para influenciar as decisões no sentido de maximizar os valores investidos.

Apesar destes indícios de mudanças, diversos autores são claros ao definir que os investidores tendem, segundo a máxima quase universal, a pressionar as organizações para resultados de curto prazo. E não há sinais ainda que possam concretizar a percepção de que os investidores institucionais mudaram definitivamente sua perspectiva⁶⁴.

CONCLUSÃO

O artigo buscou demonstrar o debate ao longo do tempo sobre a dupla classes de ações. Apresentou a forma como o mercado de capitais brasileiro se estrutura e suas formas como um todo. Apresentou como a constituição das ações no mercado brasileiro evoluiu ao longo do tempo, até, recentemente, chegar ao modelo do supervoto ou voto plural.

Foi possível perceber as implicações da adoção de dupla classe para a estrutura de capital das empresas, na qual se demonstrou que a forma de estruturação de capital adotada, estará transmitindo um sinal ao mercado de suas intenções e motivações, em que estará sinalizando a forma ótima como pretende distribuir investimento e financiamento, bem como a manutenção do controle ou do resultado financeiro. Indicando, portanto, que pode optar por abrir plenamente o controle, pulverizando as ações de modo que, quem mais delas agrupar obtém o controle do conselho administrativo, ou, optar pela manutenção do controle, definindo os rumos do negócio, maximizando retorno a terceiros, através da distribuição plena dos resultados financeiros.

Ao mesmo tempo, analisou as implicações para o mercado, demonstrando que a dupla classe permite às empresas sinalizarem ao mercado suas intenções, e, por consequência, permite ao mercado reagir a tais atos, segundo a modelagem proposta por Procianny (2006), ou seja, o investidor poderá considerar investir no ativo, ou ignorá-lo, podendo contudo, em momento futuro decidir pelo

63 HELLMAN, 2005.

64 GRAVES, 1988; GRAVES e WADDOCK, 1994 e HANSEN e HILL, 1991.

investimento, ou manter posição distante. Assim, ao reagir imediatamente, demonstrará acreditar no potencial do ativo e do modelo proposto por aquela organização, ou não reagir, por descreer na capacidade do modelo de produzir resultados efetivos, ou ainda, reagir parcialmente às sinalizações das empresas, aguardando posicionamentos, ou os resultados efetivos, mediante as demonstrações financeiras para, só então, reagir.

Por mais, analisou a importância da separação do poder e controle, para demonstrar que, os acionistas são participantes que não podem ser negligenciados e que suas ações direcionam para a maximização de valor ao acionista, compreendendo que tal ação é importante para tornar os ativos atrativos ao mercado, objetivando sua valorização. Por consequência, são influenciados ao foco na tomada de decisões que maximizem lucros no curto prazo, influenciando todo o direcionamento, bem como a adoção/rejeição de projetos de investimento. Ademais, estimulará comportamentos nos investidores a usar a voz de saída ou voto para permanecer com o ativo. Ao estimular a saída, consolida percepção de curto prazo e foco no retorno do investimento no ativo. Enquanto, ao assumir participações acionárias nas organizações, os investidores se comprometem com os objetivos de longo prazo da firma, nos moldes do uso de voto na teoria de Hirschman.

Essencialmente, o que se percebe é a necessidade de se discutir as expectativas do mercado em relação às empresas, ao mesmo tempo que define como devem considerar os resultados obtidos, isto é, buscar seus próprios interesses e dos acionistas, ou seus interesses atrelados aos anseios sociais dos atores influenciados pela empresa. A resposta a este questionamento estabelecerá o significado e relevância da dupla classe de ações e sua adoção.

Portanto, a discussão acerca do tema ainda está longe de uma congruência, mas já acende a discussão da importância das empresas para a sociedade, sua participação para construir uma sociedade engajada e, portanto, como as empresas sinalizarão ao mercado suas intenções de controle que equilibrem(alinhem) o poder e a maximização de valor ao acionista e de mercado.

REFERÊNCIAS

ACE GOVERNANCE. **Governança e Mercado de Capitais**. São Paulo: B3, 2020?

ASSAF NETO, Alexandre. **Estrutura e análise de balanços: um enfoque econômico financeiro**. São Paulo: Atlas, 2000.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988

BHIDE, A. The hidden costs of stock market liquidity. **Journal of Financial Economics**, v. 34, n.1, pp. 31-51, 1993.

BREALEY, R.A.; MYERS, S. C. **Principles of Corporate Finance**. 3.ed. McGraw-Hill: New York, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: artigos 75 a 137**. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE Jr., Walfrido Jorge. **Proselitismo Corporativo: Ficção e Verdade no Interdito à Cumulação dos Principais Cargos da Administração de Companhias Listadas na Bolsa de Valores de São Paulo**. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, v. 60, Abril-Junho, pp. 327-365, 2013.

CERDA, A. C. **Tender Offers, Takeovers and Corporate Governance**. **The Latin America Corporate Governance Roundtable**, São Paulo, April, 2000

COELHO F. U.. **Manual de direito comercial**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COPELAND, T.; WESTON, J. F.; SHASTRI, K. **Financial theory and corporate policy**. 4. ed. Pearson Addison Wesley, 2005.

DALMÁCIO, F. Z. e CORRAR, L. J. A Concentração do Controle Acionário e a Política de Dividendos das Empresas Listadas na BOVESPA: Uma Abordagem Exploratória à Luz da Teoria de Agência. **Revista de Contabilidade e Organizações**, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 16-29, set./dez, 2009.

DAMODARAN, Aswath. **Corporate finance**. New Jersey: Wiley, 1997.

DAY, G. S.; HEIL, O. P.; REIBSTEIN, D. J. Signaling to Competitors. In: DAY, G. S. et alii (Editors). **Wharton on Dynamic Competitive Strategy**. New York: John Wiley & Sons, 1997.

DIAS, M.; TELES, A. e DUZERT, Y. Will Boeing succeed with the Embraer acquisition operation, despite the Brazilian Federal Government golden share

veto? **International Journal of Business and Management Review** v. 6, n. 2, pp. 55-64, Mar, 2018.

ELLSWORTH, E. Capital markets and competitive decline. **Havard Business Review**, September/October, 1985, pp. 171-183.

FALKENSTEIN, E. Preference for stock characteristics as revealed by mutual fund portfolio holdings, **Journal of Finance**, v.51 n.1, pp. 111-135, 1996.

FAMA, E. Agency problems and the theory of the firm. **Journal of Political Economy**, v. 88, n. 2, pp. 288-307, 1980.

_____. **Journal of Finance**, Cambridge, v.46, n.5, pp.1575-1618, December, 1991

FAMA, E. F.; JENSEN, M. Organizational forms and investimento decisions. **Journal of Financial Economics**, pp. 101-119, April, 1985.

FINN, F. J. **Internal performance evaluation of managed investment funds**. Doctoral Dissertation, University of Queensland, 1981.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: Produtos e Serviços**. 22a. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2020.

FREZATTI, Fábio. Valor da empresa: avaliação de ativos pela abordagem do resultado econômico residual. São Paulo: **Caderno de Estudos**. v.10, n. 19, FIP-PECAFI/USP, 1998.

FROOT, K.A., PEROLD, A.F., STEIN, J.C. Shareholder trading and corporate investment horizons. **Journal of Applied Corporate Finance**, v. 5, n. 2, pp. 42-58, 1992.

GNIEWOSZ, G. The share investment decision process and information use: An exploratory case study. **Accounting and Business Research**, v. 20, n. 3, pp.223-230, 1990.

GOMPERS, P.; METRICK, A. Institutional investors and equity price. **Quarterly Journal of Economics**, v. 116, n. 1, pp. 229-259, 2001.

GOVINDARAJAN,Vijay; RAJGOPAL,Shivaram; SRIVASTAVA, Anup e ENACHE, Luminita. Should Dual-Class Shares Be Banned?. **Harvard Business Review**, Dezembro, 2018.

GRAVES, S. Institutional ownership and corporate R&D in the computer industry. **Academy of Management Strategy**, v. 31, pp.417-428, 1988.

GRAVES, S. e WADDOCK, S. A. Institucional Owners and corporate social performance. **Academy of Management Journal**, v. 37, pp. 1034-1046, 1994.

HANSEN, G. S. e HILL, C. W. Are institutional investors myopic? A time series study of four technology driven industries. **Strategic Management Journal**, v. 9, pp. 577-590, 1991.

HELLMAN, N. Can we expect institutional investors to improve corporate governance?. **Scandinavian Journal of Management**. v. 21, pp. 293-327, 2005.

HIRSCHMAN, A. **Exit, voice and loyalty**. Cambridge MA: Harvard University Press, 1970

JOHANSSON, S.E.; ÖSTMAN, L. **Accounting theory** - integrating behavior and measurement. London: Pitman Publishing, 1995.

KOH, P. S. Institutional investor type, earnings management and benchmark beaters. **Journal of Accounting and Public Policy**, v. 26, pp. 267 -299, 2007.

LA PORTA, R.; SHLEIFER, A.; LOPEZ-DE-SILANES, F. Corporate ownership around the world. **The Journal of Finance**, v. 54, pp. 471-517, 1999.

_____. Investor Protection and Corporate Valuation. **The Journal of Finance**, v. 42, n. 3, Junho, 2002.

LERNER, E.M. **Managerial finance: a systems approach**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, International Edition, 1971.

LEUNG, Mary; TUNG, Rocky. **Dual-class shares: the good, the bad, and the ugly**. A review of the debate surrounding dual-class shares and their emergence in Asia Pacific. Charlottesville, Vancouver: CFA Institute, Aug. VA, 2018.

MATSUNAGA, S.R. e PARK, C.W. The effect of missing a quarterly earnings benchmark on the CEO's annual bonus. **The Accounting Review**, v.76, n. 3, pp. 313-332, 2001.

MURPHY, K.J., Executive Compensation. In: Ashenfelte, O., Card, D. (Eds.), **Handbook of Labor Economics**, v. 3. North-Holland, Amsterdam, pp. 2485-2563, 1999.

OAK, S.; DALBOR, M.C. Institutional investor preferences for lodgings stocks. **International Journal of Hospitality Management**, v. 27, pp. 3, n. 11, 2008.

O'BARR, W. M.; CONLEY, J. M. **Fortune and folly: the wealth and power of institutional investing**. Homewood: Business One Irwin, 1992.

PELA, Juliana Krueger. Golden shares. In: **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

PEREZ, M.; MARTINS, R. C. S. Decifrando a geração de valor ao acionista. In: **ENCONTRO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, XXIX**. Brasília. Anais do XXIX ENANPAD, Setembro, 2005.

PORTER. Capital choices: Changing the way America invests in industry. **Journal of Applied Corporate Finance**, v.5, n.2, pp. 4-16, 1992.

PUFFER, S.M., WEINTROP, J.B. Corporate performance and CEO turnover: The role of performance expectations. **Administrative Science Quarterly**, v.36, March, pp. 1-19, 1991.

RAPPAPORT, A. **Gerando valor para o acionista**. São Paulo: Atlas, 2001.

REQUIÃO, R.. **Curso de direito comercial**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: As estruturas**. São Paulo, ed. Malheiros, 1998.

SANTOS, Gilberto Couto. **Reação de Mercado de Capitais Brasileiro à Anúncios de Planos de Investimento de Curto e Longo Prazo**. 2009. 214f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-graduação em Administração, Santa Catarina, 2009.

SHERMAN, H.; BELDONA, S. e JOSHI, M.P. Institutional Investor Heterogeneity: implications for strategic decisions. **Corporate Governance**, v. 6, n. 3, pp. 163-173, July, 1998.

SOUSA, Almir F. **Fatores que contribuem para a empresa agregar valor**. Tese (Livre-Docência) - FEA/USP, 2002.

STERNBERG, E. The stakeholder concept: a mistaken doctrine. Foundation for Business Responsibilities. Leeds, **Issue Paper**, n.4, November, 1999.

STREBULAEV, ILYA A. Do Tests of Capital Structure Theory Mean What They Say? **The Journal of Finance**, v.62, n. 4, Aug, 2007, pp. 1747-1787.

SUNDARAM, Anant K.; INKPEN, Andrew C. The corporate objective revisited. **Organization Science**, v. 15, n. 3, pp. 350-363, 2004

TESOURO NACIONAL. SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. TRANSPARENTE. TEMAS. ATIVO DA UNIÃO. EMPRESAS ESTATAIS. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/ativos-da-uniao/empresas-estatais#:~:text=Empresas%20estatais%20s%C3%A3o%20aquelas%20em,privados%20na%20forma%20de%20a%C3%A7%C3%B5es>). Acesso em: 18 de mar de 2024.

USEEM, M. **Investor capitalismóhow money managers are changing the face of corporate America**. New York: Basic Books, 1996.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Considerações sobre o sistema financeiro, crises, regulação e re-regulação.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 47, n.1, ja/dez. 2008, p. 9-31

Recebido em: 29/04/2023

Aprovado em: 10/04/2024

FUNDAMENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DA SOLIDARIEDADE*

PHILOSOPHICAL AND LEGAL BASIS OF SOLIDARITY

GUILHERME CAMARGO MASSAU**

RESUMO

O texto tem como objetivo analisar a categoria filosófica *cuidado* na perspectiva *heideggeriana* como fundamento da solidariedade na dimensão jurídica. Isto deve-se ao fato de Heidegger designar o *cuidado* como *ser-no-mundo* ao vincular a relação do *cuidado* consigo e com o mundo, interligando a vida como um todo. A partir desta compreensão, encontra-se a relação direta com a solidariedade (também como comando normativo), já que *ser solidário* implica responsabilizar-se pela própria vida e pelo mundo a sua volta a *partir de si*, constituindo direito e dever jurídicos. Assim, a solidariedade, mesmo no âmbito jurídico, manifesta o *cuidado* consigo e com o outro (mundo). Manifesta-se as dimensões individual e social. O método empregado é o dedutivo, pois ao estabelecer alguns parâmetros da teoria de Heidegger, situou-se os elementos vinculados à concepção de Direito adotada neste trabalho. Os instrumentos de pesquisa, como requer a natureza do tema, foram bibliográficos.

PALAVRAS-CHAVE: Cuidado. Filosofia. Fundamento. Heidegger. Solidariedade.

ABSTRACT

The aim of this text is to analyze the philosophical category of care from a Heidegger perspective as the foundation of solidarity in the legal dimension. This is due to the fact that Heidegger designates care as *being-in-the-world*, linking the relationship of care with oneself and with the world, interconnecting life as a whole. Based on this understanding, there is a direct relationship with solidarity (also as a normative command), since being supportive implies taking responsibility for one's own life and for the world around them, constituting a legal right and duty. Thus, solidarity, even in the legal sphere, manifests care for oneself and for others. It manifests the individual and social dimensions. The method used is deductive because, by establishing some parameters of Heidegger's theory, the elements linked to the conception of Law adopted in this work were located. The research instruments, as required by the nature of the subject, were bibliographical.

KEYWORDS: Care. Fundamental. Heidegger. Philosophy. Solidarity.

1 INTRODUÇÃO

O texto pretende analisar o possível fundamento filosófico da solidariedade calcado no *cuidado* (*Sorge*)¹ *heideggeriano*. O cuidado, modo de

* A presente pesquisa conta com o apoio da FAPERGS – Edital 07/2021 – PqG. Não há conflito de interesse.

** Pós-Doutor em Direito pela PUCRS. Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Professor na Universidade Federal de Pelotas. E-mail: uassam@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5955-4292>.

1 Pode ser traduzido como preocupação, solicitude, zelo e cuidado. STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 79; FRÖHLICH, Sandro. O cuidado como fundamento da compreensão onto-antropológica do Direito Penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 31.

ser do *Dasein*, apresenta-se como dimensão estruturante da solidariedade ao nível de fundamento da dogmática em termos de *pré-compreensão*. Destarte, busca-se identificar os elementos filosóficos primevos para auxiliar a projeção da solidariedade no âmbito prático-normativo, pelo fato de a filosofia ser uma área de conhecimento transversal ao Direito. Para isto, tem-se como base a filosofia *heideggeriana*, principalmente, do livro *Ser e Tempo*. Destaca-se que o filósofo alemão não realizou incursões diretas ao Direito¹. Por isto, a concepção de *cuidado* (*Sorge*) – neste texto – não é dimensionada para aplicação prática ou instrumental, mas como horizonte de compreensão da *solidariedade*. Tenta-se buscar fundamentos de validade das relações intersubjetivas guiadas pela *solidariedade*, a fim de fundamentar argumentativamente a solidariedade na prática jurídica.

A perspectiva prático-normativa, relativa à Teoria do Direito – a apofântica –, que envolve a solidariedade no Direito não será objeto de análise, pois há outros textos e pesquisas que tratam da sua perspectiva dogmática do princípio jurídico da solidariedade. O texto detém-se no fundamento filosófico do horizonte de compreensão da solidariedade, tendo por base o *cuidado*, mas principalmente o *cuidado* (*Fürsorge*) com o *outro* devido à condição ontológica do *ser-estar-aí* de coexistência (*ser-estar-aí-com-os-outros*), que, além de ser uma condição incontornável da essência humana, é *conditio sine qua non* da manifestação – também – do Direito.

A fim de realizar os objetivos do texto, segue-se o seguinte itinerário temático: o fundamento epistemológico, no qual manifesta a compreensão de *cuidado*. A delimitação da solidariedade a partir dos referenciais epistemológicos estabelecidos. Por fim, a interpretação da relação entre o *cuidado* e a manifestação normativa da solidariedade na esfera do Direito. Contudo, demonstra-se como a solidariedade manifesta-se no Direito brasileiro com exemplos da CRFB/88.

2 O FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO

Heidegger parte da perspectiva *husserliana* da fenomenologia e a ultrapassa em direção ao existencialismo². Ainda supera a perspectiva da consciência pura e confronta as teorias do subjetivismo e da representação, ao revisar a relação sujeito-objeto sob o ângulo hermenêutico. Destarte, há a redução da zona do pensar filosófico ao liberar a filosofia de Deus e do mundo natural, concentrando-se no *mundo hermenêutico*. Reside aí a *hermenêutica da facticidade* (do *ser-estar-aí*) que por meio de sua intensão programática tem base

1 LOIDOLT, Sophie. Einführung in die Rechtsphänomenologie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 201.

2 REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. História da filosofia: do romantismo até nossos dias. v. 3, 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005. p. 581; HEIDEGGER, Martin. Über den Humanismus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1947. p. 27.

em uma ontologia fundamental, sendo sua pretensão metodológica a validade transcendental, por meio da realização fenomenológica e existencialismo-antropológico, põs o *ser* vinculado à facticidade sem que a resposta ao problema do *ser* conduza à solução do problema da origem das coisas. Inaugura-se uma racionalidade prática sem instância metateórica a justificar a teoria, pois a teoria é a expressão da prática do *ser-no-mundo*³.

A partir desta base, Heidegger estabelece nova linguagem e forma de filosofar, que termina na epistemologia, visualizando-a como acentuação da subjetividade⁴. Ao tentar escapar dos parâmetros tradicionais da filosofia, o filósofo alemão traçou outro caminho para calcar seu pensamento. Nota-se isto, exemplificativamente, quando o *filósofo* destaca o pensamento de o *ser humano* tornar-se humano enquanto a *humanidade* continua preocupada e a pensar para que o *ser humano* seja humano e não inumano. Isto está na força da sua natureza, ou seja, para saber o que é a humanidade do ser humano, a resposta está no seu *ser*⁵. Para enfrentar o tema, promove-se a análise da quotidianidade a buscar o *ser* do *ser-estar-aí* explicitado como cuidado (*Sorge*)⁶. Compreende-se o cuidado como fundamento da solidariedade, pois está estritamente vinculado ao *ser-estar-aí*. O Direito participa da quotidianidade ao regular e legitimar as relações intersubjetivas.

2.1 O SER-ESTAR-AÍ

O *ser-estar-aí* (*Dasein*) é o (*eu mesmo*) sujeito distinto e privilegiado por se compreender e pela compreensão interrogar-se por si mesmo. Isto significa desvendar o sentido do seu próprio existir no mundo que significa a abertura do *ser*⁷. O *ser* precede a essência⁸. Por isto, o *ser-estar-aí* é o ente capaz de compreender o *ser*. Neste sentido, ele não corresponde ao que se chama de ser humano, pois esta designação assume muitos significados que Heidegger denominou de outra forma a fim desvelá-lo e buscar a sua essência. O *Dasein* é o *ser humano*⁹ capaz de compreender o *ser* e não o objeto de uma representação.

3 STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 8-9, 14, 19, 20, 24.

4 STEIN, Ernildo. Epistemologia e crítica da modernidade. 3 ed. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 39, 41.

5 HEIDEGGER, Martin. Über den Humanismus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1947. p. 10.

6 STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 52.

7 HEIDEGGER, Martin. Über den Humanismus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1947. p. 35.

8 WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del derecho. Trad. Felipe González Vicen. Buenos Aires: IB de F, 2005. p. 284.

9 O *ser humano* é o lugar da luz do *ser*, do desvelar histórico, mas antes de tudo é o lugar do seu velamento. ROMANO, Bruno. Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger. Milano: Giuffrè, 1969. p. 10.

Desta feita, outros *seres* capazes de compreender a si mesmos também poderiam ser designados de *ser-estar-ái*. Logo, o *ser-estar-ái* é um ente fático que se compreende como *ser-estar-ái* – em suas estruturas¹⁰. Por isto, há a inversão da compreensão de que a *Ek-sistenz* do *ser humano* é sua substância para a substância do *ser humano* que é a *Existenz*¹¹, por isto, o *ser-estar* não é Deus nem o fundamento do mundo¹².

O *ser-estar-ái* tem sentido enquanto *ser-no-mundo*, por isto, ele é facticidade, radicada na finitude da condição *humana*¹³, ao ponto de o medo projetar a existência fática do *ser-estar-ái-no-mundo*¹⁴. A essência da existência está na possibilidade de atuar enquanto o *ser humano* pode se conquistar ou se perder¹⁵. *Ser-estar-ái-no-mundo* é relacionar-se com as coisas e com os *outros* a partir de um *mundo-da-vida* compreendido de forma prática a sustentar-se sobre a teoria hermenêutica da facticidade¹⁶. Por isto, a importância que o filósofo alemão atribuía à compreensão da realidade, da atualidade, da vivacidade, da existencialidade, da estabilidade e da compreensão do mundo oferecido¹⁷ no qual o *ser-estar-ái* está jogado.

Heidegger entende que o *ser humano* compreende o ser quando compreende a *si mesmo*. Trata-se da estrutura do *ser-estar-ái* e de um movimento circular, sendo o compreender *a si mesmo* o universo apofântico e o compreender, o ser o hermenêutico. A consequência é que o *ser humano* compreende e se faz pela compreensão, pois compreender é existencial. Neste contexto, há o aspecto prático na hermenêutica em decorrência do *ser-estar-ái* ser *ser-no-mundo* e *ser-estar-ái-com* e compreende-se no mundo¹⁸. O *ser humano* compreende uma coisa a partir do momento em que sabe o que fazer com ela, da mesma forma ele compreende a si mesmo quando sabe o que pode *ser*¹⁹.

10 SANTOS, Eder Soares. Variações sobre o conceito de homem em Heidegger. In: *Ethic@*. v. 18, n.2, Florianópolis, 2019. p. 224, 226.

11 HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 117.

12 HEIDEGGER, Martin. *Über den Humanismus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1947. p. 18-19, 36.

13 STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 23.

14 HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 191.

15 REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do romantismo até nossos dias*. v. 3, 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005. p. 583.

16 STEIN, Ernildo. *A caminho do paradigma hermenêutico*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2017. p. 116.

17 HEIDEGGER, Martin. *Die Grundprobleme der Phänomenologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005. p. 14.

18 STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre a hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 62, 65-66; HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 120.

19 REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do romantismo até nossos dias*. v. 3, 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005. p. 584.

2.2 O CUIDADO

O *ser-estar-aí* está relacionado à sua existência – terceiro modo fundamental do ser do *ser-estar-aí* – tratando-se de *ser-no-mundo*, que pertence ao seu ser o *cuidado* (*a cura*), cujo sentido é a temporalidade estática (*Zeitlichkeit*). A compreensão do *ser-estar-aí* leva em consideração a existência, a facticidade e a decaída²⁰. O *mundo* do *ser-estar-aí* está organizado com base no *cuidado*, cuja manifestação ocorre pela temporalidade manifestada pela morte. É a partir da morte que se compreende um *poder-ser-total* que, no entanto, não se realiza; enquanto é o *ser-estar-aí* não há totalidade, quando se atinge a totalidade não mais se pode compreender. A morte é a última possibilidade do *ser-estar-aí* de se constituir. O *ser* do *ser-estar-aí* tem seu sentido no *cuidado* que, por conseguinte, tem seu sentido na temporalidade (*Zeitlichkeit*) cujo *ser-estar-aí* e *cuidado* manifestam-se na articulação com a *Temporalität* (acontecer histórico) já entendida como lugar, espaço de distinção, horizonte e diferenciação de todos os modos de ser não próprios do *ser-estar-aí*²¹.

A alegoria da *cura* (*cuidado* – §42 do *Sein und Zeit*) estabelece a passagem entre uma antropologia existencial/estrutural e antropologias metafísicas²². Assim, Heidegger define o *ser humano* como *cuidado*, com o mundo, com os entes disponíveis e os imediatamente à mão e com a verdade. O *cuidado* caracteriza a unidade das determinações ontológicas (existencialidade e facticidade), definindo o *ser humano* como *ser-no-mundo* a partir da sua estrutura prática, ou seja, significa *ser-estar-aí* diante de *si-mesmo* no mundo e estar junto *aos entes que habitam o mesmo mundo*. Está-se diante da estrutura da totalidade existencial da estrutura ontológica do *ser-estar-aí*²³.

O *cuidado* como instituição fático-social, por exemplo, funda-se na constituição do *ser* do *ser-estar-aí* como *ser-estar-com*²⁴, ao ponto de sem o *cuidado* a relação do pai para o filho e do professor para o aluno não existir²⁵. Com este

20 Vide: FRÖHLICH, Sandro. O cuidado como fundamento da compreensão onto-antropológica do Direito Penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). *Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 32.

21 STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 69-70, 73.

22 STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 82-83, 88; FRÖHLICH, Sandro. O cuidado como fundamento da compreensão onto-antropológica do Direito Penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). *Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 33-35.

23 STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 84-85; STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre a hermenêutica*. 2 ed. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 2004. p. 66-67; HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 197-198.

24 HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 121.

25 VILLANI, Antonio. Heidegger und das „Problem“ des Rechts. Übers. Erich Weis. KAUF-

situar do *ser humano*, Heidegger tentou estabelecer uma estrutura prática denominada de *estar-no-mundo*, projetando a autorreferência do fato de *ser-estar-aí-no-mundo*. Com isto, o ser humano (indivíduo) abandona exterioridade a si mesmo como observador, assumindo a posição de sujeito referido à tarefa de *ser*. Por conseguinte, estimular o recolocar as ciências humanas em um contexto vinculado à esfera do *cogito prático* parte do *ser-estar-aí*. A alegoria do *cuidado* inaugura o *ser humano* do presente e que se esgota em si mesmo, representando, como fenomenologia existencial, do *ser-estar-aí* em fuga de *si mesmo* e sabendo estar jogado e ser um projeto finito, *ser-estar-aí* para a morte²⁶. O *aí* é tomado como a clareira do *ser-estar* por meio do *cuidado*²⁷.

Surge o *tempo* como um compromisso prático do ser humano ao lidar com o utensílio, o artefato, a obra, o ente disponível. Em face disto, derivam dois modos de ser do *ser-estar-aí*: a representação do ente puramente subsistente e o compreender-se do existir. O *sentido de cuidado* é apreendido na *temporalidade* com três ápices: futuro (*ser-adiante-de-si-mesmo*), passado (*já-ser-em*) e presente (*estar-junto-das-coisas*) conjuntamente com os seus respectivos esquemas. Destarte, chega-se à diferença entre existir e interagir com o ente disponível que incide diretamente na modificação da temporalidade do *ser-estar-aí*, sendo que uma destaca a historicidade e a outra a intratemporalidade²⁸.

A interação com o *outro*, baseado na condição de coexistência, também é *cuidado*. Logo, *cuidado* não é a interferência, a determinação da situação ou condição do *outro*. Ele é o deixar livre e oportunizar que o *outro* realize sua condição *ser-estar-aí*, trata-se de permitir que o *outro* assuma sua condição de realizar-se com as próprias possibilidades. Deriva daí o desdobramento em responsabilidade a partir do *cuidado*, pois o modo de ocupar-se com os objetos e construir o próprio mundo, faz do *ser-estar-aí* responsável pelas suas condições de ser assim, como, pela *solicitude*, tem-se *cuidado* com os *outros*²⁹. Reside a forma inautêntica e a autêntica de coexistência, respectivamente³⁰.

MANN, Arthur (Hrsg.) Die ontologische Begründung des Rechts. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965. p. 377.

26 STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo”(Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 85-86, 89, 100.

27 HEIDEGGER, Martin. Über den Humanismus. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1947. p. 16.

28 STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre “Ser e Tempo”(Martin Heidegger). 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 115-116, 124; FRÖHLICH, Sandro. O cuidado como fundamento da compreensão onto-anropológica do Direito Penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 36-37; STEIN, Ernildo. Aproximações sobre a hermenêutica. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 68.

29 FRÖHLICH, Sandro. O cuidado como fundamento da compreensão onto-anropológica do Direito Penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 37-38, 40.

30 REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. História da filosofia: do romantismo até nossos dias. v.

3. SOLIDARIEDADE COMO FENÔMENO DO *SER-ESTAR-ÁI-NO-MUNDO-COM-OS-OUTROS*

A solidariedade apresenta-se como uma categoria ambígua e vaga, cujos fenômenos classificados como solidários devem ser criteriosamente analisados em sua circunstancialidade, principalmente quando tangencia a dinâmica jurídica. Neste sentido, não se trata de voluntarismo nem de fraternidade, mas de imposição em face da condição do *ser-estar-ai-com-outros-no-mundo*. Isto se deve ao fato de o Direito pressupor uma relação jurídica a envolver duas ou mais subjetividades, pois o *ser-com* social é a atualidade do *ser-estar-ai*³¹. Exatamente no comportamento relacionado ao *outro* há o perder-se a si mesmo, inescapável ao *ser-estar-ai*, que se situa o problema do Direito³².

3.1 DELIMITAÇÃO DA COMPREENSÃO JURÍDICA DE SOLIDARIEDADE

O Direito presume a existência social de reciprocamento entre as pessoas. A interação intersubjetiva, como a sociabilidade e a cooperação são manifestações da condição de existência do *ser-estar-ai-com* no Direito³³. O Direito inclui um comportamento de confiança (expectativa) em relação aos outros³⁴. Por isto, a presença da solidariedade independente da manifestação política do Estado e do Direito, porém, quanto mais voltado ao aspecto social estão o Estado e o Direito, mais central e fundamental será o papel do princípio da solidariedade. Neste sentido, a solidariedade deve ser traduzida para a esfera jurídica, diferenciando-se das demais esferas do conhecimento e do comportamento humanos.

A solidariedade é associada a termos como altruísmos, fraternidade, responsabilidade social, assistência social, direitos sociais, Estado social entre outros. Ela está baseada, por um lado, no reconhecimento da autonomia individual e, por outro lado, na consciência da dependência entre os membros de uma comunidade ou sociedade, tal é a semente desta concepção *aristotélica* ao aliar a *philia* – conexão interindividual (liberdade e igualdade) – com a *homónoia* – vinculação objetiva (harmonia)³⁵. Porém, ela não é concebida

3, 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005. p. 585.

31 LOIDOLT, Sophie. Einführung in die Rechtsphänomenologie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 207.

32 VILLANI, Antonio. Heidegger und das „Problem“ des Rechts. Übers. Erich Weis. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). Die ontologische Begründung des Rechts. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965. p. 359.

33 SCHOLZ, Sally J. Solidarity as a Human Right. In: Archiv des Völkerrechts. 52(1). Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 50.

34 VILLANI, Antonio. Heidegger und das „Problem“ des Rechts. Übers. Erich Weis. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). Die ontologische Begründung des Rechts. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965. p. 370.

35 PIAZOLO, Michael. Solidarität. Deutungen zu einem Leitprinzip der Europäischen Union.

como uma simples agregação de pessoas, mas seu caráter fundamental remete às concepções de bem comum e de justiça. O bem comum está voltado ao interesse geral constituinte da legitimidade do Estado e a justiça orienta o Direito em termos de integração social³⁶.

A solidariedade assume um viés mais pragmático do que a fraternidade, conceito antecedente bradado pela Revolução Francesa. A solidariedade ensejou assimilação das exigências da *justiça social* ao acentuar a igualdade material em termos de importância no contexto jurídico. Nota-se tal movimento com o advento do Estado social. Destaca-se que a variante cultural predominante de um individualismo (autodeterminação) tende a enfraquecer a solidarização³⁷, porém em um ambiente de domínio da solidariedade não se anula a autonomia, até mesmo pelo fato de o *ser humano* permanecer aberto à liberdade e à responsabilidade. Logo, não se trata de uma solidariedade (anti) utilizatrista – espécie de solidariedade contratualista –³⁸, mas de uma dimensão normativa de reconhecimento do *ser-estar-aí* do *si mesmo* e do *outro*, já que onto-antropologicamente se é livre *com-os-outros*.

Neste sentido, retoma-se a concepção *durkheimniana* da solidariedade orgânica fundada na interdependência da divisão do trabalho social (como um fato social) em sociedades plurais. A solidariedade como princípio jurídico não se baseia em subjetivismo e atitudes pessoais, isto ao observar o Estado a empregar o Direito a concretizar e a materializar o princípio da solidariedade. Desta feita, identifica-se três esferas de solidariedade: a social, a agregadora e a multinível. A solidariedade social ocorre entre os cidadãos à margem e por força do Direito. A solidariedade agregadora dinamiza-se entre as instituições públicas, já a multinível ocorre em complexo sistemas com diferentes níveis³⁹.

Destarte, pode-se estabelecer três níveis de *solidariedade* vinculados a abertura do *ser-estar-aí* ao *outro*. A *solidariedade máxima* está vinculada em uma posição altruísta, a exigência da disposição solidária parte intrinsecamente o *ser-estar-aí*, *e.g.*, um dever moral de ser solidário. A *solidariedade mínima* atrela-se à postura de tolerância pelo simples respeito ao *outro*, independente

Würzburg: Ergon, 2004. p. 37-38.

- 36 SOMMERMANN, Karl-Peter. Some reflections on the concept of solidarity and its transformation into a legal principle. In: *Archiv des Völkerrechts*. 52(1). Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 10-11.
- 37 MOURA, Bruno de Oliveira. Deveres de solidariedade no direito penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). *Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 104, 107.
- 38 *Vide*: MOURA, Bruno de Oliveira. Deveres de solidariedade no direito penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). *Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 110.
- 39 SOMMERMANN, Karl-Peter. Some reflections on the concept of solidarity and its transformation into a legal principle. In: *Archiv des Völkerrechts*. 52(1). Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 12, 15, 18 e 19.

do fundamento legitimador da tolerância⁴⁰, *e.g.*, respeito à diferença de opinião. A *solidariedade intermediária* consiste na observância dos comandos jurídicos como fundamento da postura solidária *e.g.*, contribuição para assistência social⁴¹.

3.2 SOLIDARIEDADE E O *SER-ESTAR-AÍ-COM-OS-OUTROS*

A relação do *ser-estar-aí* com os outros (*Mitsein*) é a dimensão social⁴² dos entes humanos que se propicia pela condição de solicitude. O *ser-estar-aí* não nasce isolado, ele o é devido aos e com os *outros*, ou seja, ele é na coexistência, é sua própria determinação⁴³. A vida é sempre com os outros em sociedade. A característica do encontro com os *outros* orienta-se para a própria existência do *ser-estar-aí*⁴⁴. O *ser-estar-aí-com* está aberto ao e com o *outro*, convivendo e relacionando-se dialógica e dialogadamente. A coexistência é condição ontológica a invocar a ideia de multiplicidade, liberdade de escolha do *outro*, respeitando suas escolhas, possibilidades e condições. A relação de cuidado (*Fürsorge*) com o *outro* não se realiza da mesma forma da com o objeto, não é uma relação instrumental. O relacionamento com o *outro* é tratá-lo como possuidor da condição do *ser-estar-aí*, possuindo o mesmo direito/dever de igual oportunidade de *ser a si mesmo* a realizar sua condição de existência⁴⁵ inserto na coletividade.

O levar em consideração do mundo do *ser-estar-aí* é o *mundo-com*⁴⁶. O cuidado (*Fürsorge*) manifesta-se de diversas formas – inclusive híbridas – sendo que as suas manifestações extremas consistem no intervencionismo-dominante e no protusivo-libertador⁴⁷. Por isto, o filósofo alemão não reduz o *si mesmo* a existência de fato, mas reconhece a abertura e o suportar a existência de fato, por conseguinte, o *Sorge* relacionado à ação com, para e contra os outros⁴⁸.

40 MASSAÚ, Guilherme Camargo. Tolerância e a vinculação entre o direito constitucional e o internacional. In: Revista Prim@ Facie. v. 21, n.47, 2022. p. 74-95.

41 Classificação com base em: MOURA, Bruno de Oliveira. Deveres de solidariedade no direito penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 112.

42 LOIDOLT, Sophie. Einführung in die Rechtsphänomenologie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 204.

43 WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del derecho. Trad. Felipe González Vicen. Buenos Aires: IB de F, 2005. p. 285.

44 HEIDEGGER, Martin. Sein und Zeit. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 118.

45 FRÖHLICH, Sandro. O cuidado como fundamento da compreensão onto-antropológica do Direito Penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 40-41.

46 HEIDEGGER, Martin. Sein und Zeit. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 118.

47 HEIDEGGER, Martin. Sein und Zeit. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001. p. 122.

48 VILLANI, Antonio. Heidegger und das „Problem“ des Rechts. Übers. Erich Weis. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). Die ontologische Begründung des Rechts. Darmstadt: Wissenschaft-

A solidariedade é a condição de possibilidade para que o *ser-estar-aí* reconheça sua responsabilidade em relação a si (forma inautêntica) e ao *outro* (forma autêntica) na medida em que há – nesta relação – a pressuposição do *ser-estar-aí-com-os-outros*. Neste contexto da divisão do mundo com outras subjetividades está projetado o *ser-estar-aí*, de tal forma que sem abertura (*cuidado*) ao *outro* – em que uma das dimensões desta abertura é solidariedade – não há a condição necessária da existência do *ser-estar-aí*. Trata-se da condição de coexistência.

4. O CUIDADO FUNDAMENTO DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO

A solidariedade encontra-se expressamente positivada nos objetivos fundamentais (Art. 3º, I) da CRFB, no comando normativo de construir uma sociedade mais solidária. Trata-se uma prescrição guiada aos poderes constituídos e às pessoas⁴⁹. Ela se constitui em um dos *Grundwerte*⁵⁰ instituídos pela CRFB a orientar a interpretação e a criação de normas e políticas mais específicas pelos Poderes Públicos e constitui-se como objetivo social⁵¹. Como cláusula de transformação, ela é uma das indicações de que a CRFB é uma constituição classificada como dirigente⁵². Como consequência, a solidariedade apresenta-se em várias dinâmicas jurídicas, transmutando-se em expressões jurídicas com maior delimitação e determinação⁵³. A fim de delimitar o âmbito dos exemplos, cita-se algumas densificações da solidariedade estabelecidas na CRFB: justiça social (Art. 170, *caput*, Art. 193, *caput*), solidariedade ambiente intergeracional (Art. 225, *caput*), assistência social (Art. 203, *caput*), previdência social (Art. 201) universalidade da saúde (Art. 196), educação (Art. 205, *caput*), deveres de assistência intergeracionais família (Art. 227, *caput*, Art. 229), renda básica familiar (Art. 6º, parágrafo único), direito à associação (Art. 5º, XVII, XVIII, XX, XXI, Art. 8º), interesse da coletividade (Art. 192, *caput*).

Destaca-se que em estas referências normativas, os comportamentos exigidos das pessoas e do Estado têm, implícita ou explicitamente, posturas solidárias referentes a si mesmo, a outras pessoas ou grupo de pessoas. Trata-se

liche Buchgesellschaft, 1965. p. 364, 369.

49 Ver: MASSAU, Guilherme Camargo; BAINY, André Kabke. The role of the fundamental objectives of Brazilian Federal Constitution: the dialectics system-problem. In: Rechtstheorie. 51 (3). Berlin: Dunker & Humblot, 2020. p. 367-377.

50 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Direitos humanos, Estado de direito e Constituição. Trad. Paulo Roberto Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021. p. 49.

51 PIAZOLO, Michael. Solidarität. Deutungen zu einem Leitprinzip der Europäischen Union. Würzburg: Ergon, 2004. p. 520.

52 BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32, 36-37.

53 COMPARATO, Fábio Konder. Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 579.

de um comportamento normativamente guiado que contribui – com algo ou a abertura (cuidado) – para consigo e para com outrem. Ao tomar como referência, e.g., a classificação da solidariedade como *máxima* (o caso do voluntariado)⁵⁴, como *mínima* (a não-discriminação) e a *intermediária* (os exemplos citados acima) conjuntamente com a concepção de *cuidado*, significando o *ser-estar-ái* diante de *si mesmo* e dos outros no mundo, ao deixar livre, ao agir e oportunizar para que o *outro* realize sua condição de *ser-estar-ái*. Situa-se, aí, a abertura para a solidariedade por meio do *cuidado*. Por conseguinte, o *deixar* e o *oportunizar* do *cuidado* tem na solidariedade uma das suas possíveis e incontornáveis manifestações. Destarte, pode-se compreender a solidariedade como uma manifestação do *cuidado heideggeriano*. Não existe experiência jurídica sem a presença do e interação com o *outro*, seja de forma determinada ou indeterminada, por consequência, há a presença do *cuidado*.

5. CONCLUSÃO

O texto analisou a concepção filosófica do *cuidado* em Heidegger como fundamento filosófico da solidariedade, especificamente no âmbito jurídico. Buscou-se estabelecer uma concepção dogmática da solidariedade aplicada ao Direito, situando o fundamento incontornável da presença da solidariedade na manifestação do fenômeno jurídico. Trata-se de reconhecer o Direito como fenômeno de interação social mediado pela imposição normativa, caracterizada por sua época e seu lugar. No caso em tela, a análise foi concentrada no aspecto filosófico que pode contribuir para fundamentar/orientar o sistema jurídico brasileiro, específica e exemplarmente no texto constitucional. Contudo, deve-se ter em consideração a densificação da solidariedade, também e principalmente, nas normas infraconstitucionais.

O *cuidado* em Heidegger possibilita visualizar a abertura do *ser-estar-ái* ao mundo e, fundamentalmente, ao *outro*. Isto indica a necessidade do *ser-estar-ái* posicionar-se de forma a não interferir injustificadamente e contribuir com o autorrealizar-se do *outro ser-estar-ái*. Esta abertura é o reconhecimento da existência do *outro* tal como a própria. A solidariedade perfaz-se em uma das manifestações do *cuidado* quando se está a lidar com interrelações. O Direito intermedeia estas interrelações na medida em que elas se tonam conflituosas, mas, também, por sua característica social, o Direito impõe o reconhecimento do *ser-estar-ái* do *outro* quando estabelece deveres de contribuição ao bem comum/ ao interesse público. Tais deveres de solidariedade beneficiam a sociedade em

54 MASSAU, Guilherme Camargo; MAMEDE, Alex Jordan Soares Monteiro. Cidadania, Estado social e solidariedade. Possibilidades e limites do voluntariado. In: BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita; LIMA, Newton de Oliveira; RODRIGUES, Raphael Silva; SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. Filosofia do direito e direitos humanos. (orgs.). Campina Grande: Papel da Palavra, 2023. p. 192-208.

geral, aos outros em particular e ao *ser-estar-aí* em momentos nos quais se necessita do Estado, da sociedade ou/e do *outro*.

A solidariedade juridicamente situada tem seu fundamento filosófico no *ser-estar-aí-com-os-outros-no-mundo*, assim como o *problema necessário pelo qual o Direito é convocado a atuar*⁵⁵. Por isto, o núcleo fundante do Direito é o *ser humano*. Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana deve ser o princípio guia de toda a estrutura jurídica. O Estado, um ente a servir e promover a dignidade da pessoa humana, possui o *ser humano* como seu fim. A solidariedade como um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico só pode se manifestar em prol do *ser humano*. O *cuidado* é abertura ao *em si* e ao *outro*, trata-se do viés de reconhecimento da *humanidade* do *ser-estar-aí*.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

FRÖHLICH, Sandro. O cuidado como fundamento da compreensão onto-anropológica do Direito Penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). **Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 31-50, 2021.

HEIDEGGER, Martin. **Die Grundprobleme der Phänomenologie**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 18 Aufl. Tübingen: Niemeyer, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Über den Humanismus**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1947.

LOIDOLT, Sophie. **Einführung in die Rechtsphänomenologie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

MASSAÚ, Guilherme Camargo; BAINY, André Kabke. The role of the fundamental objectives of Brazilian Federal Constitution: the dialectics system-problem. In: **Rechtstheorie**. 51(3). Berlin: Dunker & Humblot, pp. 367-377, 2020.

MASSAÚ, Guilherme Camargo; MAMEDE, Alex Jordan Soares Monteiro. Cidadania, Estado social e solidariedade. Possibilidades e limites do voluntariado. In: BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita; LIMA, Newton de Oliveira;

55 NEVES, Antônio Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: *Digesta*. v. 3. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 9-11.

RODRIGUES, Raphael Silva; SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho (orgs). **Filosofia do direito e direitos humanos**. Campina Grande: Papel da Palavra, p. 192-208, 2023.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Tolerância e a vinculação entre o direito constitucional e o internacional. In: **Revista Prim@ Facie**. v. 21, n. 47, pp. 74-95, 2022.

MOURA, Bruno de Oliveira. Deveres de solidariedade no direito penal. In: NETO, João Alves Teixeira (org.). **Às voltas com o Direito e a Filosofia: estudos em homenagem a Ernildo Stein por seu 85º aniversário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 99-125.

NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: **Digesta**. v. 3. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 9-41.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos humanos, Estado de direito e Constituição**. Trad. Paulo Roberto Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

PIAZOLO, Michael. **Solidarität**. Deutungen zu einem Leitprinzip der Europäischen Union. Würzburg: Ergon, 2004.

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias**. v. 3, 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005.

ROMANO, Bruno. **Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger**. Milano: Giuffrè, 1969.

SANTOS, Eder Soares. Variações sobre o conceito de homem em Heidegger. In: **Ethic@**. v. 18, n.2, Florianópolis, pp. 223-244, 2019

SCHOLZ, Sally J. Solidarity as a Human Right. In: **Archiv des Völkerrechts**. 52(1). Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 49-67, 2014.

SOMMERMANN, Karl-Peter. Some reflections on the concept of solidarity and its transformation into a legal principle. In: **Archiv des Völkerrechts**. 52(1). Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 10-24, 2014.

STEIN, Ernildo. **A caminho do paradigma hermenêutico**. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2017.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre a hermenêutica**. 2 ed. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3 ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo” (Martin Heidegger)**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho**. Trad. Felipe González Vicen. Buenos Aires: IB de F, 2005.

VILLANI, Antonio. Heidegger und das „Problem“ des Rechts. Übers. Erich Weis. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). **Die ontologische Begründung des Rechts**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 350-404, 1965.

Recebido em: 28/02/2024

Aprovado em: 01/07/2024

NAVIGATING THE REGULATORY LANDSCAPE OF VOLUNTARY SUSTAINABILITY STANDARDS IN INTERNATIONAL FOOD TRADE: A MULTILATERAL INTERPLAY

NAVEGANDO PELO CENÁRIO REGULATÓRIO DOS PADRÕES VOLUNTÁRIOS DE SUSTENTABILIDADE NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS: UMA INTERAÇÃO MULTILATERAL

JIANGYUAN FU*

ABSTRACT

Voluntary sustainability standards (VSSs) are non-mandatory criteria designed to foster sustainable practices throughout the global supply chain. These standards are particularly prevalent in the agri-food sector, where they aim to support wider public policy objectives such as sustainable food production, animal welfare, healthy lifestyle, and labour conditions. Significant challenges arise from the fact that VSSs, despite their voluntary nature, they often impose mandatory effect in the global supply chain. They also often lack easily-identifiable features of the product themselves. These create systematic problems for the global food trade system, where conventional regulation address governmental measures on goods with specific inherent characteristics that can be clearly identified in the final product. This article explored the inter-relationship among private VSSs, national regulations and international treaties within the agri-food industry. It highlights ambiguity surrounding the regulatory framework for VSSs under the WTO law, noting the absence of a consensus on how relevant provisions should be interpreted. Despite the diversity among various VSSs, this article argues for the potential for harmonization and equivalence among VSSs. By aligning various VSSs and with technical regulations, it is possible to strike a balance between trade liberalization and promotion of sustainable practices.

KEYWORDS: Voluntary sustainability standards. Food regulation. WTO Law.

RESUMO

Os padrões voluntários de sustentabilidade (VSSs) são critérios não obrigatórios criados para promover práticas sustentáveis em toda a cadeia de suprimentos global. Esses padrões são particularmente predominantes no setor agroalimentar, onde visam apoiar objetivos mais amplos de políticas públicas, como produção sustentável de alimentos, bem-estar animal, estilo de vida saudável e condições de trabalho. Desafios significativos surgem do fato de que os VSSs, apesar de sua natureza voluntária, geralmente impõem um efeito obrigatório na cadeia de suprimentos global. Além disso, muitas vezes não apresentam características facilmente identificáveis do próprio produto. Isso cria problemas sistêmicos para o sistema global de comércio de alimentos, em que a regulamentação convencional aborda medidas governamentais sobre produtos com características inerentes específicas que podem ser claramente identificadas no produto final. Este artigo explorou a inter-relação entre VSSs privados, regulamentações nacionais e tratados internacionais no setor agroalimentar. Destaca-se a ambiguidade em torno da estrutura regulatória para VSSs de acordo com o direito da Organização Mundial do Comércio (OMC), observando a ausência de um consenso sobre como as disposições relevantes devem ser interpretadas. Apesar da diversidade entre os diversos VSSs, este artigo defende o potencial de harmonização e equivalência entre os VSSs. Ao alinhar vários VSSs e regulamentos técnicos, é possível

* Doctor, Assistant Professor at School of Law and Criminology, National University of Ireland Maynooth. E-mail: Jiangyuan.fu@mu.ie.

encontrar um equilíbrio entre a liberalização do comércio e a promoção de práticas sustentáveis.

PALAVRAS-CHAVE: *Padrões voluntários de sustentabilidade. Regulamentação de alimentos. Direito da OMC.*

I. INTRODUCTION

Voluntary Sustainable Standards (VSSs) are sustainability systems designed to help producers, businesses, and other economic actors achieve sustainable development outcomes in global food supply chains. The food we eat undergoes a systematic domino-like process from farm to tables. In recent years, there has been growing recognition of the complexity of food system and the relevance of food policy to wider public policy goals. These goals encompass not only food safety but also concerns related to sustainable production, food poverty, animal welfare, healthy eating lifestyle and labour condition. VSS are introduced as market-based tools that “prescribe a set of social, economic and/or environmental requirements that economic actors can voluntarily comply with to make their production and processing practices more sustainable”.¹ Consequently, policymakers must account for these policy agendas when engaging in food-related regulations. Extensive evidence indicates that our way of food production and consumption has a significant impact on both our food and our environment.

From a production-based perspective, food production has contributed to soil degradation, competition for farmland productivity, loss of biodiversity, pressure on water availability.² All these issues are intertwined with the dynamics of environmental degradation,³ and climate change.⁴ Some common food-borne

1 United Nations Conference on Trade and Development, *Voluntary Sustainability Standards in International Trade* (United Nations 2023) <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210022750>>.

2 Agriculture and food are water-intensive industries. It has been estimated that agriculture accounts for 92% of the human water footprint. Food industry also has a large share in the global water flow, for example, cereals 17%, industrial foods 12%, cocoa 8%, beef 7%.

3 The heavy reliance on pesticides and fertilisers and their effects on wildlife soil and water sources and the ecosystem health have been well documented. Carolyn Denton, ‘How Are Food and the Environment Related?’ (26 April 2016) <<https://www.takingcharge.csh.umn.edu/how-are-food-and-environment-related>> accessed 29 September 2024.

4 It has been estimated that the greenhouse gas emissions from agriculture, forestry and other land use account for 24% of anthropogenic emissions. (in 2010). Pete Smith and others, ‘Agriculture, Forestry and Other Land Use (AFOLU)’ in O Edenhofer and others (eds), *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change* (Cambridge Univ Press 2014). The emissions in food processing vary depending on the methods used and the technology adopted. The post-production stage, which is often neglected in literature, also contribute to significant anthropogenic emissions, due to trade globalisation and improvements in logistics and transportation. For example, in the UK, post-production emissions make up 50% of total food system emissions. Tara Garnett, ‘Where Are the Best Opportunities for Reducing Greenhouse Gas Emissions in the Food System (Including the Food Chain)?’ (2011) 36 *Food Policy* S23.

diseases are increasingly linked to environmental exposure; while the rising frequency of floods and droughts has a pronounced impacts on food supply.⁵ The mutual impacts of food production and environment have led to serious social concerns. Therefore, one important role of food policy is to promote support for more sustainable, environmental friendly and higher quality food.

From a consumption-based perspective, food policy is gaining increasing attention for population-wide health interventions⁶ that encourage sustainable diets and healthy lifestyles for present and future generations. This includes food policies that promote healthy lifestyle consumption behaviours and prevent obesities and other non-communicable diseases (NCDs) in developed and the emerging economies. The interconnected agendas of food safety, sustainable production, biodiversity, lifestyle and wellness, social equality and labour incomes, underscore a more holistic and comprehensive approach to food policy. There is now an urgent need for governance of food trade in order to address the multi-dimensional VSSs present in the food system across its varies supply chains.

In the private sector, there has also been an increasing number of standards and initiatives with qualitative, environmental and social objectives covering issues such as sustainable farming, waste management, emission limits, labour standards, animal welfare. A notable example is the Rainforest Alliance Certification in Brazilian coffee production, which has gained significant attention for its focus on sustainability. This VSS certification aims to address qualitative, environmental, and social objectives, including sustainable farming practices, waste management, labor standards, and animal welfare. The impetus behind this trend is the increasing consumer demand for sustainably produced goods, particularly among wealthier and more educated consumers who are more discerning and critical of their food choices. They seek not only food safety but also transparency regarding production methods at both the farm and processing levels.

VSSs often do not represent easily identifiable and testable features of the product itself, and are typically not recognised by conventional food safety regulations.⁷ This raises the concept of “like products”, which is an essential element in the international trade system. Such ambiguity leads to regulatory confusion and increases potential trade distortions. In high-standard countries, some groups fear a “race to the bottom” as governments compete to attract investment by lowering their standards. The lower-standard countries, mostly developing countries, on the other hand, fear being forced to raise their

5 Tara Garnett and others, ‘What Is a Sustainable Healthy Diet? A Discussion Paper’.

6 World Bank, *World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior* (2015).

7 Tim Josling, Donna Roberts and David Orden, *Food Regulation and Trade: Toward a Safe and Open Global System* (2004) 152.

standards in the early stages of their development and thus lose their competitive advantage in the international trade arena. Private VSSs can further create trade restrictions especially those that aim to increase product differentiation and provide consumers with informed choices. Therefore, both food public policy and private VSSs appear at the centre of trade disputes and are regarded as technical barriers to trade. This article focuses on the nature and interactions of private, national and international VSSs in the food system and their trade implications. It begins with an overview of the current situation regarding agri-food VSSs introduced at different levels of governance and follows with the discussion of potential regulatory space for private VSSs, exploring whether gaps be bridged through harmonisation and equivalence across sectors.

II. MULTILATERAL APPROACHES TO VSSS

A. PUBLIC VSSS ENDORSED BY GOVERNMENT AGENCIES

Public VSSs are standards developed or endorsed by government agencies or international organizations. At national level, emerging food regulatory issues present significant challenges to conventional food safety regulations. One of the most contentious aspects of food public policy revolves around the processes attributed to achieve quality, environmental protection and social goals. As a result, many countries in the world are now facing additional choices in how to regulate these credence characteristics in food and guide industry practices. When countries choose different approaches to regulations, tensions will arise.

1. Public VSSs on Organic Food

Consumers buy organic food for its higher quality, freshness, health benefits, and also for environmental concerns, local considerations and lifestyle choice.⁸ The complexity of these attributes is linked to different aspects of food regulations. The quality attribute is more of a product characteristic whereas the environmental concerns of organic food are substantially in relation to process regulations which examine the life-cycle effect of a product on the environment in which the food is produced. Hence, organic regulations vary from country to country.

The European Union takes a proactive approach to organic food production and labeling and has led the early waves of regulatory activities towards organic food. The EU regulatory activities date back to 1991 when the EU Council Regulation on Organic Foods (EEC No.2092/91) was passed in response to consumer demand for organically-produced agricultural products and foodstuffs. The European Union has established comprehensive regulations

8 *ibid* 170.

governing organic production and labeling through Regulation (EU) 2018/848, which came into effect in 2022. This regulation replaces the previous framework set by Regulation (EC) No. 834/2007 and aims to enhance the integrity and sustainability of organic farming across the EU. It sets out the overarching sustainability goals, with strict requirements on labeling and traceability, reflecting the EU's commitment to high standards in organic farming and food production that is environmentally friendly and socially responsible.

In China, the Environmental Protection Administration (EPA) was the first governmental authority that worked on organic products in early 1990s. The Chinese National Organic Products Standard (GB/T 19630-2011) was jointly made by the EPA and other related governmental authorities and was revised in 2019 (GB/T 19630-2019), covering mandatory requirements for organic production, processing, labeling, and management. In the same year, the central certification body, Certification and Accreditation Administration (CNCA), released revised certification rules to further streamline certification practices. The Chinese National Organic Product Standard is based on international norms with added emphasis on contamination by pollutants and prohibited materials and quality management systems, especially record keeping and traceability. China's new standard for the application of organic product certification is considered among the strictest in the world for organic agriculture.

Brazil has a robust regulatory system for organic agriculture, with Ministry of Agriculture, Livestock and Food Supply (MAPA) overseeing mandatory certification. Organic Law 10.831/2003 has established the basic requirements for organic production and Decree 6.323/2007 has provided details on the application of the Organic Law, including control mechanisms, technical standards, accreditation, certification, labeling, and permitted inputs.⁹ The regulations aim to promote domestic organic production while ensuring consumer confidence. With that being said, Brazil does not recognize organic certifications from other countries. Imported organic products must be certified by a MAPA-approved body.

Until now, there has been no unified definition of organic products. Despite the emergence of organic standards and regulations, there are significant differences among national standards from different countries. The credibility of different standards is another policy issue. This constitutes a trade irritant and the equivalence and mutual recognition among different jurisdictions is seen as unfruitful.

⁹ 'Decree-No-06-323-2007-Guidelines-for-Organic-Agriculture' <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/sustentabilidade/organicos/legislacao/ingles/decree-no-06-323-2007-guidelines-for-organic-agriculture.pdf>> accessed 29 September 2024.

2. Public VSSs on Animal Welfare

Animal welfare is also a desirable attribute for certain consumers when attached to food. Meat consumers may want to know how animals are treated when alive. The trend of animal welfare regulations starts in the 1970s when animal abuses received public attention. Later in some rich developed countries, animal welfare became a regulatory concern.

The EU has a comprehensive legal framework governing animal welfare, and early regulatory activities started from 1986.¹⁰ Since the 1990s, the EU has been actively involved in animal welfare regulations, and have enacted a number of regulations that set minimum welfare standards for various farm animals. In 1992, a declaration on animal welfare was annexed to the Treaty of the European Union. Examples of EU animal welfare regulations include the European Convention for the Protection of Animal for Slaughter, which specifies the rules for slaughterhouse conditions and the slaughtering processes;¹¹ the European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes outlines general requirements for confining animals;¹² EU Directive 1999/74/EC lays down minimum standards for the protection of laying hens; and the European Convention for the Protection of Animals During International Transport provides regulations for the treatment of animals during transport, and specifies the intervals during which animals are to be fed and the space in which they can be confined.¹³ In 2017 the Commission established the expert group ‘Platform on Animal Welfare’ (Decision 2017/C 31/12), with an aim to support coordinated actions on animal welfare among competent authorities, businesses and civil society. Over the past decade, the EU animal welfare legislation has evolved on the basis of sound scientific knowledge, improving the quality of animals’ lives in accordance with citizen’s expectations and market demands.

In Brazil, a series of Normative Instructions have been introduced to provide recommendations for good animal welfare practices at various stages of production and transportation for animals. A dedicated technical commission (Permanent Technical Commission on Animal Welfare) has been established to promote animal welfare actions across different sectors and to encourage agreement to advance animal welfare. Despite all these efforts, the country is

10 Council of the European Union, Council Directive 86/113/EEC of 25 March 1986 laying down minimum standards for the protection of laying hens kept in battery cages 1986.

11 Council of the European Union, Council Directive 93/119/EC of 22 December 1993 on the protection of animals at the time of slaughter or killing 1993.

12 Council of the European Union, Council Directive 98/58/EC of 20 July 1998 concerning the protection of animals kept for farming purposes 1998.

13 Council of the European Union, Council Directive 91/628/EEC of 19 November 1991 on the protection of animals during transport and amending Directives 90/425/EEC and 91/496/EEC.

still facing challenging in fully aligning with international best practices and standards.

In many countries, animal welfare is not a sensitive issue, and in those countries, there are no such regulations on animal welfare. In China, despite the existence of wildlife protection laws, along with a draft proposal of animal protection law released in 2009,¹⁴ food safety with regard to human health and life is the primary focus of food regulation. So far, there has been no specific nationwide laws against animal mistreatment. Animal welfare issue seems to be an indulgence when food safety problems have yet to be solved.

These emerging issues create systematic problems for the global food trade system. Conventionally, regulation of goods with certain inherent characteristics can be revealed in final content information of the products. Therefore, the control of food products can be done on the product and its content attributes. With the emerging VSSs on process attributes, the concept of “like products” which is an essential element in the trading system brings about the potential for regulatory confusion.

B. VSSS IN INTERNATIONAL REGIME

1. WTO

The international governance of food regulation was strengthened by the revised and new agreements at the Uruguay Round negotiations in 1994. The Standard Code¹⁵ was revised to become the WTO Technical Barriers to Trade Agreement (TBT Agreement), and a new Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) was produced that specifically targets animal, plant and human life and health in response to the emerging world-wide food safety scandals. Measures that do not apply to SPS measures identified in the SPS Agreement may be TBT measures.¹⁶ These include measures in relation to quality specification, and measures in protection of environment, consumer interest other than food safety, and animal welfare etc.

14 The draft proposal has not yet been adopted by the legislature and it must go through legislative process of the National People's Congress.

15 The Standard Code, also called Agreement on Technical Barriers to Trade was produced in GATT Tokyo Round negotiations, which established obligations to ensure mandatory regulations, voluntary standards, and conformity assessment procedures were not applied to create unnecessary obstacles to trade.

16 SPS measures are defined as “measures that are applied to protect human or animal life from risks arising from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in their food; to protect human life from plant- or animal-carried diseases; to protect animal or plant life from pests, diseases, or disease-causing organisms; to prevent or limit other damage to a country from the entry, establishment or spread of pests; and to protect biodiversity”. See United Nations Conference on Trade and Development, ‘International Classification of Non-Tariff Measures’ (UN, 2012) ch A <<http://digitallibrary.un.org/record/789390>>.

The new agreements and the new dispute settlement procedures have spurred a number of requests for international panels to review the food-related measures that restrict trade. Notably, 70% of the complaints citing violations of the TBT Agreement relate to food regulations, with reference to environmental measures and animal welfare alongside food safety measures.¹⁷ This again shows the multi-dimensional objectives in food regulations. In international food trade, the conventional food safety governance is mostly, though not confined to regulations of final food products. When there is a risk to human life and health, a complete ban happens mostly. Unconventional food issues, for example, environmental sustainability of food production, organic farming and animal welfare concerns, focus more on the process attributes of the food system. Regulatory measures in response to these unconventional are mostly measures in the form of bans on exporters that do not live up to some particular process or production methods (PPM) requirements.

Under the WTO General Agreement on Tariffs and Trade, PPM-based trade measures should not be found to be in violation of GATT general provisions. Measures that constitute a quantitative restriction,¹⁸ or treat imported products less favourably than the “like products” from domestic or other foreign sources,¹⁹ should be justified under one of the exceptions of Article XX.

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination of international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of the measures:

- (a) Necessary to protect public morals;
- (b) Necessary to protect human, animal or plant life or health
-
- (g) Relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures or consumptions are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.

Paragraph (a) to (g) contains a list of measures with multiple social concerns. Such measures are usually manifested as responses to national public policies. Paragraph (a), (b) and (g) are especially relevant to international food trade, and the related public policies such as animal welfare, consumer health and sustainable production are often applied to food system. Despite its coverage in the list of exceptions, Article XX GATT requires a two-step analysis. A measure needs to fit within one of the exceptions of the Article XX listing, and also needs to be evaluated under the wording of the introductory clause, commonly known

17 Josling, Roberts and Orden (n 7) 63.

18 General Agreement on Tariffs and Trade 1994 art XI.

19 *ibid* I and III.

as the “chapeau”, which constitutes a final test to ensure that the application of the measures does not amount to “unjustifiable” or “arbitrary discrimination.”²⁰ Therefore, WTO members are free to implement national regulations to protect the environment under Article XX(g), on condition that these regulations are WTO-consistent.

Above all, the WTO is a trade-oriented institution, and social concerns are relatively new. Members differ in the importance they place on different public policies depending on their income, preferences and cultural history, etc. This inevitably leads to trade disputes in the international food trading system. The Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement) is a more modern agreement rooted in the Tokyo Round in the 1970s, with later updates in the Uruguay Round in the 1990s.²¹ This Agreement is a *lex specialis* with respect to more generally-applicable GATT. It sets out rules for technical regulations, voluntary standards, and conformity assessment procedures that are not covered by the SPS Agreement.²² This new agreement has spurred more requests for international panels to review food-related measures that restrict trade. Therefore, the TBT Agreement is becoming increasingly important as governments promulgate more regulations and standards that specify characteristics of a product or processing methods and compliance is mandatory. In the meantime, private standards applied by entities such as supermarket chains are increasingly prevalent. These private standards and schemes are developed by private institutions such as International Dairy Federation (IDF) and the International Organization for Standardization (ISO) etc. While these international standards themselves are voluntary, compliance is mandatory only for members. Nevertheless, they often serve as reference points in the global food system, imposing *de facto* mandatory requirements in the food supply chain. Like the SPS Agreement, TBT Agreement also encourages members to use international standards;²³ however, it does not explicitly recognise specific international standard organisations. It is up to WTO members to decide which international standards are relevant. The TBT Agreement requires members to ensure their central governmental standardising bodies adhere to Code of Good Practice set out in Annex 3 of the Agreement, and also take reasonable measures to ensure other governmental and nongovernmental standard organisations within their territory comply with the code. However, in practice, the diverse food regulations and standards in the market that have potential to affect trade

20 Appellate Body Report, ‘United States- Imported Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products’ (1998) WT/DS58/AB/R para 161,177.

21 Agreement on Technical Barriers to Trade. [hereinafter TBT Agreement]

22 *ibid* Art 1.5.

23 *ibid* 2.4.

significantly have become battlegrounds at the centre of the most prominent disputes.

More significantly, TBT Agreement sets out key principles of “non-discrimination” and “least trade restrictive measures” for members to follow. Article 2.1, the non-discrimination provision, is a combination of national treatment and most favoured nation (MFN) obligations with respect to technical regulations. Article 2.2, the necessity provision, provides that technical regulation “shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil legitimate objectives”. These “legitimate objectives” include, *inter alia*, national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health; or the environment. Despite the encompassing social concerns in the food system, the necessity test remains challenging, and in most cases, members can always propose a reasonably available alternative to the challenged measure that is less trade restrictive.²⁴

2. MEAs

Outside the WTO framework, sustainable food has risen up the political agenda and formed a major part of the new UN Sustainable Development Goals and Sustainable Cities and Regions agenda.²⁵ This challenges governments around the world to think about the multi-dimensional issues and their interlocking features in the food system and revise their food policies. Governments also negotiate food-related issues in multilateral environmental agreements (MEAs). There are currently 250 multilateral environmental agreements (MEAs) in force dealing with various environmental issues. About 15 of these MEAs include provisions to control trade in order to prevent damage to the environment,²⁶ such as the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) and the Convention on Biological Diversity (CBD), that are of most relevance to food system since animal-source foods and plant-derived foods are the two main source of human food consumption. These MEAs contain measures that prohibit trade in certain species or products or that authorise signatory countries to restrict trade in certain circumstances. This is potentially in conflict with the WTO “non-discrimination principle” to the extent that MEAs can authorise trade of a specific product between parties, but

24 For example, in the US – Tuna II, the Appellate Body found that Mexico had indeed proposed an alternative measure that was less trade restrictive. See Appellate Body Report, ‘US – Tuna II’ WT/DS381/AB/R 330–331.

25 AS Morley, TK Marsden and KJ Morgan, ‘Food Policy as Public Policy: A Review of the Welsh Government’s Food Strategy and Action Plan’.

26 WTO, ‘The Doha Mandate on Multilateral Environmental Agreements (MEAs)’ <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_neg_mea_e.htm> accessed 29 September 2024.; WTO, ‘WTO Matrix on Trade-Related Measures Pursuant to Selected Multilateral Environmental Agreements (MEAs)’ <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_matrix_e.htm> accessed 29 September 2024.

ban trade of the same product with countries that are not signatories. In the 1994 Marrakesh Ministerial Decision on Trade and Environment, the Committee on Trade and Environment (CTE) was tasked to identify the relationship between trade measures and environmental measures in order to promote sustainable development.²⁷

However, in terms of the environmental protection of animals and plants, the MEAs do not provide an all-round protection of endangered species, and consequently, members may decide to protect these species through trade measures; for example, the United States has measures in place to protect endangered sea turtles. In relation to animal welfare, farming, transportation and slaughter of animals for animal products are significant concern in international food trade. The level of animal protection differs from country to country. So far, despite some few regional animal welfare conventions in force,²⁸ there are no international agreements on animal welfare. The smaller the number of hard law treaties on animal welfare issues that exist, the more likely it is that governments will resort unilateral trade measures to protect animal rights, and therefore, cause trade tensions.

C. PRIVATE VSSS IN FOOD SYSTEM

The past decade has witnessed a trend towards private governance of non-safety issues in the food industry. In the early 1980s, corporate responses to social concerns including environmental protection and animal welfare agendas were largely reluctant and even hostile.²⁹ Since the late 1980s, many corporations have started to incorporate environmental goals as well as animal welfare standards into their corporate strategy, and to promote “win-win” solutions that further both business economic and public social interests in response to government failure and changing consumer attitudes.³⁰ This new and proactive response was particularly visible during in the Rio Earth Summit 1992, where individual firms and organisations such as the International Chamber of Commerce (ICC) lobbied for more market-oriented and self-regulatory models of environmental governance, and sought to shape and influence global environmental politics.³¹

27 WTO, 'Items on the CTE's Work Programme' <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/cte00_e.htm> accessed 29 September 2024.

28 For example, European Convention for the Protection of Animals During International Transport, Paris, 13 December 1968, European Treaty Series, No 65,103,196; European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes, Strasbourg, 10 March 1976, European Treaty Series, No 87,145; European Convention for the Protection of Animal for Slaughter, Strasbourg, 10 May 1979m European Treaty Series, No 102.

29 Robert Falkner, 'Private Environmental Governance and International Relations: Exploring the Links' (2003) 3 *Global Environmental Politics* 72.

30 Michael E Porter and Claas van der Linde, 'Green and Competitive: Ending the Stalemate' in Emiel FM Wubben (ed), *The Dynamics of the Eco-Efficient Economy* (Edward Elgar Publishing 2000) <https://ideas.repec.org/h/elg/eechap/2278_2.html>.

31 Stephan Schmidheiny, *Changing Course: A Global Business Perspective on Development and*

The ISO 14000 series represent corporate efforts to lay down principles for environmental self-regulation, and demonstrate the businesses' abilities to regulate themselves. Up to the present day, there are over 2,300 global firms that have endorsed the Business Charter for Sustainable Development developed by the ICC, and more than 46,000 firms have been certified as compliant with ISO 14001. Such private standards and initiatives in relation to the food industry include: GlobalGAP,³² The Carbon Trust Standard,³³ The Marine Stewardship Council,³⁴ and The UTZ Certified,³⁵ among others. Such VSSs are civil regulations that are private, voluntary, and specify the responsibilities of firms for addressing environmental performance and animal welfare issues. They exist in parallel to governmental regulations and are considered soft law rather than legally-enforceable standards.³⁶ Violators usually face social or market penalties rather than legal sanctions.

Unlike most public food safety initiatives that are essentially incident-driven, the proliferation of private unconventional, non-safety regulations has resulted for a number of interconnected reasons. Firstly, the inadequacy of national and international rules on social policy has prompted NGOs to monitor existing rules and in some cases, create their own codes of conducts and compliance system. Secondly, the acceleration of economic integration and the growth of international food companies and global brands, particularly multinational corporations (MNCs) has heightened the importance of reputation in consumer markets. Any threat to the reputation may lead to grave disaster for the company and brand, making VSSs crucial determinant in international competitiveness.³⁷

Corporate social responsibility has become another driving force in the development of private VSSs. Most VSSs stem from citizen campaigns against particular companies, industries, or business practices, on issues such

the Environment, vol 1 (MIT press 1992).

32 GlobalGAP is an “umbrella” standard for in primary food sector. In addition to most important food safety part, GlobalGAP also includes requirements for environment and animal welfare such as animal transport. See <http://www.globalgap.org> .

33 Carbon Trust certifies organisations that have measured, managed and genuinely reduced their carbon foot print and committed to making further reductions year on year. See <https://www.carbontrust.com/home/>

34 The Marine Stewardship Council (MSC) is one of the important organisations that promote sustainable fishing industry. The MSC fishery certification program and seafood ecolabel recognise and reward sustainable fishing. See <http://www.msc.org>

35 The UTZ Certified is to achieve sustainable agricultural supply chain, that meet the growing needs and expectations of farmers, the food industry and consumers. See <http://www.utzcertified.org>

36 Kenneth W Abbott and Duncan Snidal, ‘Hard and Soft Law in International Governance’ (2000) 54 *International organization* 421.

37 Kym Anderson, ‘Environmental and Labor Standards: What Role for the WTO?’ [2001] *The WTO as an International Organization*, Chicago, IL 231.

as unsustainable agriculture and aquaculture practices, business investment that adversely affects environmental quality and animal welfare, etc.³⁸ The “naming and shaming” of public has visibly affected large international firms, compelling global firms to act more responsibly. As a result, food companies show their commitment to sustainable development by binding themselves to VSSs that elaborate on such interests.³⁹ Some food MNCs adopted their own company-specific codes of conduct and some adopted industry-wide norms on environmental protection, animal welfare and labour standards etc. For instance, Nestle has started life cycle assessment studies and collaborated on broader industry initiatives to reduce environmental impact of their product packaging.⁴⁰ This trend has enabled MNCs to more easily acquire and disseminate information about global environmental sustainability and animal welfare practices, further facilitating the growth of VSSs.

Income growth and the expanding knowledge of consumers have also contributed to private VSSs on environmental sustainability and animal welfare. As people become more affluent, they tend more readily reach social consensus on what are appropriate environmental sustainability initiatives and animal welfare standards, and can afford implement solutions to these concerns. Additionally, “industries seek safety in numbers”,⁴¹ forming a “herd effect”, by subscribing to industry-wide VSSs and partnering with NGOs and industry associations to monitor their supply chain. Corporate sustainable practices have already become a business “norm” with VSSs serving as important components of business risk management.

Lastly, social issues, particularly environmental concerns are often complicated by externalities associated with global problems that transcend national boundaries. The rapid spread of the export-oriented food industry in a numerous countries has significantly depleted natural resources and generated substantive negative externalities, such as waste in the environment. In response, NGOs have actively participated in regulation at both national and international levels to address this free-riding problem, and have challenged global firms to internalise their negative environmental and social externalities. Cross-actor cooperation with the participation of NGOs and MNCs is believed to enhance

38 Tim Bartley and Curtis Child, ‘Shaming the Corporation: Globalization, Reputation, and the Dynamics of Anti-Corporate Movements’, *annual meeting of the American Sociological Association, New York*. Available at http://www.allacademic.com/meta/p184737_index.html. (Accessed March 1, 2009.) (2007).

39 Bernd Meulen, ‘The Anatomy of Private Food Law’ (2011).

40 Nestlé, ‘Nestlé’s Life Cycle Approach: Environmental Sustainability’ (12 October 2010) <https://www.nestle.com.sg/media/newsandfeatures/2010_nestle_life_cycle_approach> accessed 29 September 2024.

41 A Maitland, ‘Industries Seek Safety in Numbers’ (2005) 1 Financial Times, Special Report: Focus on Ethical Supply Chains.

the effectiveness and legitimacy of those social norms while alleviating the burden on states in implementing these norms.

In the unconventional non-safety food governance, where multi-dimensional issues co-exist, national regulations and international agreements are weak, lacking or non-existent. Some environmental and social values are embedded into the marketplace emerging as alternatives to regulate market behaviour,⁴² and playing important roles in the global food market.

Private initiatives and standards usually emerge and are seen as filling the void in public regulations and functioned as the “rule of the game” in the global food business. Although these private VSSs are voluntary in nature, once a producer, manufacturer or supplier is signed in, they are subject to the enforcement. This mechanism resembles state regulation and is effectively mandatory, as firms cannot easily abandon a VSSs without consequences due to supply and demand pressures. Moreover, VSSs are forcing domestic and even worldwide standards upwards by combining social, economic and environmental interests in the private policy-making process.⁴³

The upward pressure on VSSs can generate direct material incentives along the supply chain and create niche markets for food businesses in order to alter their competitiveness within the industry. Firms develop their own standards to encourage the market uptake to maximise profit, often promoting their VSSs through public and marketing relations. Such VSSs can create product differentiation and lead to a premium price in the marketplace. Certification schemes of these standards formally differentiate products based on the qualities associated with the product, process and the place of production.⁴⁴ Business operators may be directly appealed to with the lure of a price premium, and promote food production in ethical, environmentally sustainable and socially just ways through a range of practices including the use of VSSs, third party auditing and product labelling.

Private VSSs also bring together many diverse actors and interests in order to facilitate solutions to global environmental, social and economic problems. They provide forums for discussion and consensus, on both technical and practical aspects of the food industry, offering mechanisms to verify compliance. These forums allow firms to learn from one another, formulate best practice and learn how to respond effectively to improve their performance. Through standard development, certification and accreditation processes, cooperation

42 John Ruggie, ‘Global Markets and Global Governance: The Prospects for Convergence’, *Global liberalism and political order: Toward a new grand compromise* (2007) 23.

43 Errol E Meidinger, ‘Private Environmental Regulation, Human Rights, and Community’ (1999) 7 *Buff. Envtl. LJ* 123.

44 Brian Ilbery and others, ‘Product, Process and Place: An Examination of Food Marketing and Labelling Schemes in Europe and North America’ (2005) 12 *European Urban and Regional Studies* 116.

among individual stakeholders in the food supply chain is strengthened. A typical example of such is Forest Stewardship Council (FSC), which is regarded as a “solution facilitator” in global environmental politics, bringing together divergent actors to negotiate standards and procedures and build consensus on important issues.⁴⁵

Lastly, private schemes act as knowledge and norm brokers, bringing together a wide range of experts and practitioners to develop and disseminate knowledge on sustainable, ethical, and quality-enhancing practices in the food industry. Information flows include both top-down and bottom-up processes, allowing for the wide dissemination of information on sustainable practices, consumer behaviour, and existing public regulations at both national and international levels.

The development of private VSSs has posed serious challenges for international trade and raised public concerns. Adopting higher environmental, social and animal welfare standards can increase costs for firms. While global companies and food industries have the momentum to create or participate in a VSS for financial and reputational benefits, profit maximisation via private regulations does not always guaranteed. For example, EurepGAP (now GlobalGAP), initiated by European supermarkets for certification of agriculture, gained global significance as more producers and retailers joined.⁴⁶ However, as virtually all major global food companies subscribed to its codes of good agriculture practices, the competitive advantage companies sought from these practices diminish. In addition, global sourcing trends in the food industry have led to the dissemination of VSSs through supply chains. International food giants like Walmart and Tesco strive to create value by sourcing low-cost and high-quality food often demanding certification of VSSs. This imposes high compliance costs for upstream suppliers, particularly small farmers and small and medium enterprises.

Moreover, environmental, social, and animal welfare standards are often perceived as potentially discriminatory in international food trade, especially by developing countries. Unlike the traditional state-centric international policy making systems (e.g. UN and WTO) that provide developing countries with formal equality to represent their interests,⁴⁷ private VSSs usually have problems of North-South inequality in their standard-setting and implementation processes. Developing countries are often underrepresented in standard setting

45 Philipp Pattberg, ‘What Role for Private Rule-Making in Global Environmental Governance? Analysing the Forest Stewardship Council (FSC)’ (2005) 5 *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 175.

46 Meulen (n 39).

47 Robert Falkner, ‘Private Environmental Governance and International Relations: Exploring the Links’, *International Environmental Governance* (Routledge 2017).

agencies, lack information about new standards and face difficulties when pushing for discussions about technology transfer and a phase-in period.⁴⁸

The autonomy of private VSSs from sovereign states has also sparked controversies among academics, and imposes challenges on world politics and international trade systems. The proliferation of private VSSs are gaining widespread support owing to increasing societal value placed on environmental concerns and increasing environmental group membership. Economic actors make free choices about whether to support and operate under certain rules and procedures laid out in VSSs, granting them authority in market transactions along the supply chain.⁴⁹ Many of these private VSSs further seek recognition as international standardisation bodies, and actively seek to gain legitimacy in the context of international trade law.⁵⁰ However, to what extent the WTO disciplines spill over into private VSSs remains a topic of ongoing discussion.

III. THE INTERPLAY OF PUBLIC AND PRIVATE REGULATIONS ON VSSS

A. INTERPLAY OF PRIVATE AND TRADITIONAL STATE-CENTRIC REGULATIONS

Regulatory failure, in other words “governance deficit”,⁵¹ in the global economy is arguably one of the major drivers resulting in the flourishing of VSSs in the private sector. State usually set bottom-line safety and minimum quality standards and assessment metrics as common grounds for different market players. The rise of transnational supermarket chains, the growth of large food manufacturers, and the increase in the global sourcing of fresh and processed food products, all challenge the existing capacities of national governments to regulate both the structure and the scale of these food chains, where business activities often take place beyond their borders,⁵² and regulatory focus moves from the conventional bottom line safety and minimum quality standards. Sadly, national governments have not yet developed effective mechanisms to govern these unconventional and multi-dimensional factors in the global food production chain, nor have they participated in the enforcement of VSSs, which

48 Jennifer Clapp, ‘The Privatization of Global Environmental Governance: ISO 14000 and the Developing World’ (1998) 4 *Global Governance* 295.

49 Benjamin Cashore, ‘Legitimacy and the Privatization of Environmental Governance: How Non-State Market-Driven (NSMD) Governance Systems Gain Rule-Making Authority’, *International environmental governance* (Routledge 2017).

50 Steven Bernstein and Benjamin Cashore, ‘Can Non-State Global Governance Be Legitimate? An Analytical Framework’ (2007) 1 *Regulation & governance* 347.

51 Peter Newell, ‘Managing Multinationals: The Governance of Investment for the Environment’ (2001) 13 *Journal of International Development* 907.

52 Kenneth W Abbott and Duncan Snidal, ‘Hard and Soft Law in International Governance’ (2000) 54 *International organization* 421.

remain voluntary and are bound by contracts. In many cases, private regulation developers also do advocacy campaigns and encourage governments to reference their standards when developing legislation and procurement policies.

Given that many VSSs are consistent with public approaches to business regulation, and the advantages of private regulations being that environmental and social impacts are comparable if not greater than many national regulations in food industry, governments usually regard private regulations as important sources of leverage over food business activities.⁵³ As such, they serve as facilitators to private regulations in the food industry by bringing companies, NGOs and trade unions together, even in some cases providing them with initial funding to reach common standards in the marketplace.

Some governments have played an important role in promoting and supporting the establishment of VSSs. The Irish government works with the fish farming industry to develop an environmental code of practice for Irish aquaculture companies and traders. This is so as to ensure the sector produces the highest standard of food, and that business activities interact positively with the environment. These environmental and quality efforts have also been assisted by EU funding.⁵⁴ Similarly, the UK government have supported their milk industry's code of practice, and engaged in the process to help reach the final agreement on the initiative, in order to improve the competitiveness of British milk products versus imports in the exports market.⁵⁵ Several European governments promote companies' sustainable practices by encouraging public pension funds to consider companies' environmental and social performance in investment decisions. They also rely on private sectors to develop and enforce VSSs.⁵⁶ Additionally, VSSs also target governments to adopt their standards in public procurement policies leveraging states' market influence through buying power. The European Commission published a handbook advising members on green public procurement to achieve sustainable consumption and production, recognising the importance of public sector spending on goods and services. National governments have the discretion to develop national action plans to support environmental and wider sustainable development objectives based on existing international standards.⁵⁷ In a related effort, the OECD has launched a

53 David Vogel, 'The Private Regulation of Global Corporate Conduct: Achievements and Limitations' (2010) 49 *Business & Society* 68.

54 Irish Sea Fisheries Board BIM, 'Environment Management System for Aquaculture (ECO-PACT)' <<https://bim.ie/aquaculture/sustainability-and-certification/environment-management-system-for-aquaculture-ecopact/>> accessed 30 September 2024.

55 Welsh Affairs Committee House of Common, 'The Voluntary Code of Practice in the Dairy Sector: Government Response to the Committee's First Report of Session' (2013) 2013–14.

56 Kristina K Hermann, 'Corporate Social Responsibility and Sustainable Development: The European Union Initiative as a Case Study' (2004) 11 *Indiana journal of global legal studies* 205.

57 European Commission. Directorate General for the Environment. and ICLEI – Local Govern-

new agenda on best practices for sustainable procurement, aiming to use green public procurement as a smart governance tool to achieve sustainable policy objectives.⁵⁸

B. NATIONAL REGULATORY AUTONOMY UNDER INTERNATIONAL LAW

In order to achieve public policy objectives, governments often enact technical regulations or product standards in order to achieve public policy goals and they fall under the remit of the WTO-GATT and the TBT Agreement, which aim to balance the often competing objectives of trade liberalisation and the protection of societal values. Articles I and III of the GATT prohibit discriminatory regulations that modify the conditions of competition, both *de jure* and *de facto*, between imports from a WTO member and any other imports (the most-favoured-nations requirement), and between imports from one member and the “like domestic products” (the national treatment requirement). The non-discrimination principle precludes any WTO member from using trade measures to place other members at a disadvantage for having lower standards; for example, lower environmental and social standards. However, Article XX also recognises that members’ regulatory policies and provides exceptions to these general non-discrimination rules in Article XX paragraph (a) to (j) pursuant to certain societal values. Specifically, Article XX allows for trade restrictions “necessary to protect public morals”⁵⁹, “necessary to protect human, animal or plant life or health”⁶⁰, and “relating to the conservation of exhaustible natural resources”⁶¹. It has also been required by the chapeau of Article XX that such exceptions shall be applied in a way that does not constitute arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade. The interpretation of these exceptions has evolved over time. For instance, in the US-Shrimp dispute, the Appellate Body ruled that “exhaustible natural resources” should be interpreted in light of contemporary environmental concerns.⁶² This is a landmark decision in WTO law, in that it recognises the legitimate environmental concerns of its members as justifiable under the WTO regime.

ments for Sustainability., *Buying Green! :A Handbook on Green Public Procurement : 3rd Edition*. (Publications Office 2016) <<https://data.europa.eu/doi/10.2779/246106>> accessed 30 September 2024.

58 OECD, *Going Green - Best Practices for Sustainable Procurement* (OECD 2015) <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/going-green-best-practices-for-sustainable-procurement_3291acbf-en> accessed 30 September 2024.

59 General Agreement on Tariffs and Trade 1994 art XX para(a).

60 *ibid* para(b).

61 *ibid* para(g).

62 Appellate Body Report, ‘United States- Imported Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products’ (1998) WT/DS58/AB/R para 129.

This decision is in accordance with the Preamble to the Marrakesh Agreement, which explicitly acknowledges the objective of sustainable development.⁶³

The non-discrimination principle is also evidenced in the TBT Agreement that specifically deals with product standards. Article 2.1 of the TBT Agreement is similarly formulated to Article III:4 of the GATT,⁶⁴ but contains both the national treatment and the most-favoured nation treatment obligations.⁶⁵ Unlike the GATT, the TBT Agreement does not contain a general exception provision for public policy regulations,⁶⁶ raising concerns that a prohibition on the discriminatory treatments of “like products” is absolute. This creates legal uncertainty on the regulatory autonomy of states on public policy regulations.

In addition to the non-discrimination obligation required by Article 2.1, Article 2.2 provides that “technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective”.⁶⁷ Here, Article 2.2 refers to a “legitimate objective” and uses the term “*inter alia*” in the text of the article to highlight some important social values including protection of human health or safe, animal or plant life or health, and the environment that may be involved in national regulations. While Article 2.2 of the TBT Agreement does not provide an exhaustive list of legitimate objectives, and the exceptional social values in public policies are “inherent rights” of WTO members, the TBT Agreement demands non-discriminatory measures and questions the reasonableness of the regulation itself.⁶⁸ These obligations strictly constrain the domestic regulatory space for setting national public policies with social objectives. Therefore, can domestic regulations with legitimate social objectives be excluded from the non-discrimination requirement of Article 2.1?

63 Amrita Narlikar, Martin James Daunton and Robert Mitchell Stern, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization* (Oxford University Press, USA 2012) 522.

64 See Article III.4: The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of *national origin* in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.

65 See Article 2.1 of the TBT Agreement: Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of *national origin* and to like products *originating in any other country*.

66 Appellate Body Report, ‘United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes’ (1998) WT/DS406/AB/R para 101.

67 See Article 2.2 of the TBT Agreement: Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall *not be more trade-restrictive than necessary* to fulfil a *legitimate objective*, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, *inter alia*: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, *inter alia*: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.

68 *Ibid.*

There are no agreed conditions laid down in the TBT Agreement for such regulatory space. The dispute settlement bodies, mindful of their interpretative obligations, rely heavily on the customary international law principle of treaty interpretation as codified in Article 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) and follow the literal interpretation approach, reading the words in good faith according to the ordinary meaning of the words and in light of the objective and purpose of the agreement.⁶⁹ However, as words can have various meanings, the text-first approach is not always feasible and may lead to undesirable outcomes. However, recognizing the limitations of this text-first approach, a more systematic and holistic interpretation of Article 2.1 and Article 2.2 of the TBT Agreement is necessary.

The Preamble of the TBT Agreement clearly provides that “no country should be prevented from taking measures necessary for the protection of human, animal or plant life or health, of the environment, or for the prevention of deceptive practices, at the levels it considers appropriate.”⁷⁰ Considering this context, the Appellate Body has sought an intended balance between trade liberalisation and the regulatory autonomy of members to achieve societal values. In *US – Clove Cigarettes*, the Appellate Body held that the balance of the Preamble of the TBT Agreement struck between trade liberalisation and members’ rights to regulate was not, in principle, different from that between the national treatment obligations of Article III and the general exceptions under Article XX. It clarified that Article 2.1 of the TBT Agreement allows pursuit of legitimate objectives like preventing youth smoking, provided that domestic “like products” receive equal treatment.⁷¹ In the *US – Tuna II* case, the Appellate Body further confirmed this approach by developing a two-steps analytical framework regarding the interpretation of Article 2.1: (i) whether the measure modifies the conditions of competition in the relevant market to the detriment of imported like products; and (ii) whether such a detrimental impact stems exclusively from a legitimate regulatory distinction rather than reflecting discrimination against the group of imported like products.⁷² These rulings have therefore carved out regulatory space for members under Article 2.1 primarily because TBT Agreement does not contain general exceptions as comparable to Article XX. The conditions set out in Article XX for preventing abuse of exceptions lend legitimacy to the WTO adjudicative bodies in their interpretation of Article 2.1.

69 Vienna Convention on the Law of Treaties art 31.

70 Agreement on Technical Barriers to Trade para 6.

71 Appellate Body Report, ‘United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes’ (n 66).

72 Lukasz Gruszczynski, ‘Re-Tuning Tuna? Appellate Body Report in US–Tuna II’ (2012) 3 European Journal of Risk Regulation 430.

In the WTO case law, the Appellate Body has also carefully established criteria to limit the use of such regulatory autonomy of members, so as to ameliorate the risk of abuse. In the *US – Tuna II* the Appellate Body found that the “dolphin safe” label on tuna products was not even-handed because the United States failed to demonstrate that the detrimental impact of the US measure stemmed exclusively from a *legitimate regulatory distinction*.⁷³ The Appellate Body also proposed an analytical approach in the interpretation of Article 2.2, requiring (i) the existence of a legitimate objective, (ii) the degree to which a contested measure contributes to such an objective, (iii) the trade-restrictiveness of a contested measure, and (iv) the nature of the risks at issue and the gravity of the consequences that would arise from non-fulfilment of the objective pursued by the Member through the measure.⁷⁴ In the *US – COOL*, where Canada respects that the US mandatory Country of Origin Labelling (COOL) requirement for beef and pork unduly burdened Canadian and American livestock supply chains and discriminated against imported beef and pork for feed or immediate slaughter, the Appellate Body found that these measures arbitrary and unjustifiable, noting that their impact did not stem exclusively from a legitimate regulatory distinction, but, instead, reflects discrimination in violation of Article 2.1 of the TBT Agreement.⁷⁵

The question of whether a technical regulation’s detrimental impacts on imports stems exclusively from a legitimate regulatory distinction must be examined case by case. If affirmative, and if measures are not motivated by unrelated factors, no violation of Article 2.1 exists. Although the limitations on regulatory flexibility is *ad hoc* and case-law driven, they close loopholes for protectionism balance members’ regulatory *autonomy* with trade liberalisation. It is therefore concluded that the TBT Agreement does not close the door for legitimate public policy regulations, but rather goes beyond the non-discrimination to ensure reasonableness and legitimacy of technical regulations. This allows sufficient scope for members to achieve their legitimate policy objectives through regulation, and achieve trade liberalisation while preventing potential disguised protectionism.

Another unsettled regulatory scope under the GATT and the TBT Agreement relates to process and production methods (PPMs). PPM based trade measures have become increasingly important instrument in international trade and import restrictions based on PPMs have been used in several MEAs, as well as in national measures to promote the sustainable development and to

73 Appellate Body Report, ‘United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products’ (2012) WT/DS381/AB/R para 298.

74 *ibid* 322.

75 Appellate Body Report, ‘United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements’ (2012) WT/DS384/AB/R paras 347–349.

ensure agri-food quality. Whether standards based on PPMs can be used as a legitimate means of distinguishing and thereby discriminating between like products remains a question. The issue of PPMs is largely driven by consumer choice rather than just product availability.⁷⁶ This is particularly true in the food industry, where consumers, notably from industrialised countries, are increasingly concerned with how and where products are manufactured or processed, how natural resources extracted or harvested, and other sophisticated qualitative aspects of production.

Using PPMs as a basis for trade policies remains one of the most contentious issues in international trade law. The recent WTO case involving the EU highlights the increasing use of PPM-based trade measures for sustainability purposes. This case established that regulatory distinctions based on PPMs are not a *priori illegal* under WTO law, and that when production methods are taken into consideration, products might be perceived substantially different.⁷⁷ However, many PPMs challenged failed to pass certain legal tests in WTO jurisprudence. To maintain a member's international trade commitments, such measures must fulfill specific requirements, including passing the chapeau test of GATT Article XX, being "necessary" to achieve a "legitimate policy objective" and being based on "international standards" where applicable. These criteria ensure that PPM-based measures strike a balance between allowing members to pursue legitimate policy goals and preventing disguised restrictions on international trade.

In summary, the regulatory space for domestic regulation with social objectives, especially public VSSs remains ambiguous to date. This "constructive ambiguity"⁷⁸ is not rare in international agreements, resulting from negotiations and compromises. Such ambiguity allows for multiple interpretations and relies heavily on dispute settlement bodies to clarify provisions in line with the objectives and purposes of the agreement. Despite the differing policy priorities and compliance cost in different countries, the TBT Agreement also create strong incentives for members to make domestic technical regulations consistent with relevant international standards.⁷⁹

76 Robert Reed, 'Process & Production Methods (PPMs) & the Regulation of International Trade', *The WTO and the Regulation of International Trade: Recent Trade Disputes Between the European Union and the United States* (2005).

77 Panel Report, 'European Union and Certain Member States- Certain Measures Concerning Palm Oil and Oil Palm Corp-based Biofuels' (2012) WT/DS600 /R para 7.542

78 Peter Van den Bossche, 'The WTO at 20: A Glass Half Full, Half Empty or Broken?', *Settlement of international trade disputes: achievements and challenges* (Asser 2015).

79 Article 2.4 of the TBT Agreement provides that WTO members are obliged to use relevant existing or imminent international standards as a basis for technical regulation. Article 2.5 further provides that technical regulations adopted in accordance with international standards are afforded the rebuttable presumption of not unnecessary obstacles to international trade.

C. PRIVATE VSSS IN INTERNATIONAL LAW REGIME

Globalisation practices and their impact on food business actors, particularly multinational corporations (MNCs), have given rise to the notion of corporate social responsibility (CSR). The CSR movement underlines that implementation of sustainable development goals is not solely the responsibility of public regulations but also requires efforts from business and civil society. There has been increasing interest in private sector involvement in global food governance, especially in environmental governance, resulting a proliferation of private VSSs. These VSSs transcend national borders, and their decentralised, flexible and *de facto* mandatory character creates horizontal mechanisms in the market.⁸⁰

While private VSSs are not the initial focus in neither international law nor sustainable development regimes, they have become increasingly significant. Research shows that a broad range of normative materials, mostly voluntary, are being converted into international obligations. Simultaneously, many international standards emanate from VSSs and private-public partnerships in which non-state actors are the driving force.⁸¹ On the other hand, they have raised concerns in the international trade markets. Many private VSSs aimed at PPM-based standards fall outside the scope of international trade regulations. Such standards have imposed high costs on producers and are in effect limited in the participation of small farmers, food SMEs and food producers in developing countries. Do private VSSs fall under the purview of international law?

The WTO's stance against unjustifiable trade distortions by governments raises questions about similar distortions caused by private actors. However, the current legal system only address governmental conduct with limited exception for private entities granted special privileges by governments. Article XVII of the GATT regulates state trading under non-governmental enterprises, which have been granted exclusive or special rights or privileges, including statutory or constitutional powers, are subject to the general principles of non-discrimination. The TBT also imposes obligations on voluntary standards enacted by non-governmental bodies. Central government bodies do not require or encourage non-governmental bodies to act in a way inconsistent with the TBTs obligations.⁸² These requirements suggest that discrimination not allowed

80 Robert O Keohane and Joseph S Nye, 'Redefining Accountability for Global Governance' in Miles Kahler and David A Lake (eds), *Governance in a Global Economy* (Princeton University Press 2003) 386 <<http://www.jstor.org/stable/j.ctv1pdr77.19>> accessed 28 September 2024.

81 Robert Howse, 'A New Device for Creating International Legal Normativity: The WTO Technical Barriers to Trade Agreement and "International Standards"' [2006] *Constitutionalism, multilevel trade governance and social regulation* 383.; Kenneth W Abbott and Duncan Snidal, 'International standards' and International Governance' (2001) 8 *Journal of European Public Policy* 345.

82 Agreement on Technical Barriers to Trade (n 70) art 3,4 and 8.

for government entities should not be adopted by the private sectors.⁸³ However, the definition of “non-governmental bodies” in the TBT Agreement has been defined as:

“A body other than a central government body or a local government body, including a non-governmental body which has legal power to enforce a technical regulation.”

A strict and text-first interpretation suggests that only bodies conferred power by states fall under the TBT Agreement’s purview, excluding NGOs and MNCs without such power. Only international criminal law that makes international legal obligations directly enforceable to private actors including MNCs, NGOs and individuals.⁸⁴ International trade rules primarily imposed on members, relying national law to translate the obligations to private actors within their territory. No international instrument disciplines NGO conduct, despite their increasing influence on industry and governmental politics.⁸⁵ In essence, while WTO provisions aim to prevent members from circumventing obligations through private actors, the international legal framework remains limited in directly regulating private entities’ conduct in global trade.

Apart from the simple VSSs developed by NGOs and MNCs, some market-driven private VSSs have been fully developed and widely applied across the food industry. They go beyond the simple goals of creating a niche market for a single corporation, and promote socially responsible and qualitative enhancing behaviours in the entire sector through the governing arrangements they have developed.⁸⁶ They not only create standards for food products, but also regulate processes of production and their related environmental and social impacts. These private regulations eventually expend efforts to gain recognition as legitimate and relevant international standards. Examples include the Marine Stewardship Council, one of the most important organisations promoting sustainable fishing industry, and GlobalGAP, an umbrella standard of safety, environmental protection and animal welfare. Such standards and initiatives that operate independently of governments may also produce a similar effect to technical regulations in the marketplace.

The TBT Agreement has recognised the importance of international standards, and conformity assessment systems can improve the efficiency of

83 Tim Josling, ‘Private Standards and Trade’ in Joseph A McMahon and Melaku Geboye Desta (eds), *Research Handbook on the WTO Agriculture Agreement* (Edward Elgar Publishing 2012) <https://ideas.repec.org/h/elg/eechap/13302_8.html>.

84 Harold Hongju Koh, ‘Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation’ (2004) 7 *Journal of International Economic Law* 263.

85 Joost HB Pauwelyn, ‘Non-Traditional Patterns of Global Regulation: Is the WTO “Missing the Boat”?’

86 Steven Bernstein and Benjamin Cashore, ‘Can Non-State Global Governance Be Legitimate? An Analytical Framework’ (2007) 1 *Regulation & governance* 347.

production and facilitate the conduct of international trade, and thus encourage the development of international standards. The TBT Agreement provides that members shall use *relevant international standards* as a basis for their technical regulations.⁸⁷ However, it never explicitly mentions what constitutes a relevant international standard for the purposes of Article 2.4. Furthermore, the TBT Agreement defines standards as:

“document approved by a *recognised body* that provides for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory.”

In this definition, the TBT Agreement once again does not explicitly define criteria for a “recognised body”,⁸⁸ nor provided a list of international standardisation bodies whose standards counts as “international standards”. There is no WTO ruling on the meaning of “recognised body”. This ambiguity necessitates case-by-case analysis to determine whether a standard is relevant under the TBT Agreement. The TBT Agreement, although being fully aware of private standards when it was drafted, seems to fail to address the situation whereby a member adopts or refers to a private market standard as a basis for technical regulations, and whether such standard setter would be considered as a recognised body. This contrasts with the SPS Agreement, which explicitly refers to the “three sisters” (Codex, IPPC, and OIE) as competent international organisations for developing food safety, plant, and animal health standards.⁸⁹ For entities that do not explicitly identified as international standards may be examined by a panel if they are: (i) recognized by one or more WTO Members as a standardization body, (ii) involved with activities of international standardisation organisations, (iii) open to involvement from other WTO Members, and (iv) has accepted the Code. The panel will also determine (v) whether any WTO Members promulgated by the entity, and (iv) if the aim of its standards further a legitimate objective within TBT Article 2.2.⁹⁰

The TBT Agreement also sets out Code of Good Practice (Annex 3) for standardising bodies, including non-governmental and industry standardising bodies, to prepare, adopt and apply standards. The Code is extensive and includes fundamental obligations to avoid unnecessary trade barriers. The Annex 4 of the TBT Committee’s Second Triennial Review (2000)⁹¹ offers additional guidelines on how standardisation bodies should conduct their work. Despite these, the

87 Agreement on Technical Barriers to Trade (n 70) art 2.4.

88 TBT Agreement draws from ISO/IEC Guide 2:2004 for guidance. Agreement on Technical Barriers to Trade (n 70) annex 1.2.

89 Agreement On The Application Of Sanitary And Phytosanitary Measures, Annex A para 3.

90 Arthur E Appleton, ‘Supermarket Labels and the TBT Agreement: Mind the Gap’ (2007) 4 Bus Law Brief 10.

91 WTO Committee on Technical Barriers to Trade, ‘Second Triennial Review of the Operation and Implementation of the Agreement on Technical Barriers to Trade’ (2000) G/TBT/9.

TBT Agreement does not contain any direct obligation for non-governmental bodies to comply with these guidelines, nor is there any mechanism for assessing compliance. To date, while the ISO has enjoyed an unchallenged position as an international standardising body under the context of the TBT Agreement, increasing concerns on VSSs, may challenge ISO's dominance in certain areas.

IV. BRIDGING THE PUBLIC AND PRIVATE DIVIDE

Compared with food safety, environmental sustainability and animal welfare, and qualitative issues targeting niche market in international food trade have received lesser attention, because of their “low politics” nature. VSSs, as a result of social and environmental movements, favour market-enabling regimes over state regulatory regimes, and have challenged private sector behaviours in favour of greater environmental sustainability and food quality. Although they exist outside the confines of the territorially-based state regulatory system, this governance model has created global awareness on sustainable food production and greater food quality. These values penetrated across borders and throughout the supply chain. Do they create challenges to public regulatory authorities?

It is quite clear, in general, regulatory tools available for disciplining VSSs are very limited, both domestically and internationally. However, the growing engagement of NGOs and MNCs with the public sector to create private governance mechanisms on multi-dimensional non-safety issues, particularly on environmental sustainability of the food industry reveals that private governance is rather interdependent with traditional public regulations. This trend blurs the boundary between public and private regimes, leading hybrid governance. Food MNCs usually “wield power with responsibility”⁹² to promote global environmental sustainability and social responsibility norms, influencing public policy through lobbying. Moreover, VSSs rely on public regulatory authorities for legitimacy and adequacy. ISO exemplifies this hybrid approach gaining significant influence in the public arena. The “double consensus” mechanism, among stakeholders mainly in industry and across countries,⁹³ enables the ISO environmental management standards to acquire national and international legal significance. Some countries have adopted ISO 14000 as an official standard, and it serves as a reference point in the TBT Agreement. Similar hybrid governance of VSSs created by transnational policy networks consisting of both industry representatives from the private sector and regulatory officials are emerging. VSSs in the food industry is rather complementary to public authorities instead

92 Peter Newell, ‘Environmental NGOs and Globalization: The Governance of TNCs’ [2000] *Global social movements* 117.

93 Steven Bernstein and Erin Hannah, ‘Non-State Global Standard Setting and the WTO: Legitimacy and the Need for Regulatory Space’ (2008) 11 *Journal of International Economic Law* 575.

of supplanting in nature.⁹⁴ A simple dichotomous divide of private and public interplay will not help in understanding current dynamic global governance. Ultimately, in the long term, the accountability of VSSs on multi-dimensional social issues depends on the extent to which they are integrated with and reinforced by the state-based and enforced regulatory policies at both national and international levels.⁹⁵ Accordingly, public regulations have to consider how to integrate those VSSs into domestic law, and strengthen domestic regulations in those “low politics” areas of environmental sustainability and social responsibility as well as other product quality regimes.

The WTO-related agreements do not militate against the use of private standards; neither did they pull themselves into political games to decide which standards are authoritative. They carved out some regulatory space for national public policy with legitimate objectives, implicitly allowing policy space for non-state private governance including VSSs,⁹⁶ which primarily operate directly in the market and outside the purview of WTO discipline. So long as private VSSs are credible and result in positive environmental and social impacts, the competition between various schemes in the marketplace can be deemed beneficial.⁹⁷ Some strict NPR-PPM requirements in VSSs, particularly that on environmental externalities, may have positive benefit for sustainable development by removing some hidden costs of environmentally unfriendly practices.

Having realised this high number of technical regulations and standards and their potential effect on international food trade, the TBT Agreement encourages the use relevant international standards to avoid duplication, overlap or even competing standards that may cause trade barriers. It further provides harmonisation, equivalence and mutual recognition to deal with high number of regulations and standards. The TBT Agreement encourages members to participate, within the limits of their resources, in the work of international bodies for the preparation of standards,⁹⁸ and provides guidelines or recommendations for conformity assessment procedures⁹⁹ with the view of harmonisation. However, reaching consensus on technical regulations and standards can take years, and the result may not necessarily be positive; as such, equivalence has been introduced as a complementary approach to technical

94 Virginia Haufler, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy* (Carnegie Endowment 2013).

95 Halina Ward, *Public Sector Roles in Strengthening Corporate Social Responsibility: Taking Stock* (Citeseer 2004).

96 Kevin Gallagher, *Putting Development First: The Importance of Policy Space in the WTO and IFIs* (Zed Books 2005).

97 Bernstein and Hannah (n 92).

98 Agreement on Technical Barriers to Trade (n 70) art 2.6.

99 *ibid* 5.5.

harmonisation. Members are encouraged to accept technical regulations different from their own if they can fulfil the same policy objectives, even if through different means.¹⁰⁰ Multiple testing and certification may also be required accordingly. Such diversity of standards significantly increases the cost for producers. Therefore, if a product can be tested once and the result can be accepted in all market, costs of compliance will be drastically reduced. The TBT Agreement additionally encourages members to enter into negotiations with other members for the mutual acceptance of conformity assessment results.¹⁰¹

Regulatory cooperation is also emphasised in some mega-regional trade agreements (RTAs), such as the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), to resolve conflicting food standards by exploring possible avenues to attain “regulatory compatibility”.¹⁰²

Harmonisation, equivalence and mutual recognition to avoid a “race to the bottom” and alleviate the high cost of multiple compliance and certification can also be applied in the private sector. As a policy approach, harmonisation and mutual recognition of VSSs is desirable and possible. There have been some private schemes that are developing forums for the harmonisation of VSSs from around the world. Indeed, harmonisation, equivalence and mutual recognition can not only exist within a sector, but can happen across sectors. This cross-sector cooperation may enhance coherence in the different standards enacted, and bolster the credibility and effectiveness of these standards. The TTIP also requires multi-stakeholder advisory processes including representatives of citizen, consumer, industry and interest groups to support regulatory cooperation and promote regulatory efficiency and coherence. The ISO industry voluntary standards also move into the public policy arena in many countries, with active involvement from the public sector to create a forum for harmonisation. However, harmonisation for many NPR-PPMs requirements imposed by either public sector or through VSSs seems highly problematic and challenging, especially where private VSSs are to the extent that they mark comparative advantage for example supermarket labelling schemes that target on market segmentation.

V. CONCLUSION

This article explored the interrelationship among private VSSs, national regulations, and international regulations and discuss how they interplay with one another in the agri-food sector. The regulatory space for domestic regulation and with social objectives and VSSs under the WTO are still ambiguous to date. Analysis of case law decisions suggests that conditioned regulatory space

100 *ibid* 2.7.

101 *ibid* 6.3.

102 The EU Proposal for a Chapter on Regulatory Cooperation art 10.2.

exists within WTO discipline for national technical regulations with legitimate objectives, such as environmental sustainability and animal welfare. However, significant gaps persist in the international trade law with respect to the treatment of VSSs. The applicability of WTO obligations to private standard-setting activities remains unclear, with no consensus on the interpretation of relevant WTO provisions. Most private VSSs targeting on product differentiation and certain niche market may fall outside the TBT Code of Good Practice, potentially absolving members of responsibility for these private activities. Despite the differences among private VSSs, harmonisation and equivalence in many cases can happen across sectors among technical regulations and VSSs, so as to achieve the equilibrium of international trade liberalisation and the promotion of social and environmental sustainability in the food industry.

STATE GUARANTEES FOR THE SAFETY OF OFFSHORE OIL AND GAS INSTALLATIONS WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW AND IMMIGRATION LAW

GARANTIAS ESTATAIS PARA A SEGURANÇA DAS INSTALAÇÕES DE PETRÓLEO E GÁS OFFSHORE NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO IMIGRATÓRIO

KOESMOYO PONCO AJI*

SAYED FAUZAN RIYADI**

JAMIN GINTING***

HENRY SOELISTYO BUDI****

ANINDITO RIZKI WIRAPUTRA*****

ABSTRACT

Offshore oil and gas installations are independent structures that are vulnerable to disturbances and threats. Like ships, offshore oil and gas installations also have national flags and legal instruments that protect them. Under international law, offshore oil and gas installations are protected by the Rome Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Situated on the Continental Shelf 1988. It is noted that there have been several incidents of disturbances and threats that have occurred at offshore oil and gas installations around the world. Some events are well recorded and known to the public, while some events

RESUMO

Instalações offshore de petróleo e gás são estruturas independentes que são vulneráveis a perturbações e ameaças. Assim como navios, instalações offshore de petróleo e gás também têm bandeiras nacionais e instrumentos legais que as protegem. De acordo com o direito internacional, instalações offshore de petróleo e gás são protegidas pelo Protocolo de Roma para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas Situadas na Plataforma Continental de 1988. É notado que houve vários incidentes de perturbações e ameaças que ocorreram em instalações offshore de petróleo e gás ao redor do mundo. Alguns eventos são bem registrados

* Doctor of Law, Associate's Degree in Immigration Studies, Master of Science, Bachelor of Law and Graduate Certificate Maritime Studies. Assistant Professor. Head of Immigration and Citizenship Law Studies. Head of Immigration Diploma Study Program of the Immigration Polytechnic, Indonesia. *E-mail:* ponco@poltekim.ac.id.

** Doctor of International Relations, International Master of Administrative Science and Bachelor of Social Sciences. Associate Professor. Dean of the Faculty of Social and Political Sciences, Raja Ali Haji Maritime University, Indonesia. *E-mail:* sayedfauzan@umrah.ac.id.

*** Doctor of Law, Bachelor of Law and Master of Law. Professor of Law at Pelita Harapan University. Head of the Legal Consultation and Aid Institute, Faculty of Law, Pelita Harapan University. *E-mail:* jamin.ginting@uph.edu.

**** Doctor of Law, Bachelor of Law and Legum Magister. Associate Professor of Law at Pelita Harapan University. Head of Doctor of Laws Study Program, Faculty of Law, Pelita Harapan University. *E-mail:* henry.soelistyo@uph.edu.

***** Doctor of Law, Associate's Degree in Immigration Studies, Bachelor of Law, Master of Science, Master of Law and Graduate Certificate Maritime Studies. Assistant Professor. Head of Immigration Law and Transnational Organized Crime Studies, Secretary of the Quality Assurance Center of the Immigration Polytechnic, Indonesia. *E-mail:* anindito.wiraputra@poltekim.ac.id.

are not public consumption. So far, offshore oil and gas installation operators have received legal guarantees for the security of their installations both on the high seas and in the sea territory of a country based on international law, territorial law and the inherent law according to the citizenship of the offshore oil and gas installation. Through this paper, the author aims to explain the potential threats and disturbances at offshore oil and gas installations and concrete examples of events that have occurred. Another aim is to explain how international legal instruments and immigration law protect offshore oil and gas installations from these threats and disturbances. Through normative legal research, this paper describes a series of threats and disturbances and the international and national laws that have emerged to protect them and their application in the field.

KEYWORDS: Offshore installations. International law. Immigration law. Disturbance and threat.

e conhecidos pelo público, enquanto alguns eventos não são de consumo público. Até agora, operadores de instalações offshore de petróleo e gás receberam garantias legais para a segurança de suas instalações tanto em alto mar quanto no território marítimo de um país com base no direito internacional, direito territorial e direito inerente de acordo com a cidadania da instalação offshore de petróleo e gás. Por meio deste artigo, o autor pretende explicar as potenciais ameaças e perturbações em instalações offshore de petróleo e gás e exemplos concretos de eventos que ocorreram. Outro objetivo é explicar como os instrumentos legais internacionais e a lei de imigração protegem as instalações offshore de petróleo e gás dessas ameaças e perturbações. Por meio de pesquisa legal normativa, este artigo descreve uma série de ameaças e perturbações e as leis internacionais e nacionais que surgiram para protegê-las e sua aplicação no campo.

PALAVRAS-CHAVE: Instalações offshore. Direito internacional. Direito de imigração. Perturbação e ameaça.

INTRODUCTION

It cannot be denied that the sea is a very potential source of wealth to be exploited. Initially only considered as a barn for almost unlimited biological wealth, the sea has experienced an expansion of exploitation along with technological developments. Through technological advances, countries and giant companies are racing to explore and exploit the sea¹. One of the sources of non-renewable wealth, which is the object of the search, is stored far beneath the sea's surface, namely oil and natural gas.

The race for exploration and exploitation by the world's oil mining giants creates a new order.² A complex arrangement involving many variables in managing offshore oil and gas installations makes the original unidimensional sea become pluridimensional.³ In international law of the sea, developing a multi-aspect world order always tries to be balanced by agreements with international law. Regarding exploration and exploitation of oil and gas, inter-

1 BARBESGAARD, Mads. 2017. Blue Growth: Savior or Ocean Grabbing? *The Journal of Peasant Studies*. Vol.45, No.1, pp.130-49.

2 GORDON, Todd., and WEBBER, Jeffery R. 2007. Imperialism and Resistance: Canadian Mining Companies in Latin America. *Third World Quarterly*. Vol.29, No.1, pp.63-87.

3 FAHRUDIN, Achmad., and SOLIHIN, Akhmad. *Maritime and Fisheries Legality: Development of International Maritime Law and Indonesian Legislation 2nd Edition*, (Jakarta, Indonesia Open University, 2018), pp.2.

national law of the sea also regulates the existence and matters of offshore oil and gas installations.⁴

Security for offshore oil and gas installations generally refers to protection against security threats in offshore waters or waters outside the boundaries of state jurisdiction.⁵ Security threats that can occur in the area of offshore oil and gas installations include threats of terrorism, robbery, smuggling, and other crimes.⁶ Therefore, the security of offshore oil and gas installations is essential to ensure the safety of people and assets involved in operations at sea. Several security measures currently in place to protect offshore oil and gas installation areas include security technology.⁷ First, advanced security technologies such as monitoring and detection systems, CCTV, radar, and hardware and software security systems are used to monitor and protect offshore oil and gas installation areas. Then the next security measure is in the form of security patrols. Security patrols are carried out by patrol boats, helicopters or aircraft carriers equipped with high-security systems to protect offshore oil and gas installation areas. Then the essential thing in all existing security measures is the establishment of security protocols: Security protocols must be followed by all personnel involved in the operation of offshore oil and gas installations, including security personnel, operators and ship crews.

Of course, the security of offshore oil and gas installations does not only focus on the physical security of buildings and their static operations. But offshore oil and gas installations must also look at the people involved in them. The human factor as a dynamic element, not only because humans move, but also humans are what drive the system in offshore oil and gas installations themselves.⁸ If we look at several events related to threats to the security of offshore oil and gas installations, the role of humans is something that cannot be ignored. Offshore oil and gas installations as a building structure have legal sovereignty in accordance with maritime registration as befits the nationality of

-
- 4 GIANNOPOULOS, Nikolaos. 2019. Global Environmental Regulation of Offshore Energy Production: Searching For Legal Standards In Ocean Governance. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*. Vol.28, No.3, pp.289-303.
 - 5 BLYSCHAK, Paul Michael. 2013. Offshore Oil And Gas Projects Amid Maritime Border Disputes: Applicable Law. *Journal of World Energy Law and Business*. Vol.6, No.3, pp.210-233.
 - 6 CASSIDY, Fikry, et.al, *Maritime Axis Diplomacy: Maritime Security in the Perspective of Foreign Policy* (Jakarta, Agency for Policy Assessment and Development of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Indonesia, 2016), pp.5.
 - 7 HEFNI, Hanna Adistyana. 2021. Rights and Obligations of States Owning Offshore Installations Regarding International Navigation According to International Law. *Jurnal Hukum & Pembangunan*. Vol.51, No.2, pp.1885-1902.
 - 8 VIDAL, Priscila da Cunha Jácome., GONZÁLEZ, Mario Orestes Aguirre., de MELO, David Cassimiro., FERREIRA, Paula de Oliveira., SAMPAIO, Priscila Gonçalves Vasconcelos., LIMA, Lílian Oliveira. 2022. Conceptual Framework For The Decommissioning Process of Offshore Oil and Gas Platforms. *Marine Structures*. Vol.85.

a ship. Therefore, the existence of offshore oil and gas installations in the sea area of a country will result in the sovereignty of the installation being subject to and obeying the territorial laws of a country. Matters related to human traffic entering and leaving the installation, changes in personnel, completeness of travel documents and residence permits are absolute requirements that the installation and the people in it are subject to and obey the immigration laws of the country that owns the territory.

In past legal writings, the security context of offshore oil and gas installations has been discussed by several researchers. First, Mikhail Kashubsky provides a comprehensive overview of the security of offshore oil and gas installations internationally.⁹ Second, Arie Afriansyah tried to map the legal aspects of using offshore oil and gas installations, especially from the perspective of Indonesian law.¹⁰ Finally, Hanna Adistyana Hefni looks more specifically at international navigation concerning the rights and obligations of countries that own offshore oil and gas installations according to international law.¹¹ From several sources of legal writings that have gone past, reviews of offshore oil and gas installations have their specificities, which of course, have a wedge in international law. However, from the literature survey, the main ideas related to law in maintaining the security of offshore oil and gas installations are still empty spaces that can be discussed further.

State guarantees for the security of offshore oil and gas installations from the perspective of international law of the sea are the subject of this paper, especially its application in Indonesia, with a few comparisons to several other countries. As independent structures above sea level, offshore oil and gas installations are often considered to have their laws based on installation flag law. However, with so many existing offshore oil and gas installations, the extent of the waters surrounding them and the potential for disturbances and threats that can arise at any time, international law and national law is vital to ensure the security and safety of their existence. Therefore, through normative legal research, this essay will provide an overview of state guarantees in the security of offshore oil and gas installations within the framework of international law. Furthermore, this study is essential to consider the enrichment of knowledge in the efforts of the state to guarantee the security and safety of their existence.

9 KASHUBSKY, Mikhail. *Offshore Oil and Gas Installations Security: An International Perspective*. (London, Informa Law from Routledge, 2015).

10 AFRIANSYAH, Arie., and SURTIWA, Salsabila Siliwangi. 2020. Surveillance at Sea: Legal Aspects of Offshore Installation's Utilization. *Journal of Indonesian Legal Studies*. Vol.5, No.2, pp.419-48.

11 HEFNI, Hanna Adistyana. (2021). pp.1885-1902.

RESEARCH METHODS

Scientific research is characterized as an empirical, rational and abstract activity. In law, the scientific research method used originates from sociological research. Nonetheless, legal research methods have characteristics that distinguish them from research methods in the socio-humanities field in general.¹² In this paper, the legal research method used is normative legal research. When viewed through grouping discussion points of view, normative legal research starts from norms identified as problematic, conflicted, vague, or empty.¹³ In addition, non-data legal material is studied in this normative legal research method. To examine the safety of offshore oil and gas installations, this paper will provide an overview of research results using the Statute Approach and The Case Approach within the framework of international law. The sources of legal materials used include primary legal materials in the form of embodiments of legal principles and rules, namely basic regulations, international conventions and laws and regulations regarding the law of the sea. In comparison, the secondary legal materials used include scientific publications, books and other sources from the internet related to law in general and the law of the sea in particular.

ANALYSIS AND DISCUSSION

The utilization of oil and natural gas controls more than sixty per cent of the world's energy sources.¹⁴ Of this figure, about a third of the demand for oil and natural gas is obtained from offshore oil and gas installations.¹⁵ The oil and gas industry produced from around 6000 offshore installations worldwide is estimated to be worth around USD 300 billion.¹⁶ Risks and high-security potential accompany such an enormous economic value generated by the oil and gas industry. Both risks and potential security apply equally to onshore and offshore oil and gas installations. There are undoubtedly different things between onshore and offshore (sea) installations. Territorial, security and safety issues, as well as a much harsher environment, overshadow the operations of offshore oil and gas installations. Since the first conceptual

12 AJI, Koesmoyo Ponco., PURNOMO, Agung Sulisty., NURKUMALAWATI, Intan., WIRAPUTRA, Anindito Rizki., BAWONO, Sri Kuncoro., SOHIRIN, S., Wilonotomo, W. 2024. Investigating The Role of E-Service Quality and Information Quality On E-Government User Satisfaction In The Immigration Department. *International Journal of Data and Network Science*. Vol.8, No.4, pp.2499-2508.

13 SEREDIUK, Vitalii., SHUTAK, Illya., ONYSHCHUK, Ihor. 2024. Textualism As A Theory of Interpretation of Legal Norms In The Context of Doctrinal Views. *Statute Law Review*. Vol.45, No.1, pp.hmae006.

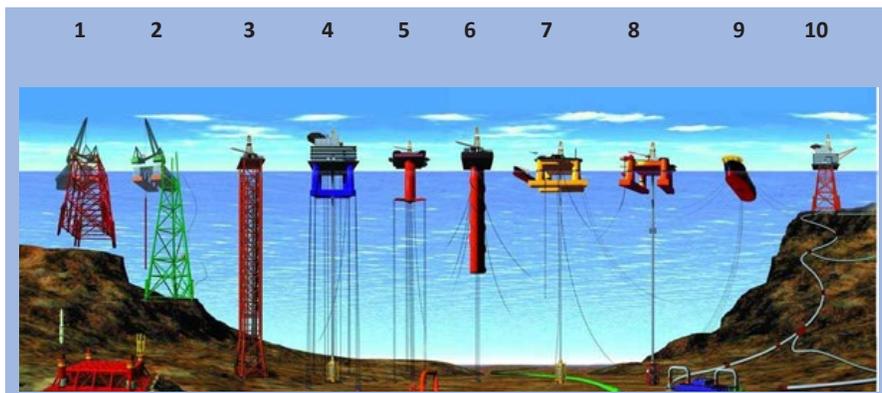
14 HUAFANG, Huang., CHENG, Xianfu., WEI, Liangli., LIU, Dongping., DENG, Minmin. 2024. Are Natural Resources A Driving Force For Financial Development Or A Curse For The Economy? Policy Insight From Next-11 Countries. *Resources Policy*. Vol.88 No.104466.

15 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp.1

16 AFRIANSYAH, Arie., SURTIWA, Salsabila Siliwangi. (2020). pp.419.

saltwater installation was created in 1896 in California¹⁷, offshore oil and gas exploration has experienced a significant increase in all parts of the world. Exports that were initially on the beach but in recent years have expanded into deeper waters and more extreme environments.¹⁸ Through the illustration below, we can see the types of oil and gas installations that are offshore:

Figure 1. Types of offshore oil and gas structures¹⁹



Based on the picture above, according to data taken in 2005, from left to right, we can see the types of Offshore Oil and gas structures used in this industry, namely 1, 2) conventional fixed platforms (deepest: Shell's Bullwinkle in 1991 at 412 m/1,353 ft GOM); 3) compliant tower (deepest: ChevronTexaco's Petronius in 1998 at 534 m /1,754 ft GOM); 4, 5) vertically moored tension leg and mini-tension leg platform (deepest: ConocoPhillips' Magnolia in 2004 1.425 m/4.674 ft GOM); 6) Spar (deepest: Dominion's Devils Tower in 2004, 1,710 m/5,610 ft GOM); 7,8) Semi-submersibles (deepest: Shell's NaKika in 2003, 1920 m/6,300 ft GOM); 9) Floating production, storage, and offloading facility (deepest: 2005, 1,345 m/4,429 ft Brazil); 10) sub-sea completion and tie-back to host facility (most profound: Shell's Coulomb tie to NaKika 2004, 2,307 m/ 7,570 ft).²⁰

17 AUSTIN, Diane E., PRIEST, Tyler, PENNEY, Lauren., PRATT, Joseph., PULSIPHER, Allan G., ABEL, Joseph., TAYLOR, Jennifer., *History Of The Offshore Oil And Gas Industry In Southern Louisiana* (Iowa, U.S. Dept. of the Interior, Minerals Management Service: Gulf of Mexico OCS Region: OCS Study MMS, 2008), pp.43.

18 RADOVICH, Violeta S., *Oil And Gas In The Ocean-International Environmental Law And Policy* (Shanghai, China, IEEE, 2016).

19 NATIONAL OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMINISTRATION. Ocean Explorer: Expedition to the Deep Slope. National Oceanic and Atmospheric Administration, Types of Offshore Oil and gas Structure (last edited 26 August 2010) Available online at: http://oceanexplorer.noaa.gov/explorations/06mexico/background/oil/media/types_600.html (Accessed on 17 July 2024).

20 NATIONAL OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMINISTRATION.

This type of oil platform is, of course, inseparable from the definition stated in the International Convention for Prevention of Pollution from the Ships (MARPOL) 1973/1978, defined as “any fixed or floating drilling rig... engaged in the exploration, exploitation, or associated offshore processing of sea-bed mineral resources...”.²¹ However, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) has no specific definition regarding oil platforms. UNCLOS only regulates the “creation and use of artificial islands, installations and buildings”.²² A complete definition of Offshore Oil and Gas Installations beaches is found in the Rome Protocol 1988, which states that “fixed platform means an artificial island, installation or structure permanently attached to the sea-bed for exploration or exploitation of resources or other resources economic purposes”.²³

Judging from the visualization shown and referring to existing regulations, it can be concluded that offshore oil and gas installations (after this written “offshore installations”) are rigid installations that tend to be stiff and difficult to move. For this reason, offshore oil and gas installations have potential risks, which can also be an advantage in dealing with the potential security of offshore installations. The table below shows some of the advantages and disadvantages of offshore installations based on several variables.

Table 1. Advantages and disadvantages of security risks at offshore oil and gas installations

Variable	Potential security risks	
	Advantages	Disadvantages
Location (offshore)	Hard to reach	Limited access, including by workers
Structure	Strong and not easily accessible from sea level	High complexity, extra care
Ecosystem	The marine ecosystem requires many calculations to be able to access (waves, surface elevation, wind and weather)	Need strong structure and a particular mode of transportation

21 *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*, opened for signature 2 November 1973, [1983] I-22484 - (Entered into force 2 Oktober 1983), Art 26(1).

22 *United Nations Convention on the Law of the Sea*, opened for signature 10 December 1982, [1994] I-31363 (Entered into force 16 November 1994), Art 56, 60, 80 and 87.

23 *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf (Rome Protocol 1988)*, opened for signature 10 March 1988, [1992] I-29004 - (Entered into force 1 March 1992), Art 1(3).

Variable	Potential security risks	
	Advantages	Disadvantages
Accessibility (Isolated)	All information to and from outside the installation may be restricted ²⁴	Slow response
Law Enforcement	Subject to the laws of the ship/ installation flag	In installations located in the maritime territory of a country, law enforcement is subject to the laws of the country that owns the territory.
Immigration	Subject to the laws of the country where the installation is located, all personnel have passports and have residence permits so that the certainty of their immigration law is guaranteed	Immigration service bureaucracy is far inland

Source: Analysed from the primary source

Offshore oil and gas installations are a costly and complex asset. Several offshore installations cost more than US\$1 billion to build, and of course, the operational and maintenance costs that must be borne are not small.²⁵ We must all understand that this offshore oil and gas installation is not a fortress. For this reason, offshore installation platforms are designed according to their designation to explore and exploit the natural resources beneath them in the framework of economic prosperity. So it is unsurprising that offshore installations have high economic value, not only as an asset but also as a product. In its operational history, several of these offshore installations have faced various security risks. According to Kashubsky, there are at least several attacks against these offshore installations, including:²⁶

1. Threats of attack

The easiest and cheapest attack from the perpetrator's perspective as it requires no unique resources or expertise, but it is expensive for the instal-

24 JENKINS, Brian Michael., CORDES, Bonnie., TREVERTON, Karen Gardela., PETTY, Geraldine. *A Chronology of Terrorist Attacks and Other Criminal Actions Against Maritime Targets*. In: JENKINS, Brian Michael., CORDES, Bonnie. *Violence at Sea* (Paris, ICC Publishing S.A., 1986), pp.3. Available online at <https://www.rand.org/pubs/papers/P6906.html>.

25 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp.131.

26 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp.137-146.

lation to ensure the threat does not occur. Kashubsky noted ten threats, both bombs and attacks on offshore oil and gas installations.²⁷ An example of a recorded attack threat is the threat of a bomb attack on Philips Petroleum Company offshore installations in the Hewett oil field area in England on August 25, 1975. After an investigation by the authorities, it was determined that the telephone threat from an unknown source was fake news (hoax). There were also threats of attacks on British and Norwegian offshore installations in the North Sea in 1981 by the Free Palestine Liberation Group. Like the 1975 case, the 1981 case was declared a fake threat. Even though it did not result in physical damage, this fake threat of attack resulted in huge losses by stopping the operation of oil and gas refineries and operations that had to be deployed to evacuate personnel and search for bombs as the source of the threat.²⁸

2. Bombings

Detonating explosives is tricky because the executant must reach the target first. Bombings are severe attacks that can damage and even destroy offshore installations bringing operations to a complete halt for a very long time. At least six incidents of bombings were recorded on installations. Furthermore, one attack used underwater explosives against underwater installation structures and oil pipelines.²⁹ An example is the bombing of the offshore installations at the Afremo oil refinery in Nigeria on June 25, 2009, by MERD rebels. In this event, the MERD rebels destroyed the supporting structure, resulting in the collapse of the offshore installation and the cessation of oil production and distribution from the installation.³⁰

3. Directly targeted attacks

Whether fired or launched, a direct attack with a weapon is one of the most direct attacks because it can be carried out at a considerable distance from a stationary object. In addition to weapons, direct attacks can use aircraft or ships as a medium for an attack. According to Kashubsky's research, there were eleven armed attacks and one attack by ship against offshore installations.³¹ An example of this event is the air attack by the Iraqi air force on Iranian offshore installations in the Nowruz area in March 1983. This direct attack resulted in the destruction of the offshore installations, the spilling of oil in sea waters and a severe fire in the oil spill.³²

27 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp.137.

28 JENKINS, Brian Michael., *Potential Threats to Offshore Platforms*. (Santa Monica, CA: RAND Corporation, 1988). pp.108.

29 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp.138-140.

30 AVIS, Peter., *Oil Platform Security: Is Canada Doing All It Should?* (Ottawa, Canada, Energy Infrastructure Protection Policy Research Project, 2006) pp.59.

31 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp.140 and 142.

32 HOSMER, Alicia Watts., STANTON, Colby E., BEANE, Julie L. "Intent to spill: Environmental

4. Infiltration, hijacking, kidnapping and hostage-taking

Twenty-seven attacks were reported as armed infiltration of offshore oil and gas installations. From several acts of armed intrusion, some only robbed, and some others hijacked and then took hostages to kidnap. However, not all piracy is carried out by outsiders. In several cases, it was found that striking workers or the local community hijacked offshore installations.³³ For example, in Nigeria on July 31 2000, a group of youths hijacked and took 165 workers hostage at offshore installations, including 20 workers of foreign nationality. There was no extensive coverage in the mass media regarding the incident and the fate of the perpetrators. However, witnesses stated that they were released four days later by the group of hostage takers after an agreement was obtained to pay a ransom from the oil company.³⁴

5. Insider crimes

Although not in the category of armed attacks, insider crimes can have severe consequences for offshore installations and production processes. Acts of sabotage, illegal access to disclosure of confidential information dominate this crime. There is no official record of this attack, which may negatively impact the credibility of offshore installation operators.³⁵

6. Cybercrime

Cybercrime is the most famous attack in recent times because it requires no physical contact and reduces the risk of being caught. Along with the development of the era, there have been many operational processes for oil and gas installations that have used information technology and can be accessed digitally. Cyber attacks are carried out against energy infrastructure and information technology systems that drive an operation process in offshore installations. In 2014, cyber-attacks were reported in the form of hacking of 300 oil and gas industry companies in Norway.³⁶

7. Protest

Although not included in the attack category, protests can potentially disrupt offshore installations and production operations. Thirty-seven pro-

Effects of Oil Spills Caused by War, Terrorism, Vandalism, and Theft.” In *International Oil Spill Conference*, Vol. 1997, No.1, pp.157-163. American Petroleum Institute, 1997.

33 KASHUBSKY, Mikhail. (2016) pp.140-142 see also at JENKINS, Brian Michael. (1988) pp.17.

34 LIA, Brynjar., KJOK, Ashild. *Energy Supply as Terrorist targets? Patterns of Petroleum Terrorism*. In: HERADSTVEIT, Daniel., HVEEM, Helge. (eds). *Oil in the Gulf: Obstacles to Democracy and Development* (New York, Routledge, 2017), pp.110.

35 JENKINS, Brian Michael., *Potential Threats to Offshore Platforms*. (Santa Monica, CA: RAND Corporation, 1988). pp.3-5.

36 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp.144-145 see also at: MULLER, Lilly Pijnenburg., GJESVIK, Lars., FRIIS, Karsten. *Cyber-Weapons In International Politics: Possible Sabotage Against The Norwegian Petroleum Sector* (Oslo, Norway, Norwegian Institute of International Affairs 2018) pp.6-7.

tests resulted in operational disruptions, of which seven escalated into the forced takeover and illegal detention of offshore installation workers.³⁷ One example is the protest by the environmental activist group “Greenpeace” on September 21, 2010, at the Chevron drilling ship in the northern seas of Scotland.³⁸

The most dangerous of attacks and disturbances in offshore installations is when the attacks or disturbances are carried out simultaneously or almost simultaneously in terms of methods and targets. Kashubsky stated that these simultaneous attacks are more challenging to deal with and can potentially disrupt supply chains and cause more significant economic damage.³⁹ In a similar study, Deloughery stated that this kind of simultaneous attack generally has a higher probability of success and creates more casualties.⁴⁰

Various legal instruments have been issued to anticipate various vulnerabilities and as a reaction to attacks aimed at offshore installations. These legal instruments can be seen from the history of forms. At the first Conference on the Law of the Sea (UNCLOS I), the clause regarding the construction of offshore installations on the continental shelf became one of the main topics of discussion. These legal provisions become guidelines for countries that own offshore installations during the operation process. Then until UNCLOS 1982⁴¹, the clause regarding offshore installations was not only the domain of the continental shelf⁴² but also contained in the EEZ⁴³ and the high seas⁴⁴, which became the regime of waters for the development of offshore installations.⁴⁵

37 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp. 145.

38 ROGERS, Richard., *Greenpeace Forced To End North Sea Oil Drilling Protest* (26 September 2010), theguardian.com, Available online at: <https://www.theguardian.com/environment/2010/sep/26/greenpeace-protest-stena-carron-chevron>

39 KASHUBSKY, Mikhail., (2016), pp. 146.

40 DELOUGHERY, Kathleen. 2013. Simultaneous attacks by terrorist organisations. *Perspectives on Terrorism*. Vol.7, No.6, pp.79-89.

41 UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*, opened for signature 10 December 1982, [1994] I-31363 (Entered into force 16 November 1994).

42 UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Article 80 states that Article 60 applies mutatis mutandis to artificial islands, installations and structures on the continental shelf.

43 UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Article 56 Paragraph (1) point i states that in the EEZ, the coastal State has jurisdiction as provided by the relevant provisions of this Convention regarding the establishment and use of artificial islands, installations and structures; and Paragraph (1) letter b of Article 60 UNCLOS states that in an EEZ, the coastal State shall have the exclusive right to construct and authorize and regulate the construction, operation and use of installations and structures for the purposes provided for in Article 56 and other economic purposes.

44 UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Article 87 Paragraph (1) letter d states that the high seas are open to all countries, be they coastal states or non-coastal states. The freedom of the high seas is exercised under the provisions of this Convention and by other international law. That consists in the freedom to build artificial islands and other installations permitted under international law, subject to chapter VI.

45 HEFNI, Hanna Adistyana. (2021), pp.501.

Apart from UNCLOS 1982, which is more of a “constitution” for international law of the sea, other international legal instruments that also regulate the protection and security of offshore installations can be found expressly in several international laws, such as:⁴⁶

1. The Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (SUA Convention) 1988 and 2005;
2. The International Convention against the Taking of Hostages (The Hostages Convention 1979);
3. The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (UNTOC, also called the Palermo Convention 2000);
4. The International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS 1974), including versions and amendments;
5. The International Ship and Port Facility Security Code (ISPS Code);
6. Seafarers’ Identity Documents Convention (SID 1958) and Seafarers’ Identity Documents Convention (Revised), 2003 (C185); and
7. The Charter of the United Nations (UN Charter)

Of course, this international legal instrument does not fully address offshore installations. However, several articles in this legal instrument are directly related to offshore installations, and most of them are only related to their operations. This international legal instrument is understandable because the central portion of the law of the sea instruments is related to the sea, people and ships. At the same time, offshore installations can be considered separate entities.

Of the various international legal instruments mentioned above, one derivative is directly related to offshore installations, namely the Rome Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf 1988. In short, this protocol requires the countries that own the installation offshore to establish penal provisions for illegal acts against offshore installations in the continental shelf zone.⁴⁷ The

46 KASHUBSKY, Mikhail. (2016), pp.383-399.

47 HEFNI, Hanna Adistyana. (2021), pp.503.

1988 Rome Protocol establishes the *aut dedere aut judicare*⁴⁸ principle, which criminalizes the behaviour of:⁴⁹

1. Who takes control of offshore installations by force or by the threat of force;
2. Those who take acts of violence against a person on an offshore installation if it can endanger the safety of the installation;
3. Destroying offshore installations or damaging them to endanger safety;
4. Those who place or cause the placement of a tool or material in offshore installations that cause damage or can damage the ship or its cargo;
5. Parties who injure or kill anyone while carrying out the actions mentioned in numbers 1 – 4 above;
6. Parties who try one of the actions as mentioned in numbers 1 – 5 above;
7. Parties who become accomplices for one of the actions mentioned in numbers 1 – 6 above; and
8. Forcing other people through threats to take one of the actions mentioned in numbers 1 – 7 above.

Based on all the international legal instruments mentioned above, primarily when referring to UNCLOS 1982, the coastal state of offshore installations has the following rights and obligations:

48 In law, the principle of *aut dedere aut judicare* («either extradite or prosecute») refers to the legal obligation of states under public international law to prosecute persons who commit serious international crimes where no other state has requested extradition. However, the Lockerbie case demonstrated that the requirement to extradite or prosecute is not a rule of customary international law. The obligation arises regardless of the extraterritorial nature of the crime and regardless of the fact that the perpetrator and victim may be of alien nationality. Typically offences classified as falling under the *aut dedere aut judicare* principle include:

- Hijacking of civilian aircraft
- Taking of civilian hostages
- Acts of terrorism
- Torture
- Crimes against diplomats and other “internationally protected persons”, and;
- Financing of terrorism and other international crimes

For further reading, see: Stephen Hall, *International Law 2nd Ed.* (Sydney : LexisNexis Butterworths, 2006). Available online at: <https://nla.gov.au/nla.cat-vn3660464>

49 UNITED NATIONS. *Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf* (Rome Protocol 1988).

Table 2. *Rights and Obligations of the Coastal State From Offshore Installations*⁵⁰

Rights	<ol style="list-style-type: none"> 1. Have exclusive jurisdiction over offshore installations; 2. Establish a safety zone around the offshore installation of a reasonable size to ensure the safety of navigation and the offshore installation itself; and 3. Determine the area of the safety zone according to international standards, and the determination of the safety zone must be reasonable to ensure the nature and function of the offshore installation.
Obligations	<ol style="list-style-type: none"> 1. Provide notification regarding the construction of offshore installations; 2. Dismantling offshore installations that are no longer operating in order to ensure the safety of navigation; 3. Ensure that the process of dismantling offshore installations does not interfere with fishing, pollute the marine environment, as well as the rights and obligations of other countries; 4. Publicly provide information on the depth, position, and dimensions of offshore installations that are not entirely dismantled; 5. Determine the safety zone around the offshore installation not more than 500 meters measured from the outermost point of the offshore installation, except as authorized by international standard general agreement or as recommended by a competent international organization; 6. Inform the area of the safety zone for offshore installations; 7. Not constructing offshore installations where disturbances to them may arise due to the use of sea lanes of recognized importance for international navigation; and 8. Continue to pay attention to the interests of other countries exercising the freedom of the high seas and the rights granted by the convention regarding activities in the area in exercising the freedom to build offshore installations.⁵¹

Source: UNCLOS, Article 60 Paragraph (2), (3), (4), (5), (6), and (7).

50 HEFNI, Hanna Adistyana. (2021), pp. 501-502.

51 UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Article 87 paragraph (2).

Offshore security refers to actions taken to ensure the safety and security of ships, ports and other maritime facilities. As a form of compliance with UNCLOS 1982 and other international legal instruments mentioned above, the coastal state drafted national legal instruments relating to offshore installations. In Indonesia, the International Ship and Port Facility Security Code (ISPS Code) is implemented through Chapter XI-2 of the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS).⁵² The ISPS code was developed in response to the perceived threat following the 9/11 attacks on the United States. This safety regulation has two main parts: a mandatory clause and a clause in the form of implementing guidelines that aim to improve maritime security by providing special measures for ships and ports.⁵³ Indonesia follows up on this international law through Law Number 5 of 1983 concerning the Exclusive Economic Zone (UU ZEE), Government Regulation Number 17 of 1974 concerning Supervision of the Implementation of Oil and Gas Exploration and Exploitation in Offshore Areas and Minister of Transportation Regulation (Permenhub) Number 25 of 2011 concerning Shipping-Navigation Auxiliary Facilities, as well as Government Regulation Number 31 of 2021 concerning Implementation of the Shipping Sector. In Indonesia, several steps are taken to ensure the safety of offshore facilities. For example, Port Facility Security Officers (PFSOs) are responsible for ensuring that port facilities meet security requirements.⁵⁴ The organization also conducts internal audits to evaluate the implementation of ship and port security management.⁵⁵ In addition, there is a Declaration of Security (DoS), a written agreement between the ship's master and the port facility stating that they have complied with all relevant security requirements.⁵⁶

Developing a Security Level Score (SLS) is another step taken in Indonesia to improve offshore safety. The SLS assesses the risk associated with various incidents and adapts security plans accordingly. The SLS helps ensure appropriate actions are taken to prevent or respond to potential threats.⁵⁷ Indonesia

52 DIRECTORATE GENERAL OF SEA TRANSPORTATION, *Indonesia Implements ISPS Code Consistently to Ships and Port Facilities* (18 November 2016), hubla.dephub.go.id

53 UNITED NATIONS. *International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974* (with annex and final act of the International Conference on Safety of Life at Sea, 1974), opened for signature 1 November 1974, [1980] I-18961 - (Entered into force 25 May 1980), Chapter XI Art 2.

54 PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF INDONESIA, *Government Regulation of the Republic of Indonesia Number 31 of 2021 concerning the Implementation of the Shipping Sector* (State Gazette of the Republic of Indonesia 2021 Number 41), Article 186.

55 PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF INDONESIA, *Government Regulation of the Republic of Indonesia Number 31 of 2021 concerning the Implementation of the Shipping Sector*, Articles 183 – 197.

56 PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF INDONESIA, *Government Regulation of the Republic of Indonesia Number 31 of 2021 concerning the Implementation of the Shipping Sector*, Article 1, Number 60.

57 WICAKSONO, Agung Bimo., *Development Of Security Level Score On Port And Vessel In Indonesia* (Institute of Technology Sepuluh Nopember Surabaya, Final Project, 2016), pp.1-4.

takes offshore security seriously and has implemented ISPS Code compliance, PFSO, internal audits, DoS agreements and SLS assessments. These steps aim to enhance maritime safety and protect against potential threats.

In England, this compliance form is outlined through Health and Safety at Work regulations such as Act 1974 (Application Outside Great Britain) Order 2013 and The Offshore Installations (Safety Zones) (No. 2) Order 2019 No. 1166.⁵⁸ In Australia, the form of compliance with UNCLOS 1982 and other international legal instruments related to offshore installations is outlined in the Offshore Petroleum and Greenhouse Gas Storage Act 2006, along with its amendments and related bills.⁵⁹

If we look at the description above, we can see that the international law of the sea has provided formal protection for the safety of offshore oil and gas installations. Along the same line, coastal states interested in offshore installations have made a series of legal instruments that apply in their country. However, according to Mikhail Kashubsky and Anthony Morrison in their research, the legal instruments made by these countries are not entirely accepted and binding in the international maritime world.⁶⁰ For example, in Australia, according to the results of an investigation established under the Inspector of Transport Security Act 2006⁶¹. It was found that even though national legal instruments further regulated the expansion of security zones and the establishment of particular security areas around offshore installations. This would not necessarily be respected by the public, the maritime industry, especially foreign ships that will pass around offshore installations. This disrespect is because these national legal instruments are inconsistent with the international law of the sea instruments that have been in force and agreed upon so far and are not in line with the principle of freedom of navigation in waters outside the terri-

58 HEFNI, Hanna Adistyana. (2021). pp.503, see also at: Health and Safety Executive, *Offshore Health and Safety Law* (last edited n.a.) Available online at: <https://www.hse.gov.uk/offshore/law.htm>, and at: Legislation.gov.uk, *Statutory Instrument's 2019 No. 1166 on Offshore Installations: The Offshore Installations (Safety Zones)(No2) Order 2019*, (last edited n.a.) Available online at: <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2019/1166/made>.

59 DEPARTMENT OF INDUSTRY, SCIENCE, ENERGY AND RESORCES. Regulating offshore Oil and Gas in Australian Commonwealth Waters (last edited 8 December 2021) Available online at: <https://www.industry.gov.au/regulations-and-standards/regulating-offshore-oil-and-gas-in-australian-commonwealth-waters>.

60 KASHUBSKY, Mikhail, and MORRISON, Anthony. 2013. Security of Offshore Oil and Gas Facilities: Exclusion Zones and Ships' Routeing. *Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs*. Vol.5, No.1, pp.1-10.

61 The Australian Government in 2010, ordered an investigation into the security arrangements of Australia's offshore oil and gas industry. Pursuant to the Inspector of Transport Security Act 2006, the Inquiry was created to report to the Minister of Infrastructure and Transport on the security of offshore oil and gas resources in the Australian territorial sea and on the Australian continental shelf. For further reading see at: KASHUBSKY, Mikhail, and MORRISON, Anthony. (2013).

torial sea.⁶² Meanwhile, in Indonesia, there is no official record of threats and disturbances to offshore installations operating around the territorial sea or up to the Indonesian Exclusive Economic Zone. This directly causes the absence of laws and regulations in Indonesia that specifically address the protection and security of special structures at sea, such as offshore installations.

The safety of offshore oil and gas installations is a very complex and sensitive issue in international law. With the development of technology and the exploitation of marine resources, countries must ensure that these activities are carried out safely and responsibly. As a subject of maritime law, offshore installations located in a country's sea territory must of course be subject to positive law in that country.⁶³ This is no exception to immigration regulations. The state has an obligation to regulate immigration and ensure that marine resource exploitation activities do not disrupt the security and safety of the country. In this context, the state must ensure that companies carrying out oil and gas exploitation have valid permits and meet the safety standards set by the government.⁶⁴ In the case of an accident at an offshore installation, the government must have a clear liability system to cover losses arising from the accident. The government must also ensure that companies carrying out marine resource exploitation have sufficient insurance to cover losses arising from the accident. The safety of offshore oil and gas installations is a shared responsibility between the state and the company.⁶⁵ The state must strictly implement applicable regulations, including safety zones, liability, and compensation. Companies must also meet the safety standards set by international and national regulations. In the context of national immigration law, the government must ensure that marine resource exploitation activities do not disrupt the security and safety of the country.⁶⁶ Thus, the status of personnel and marine resource exploitation activities can be carried out safely and responsibly, and avoid damage to the marine environment.

CONCLUSION

Offshore oil and gas installations are one of the pillars of production in the world's oil and gas industry. As part of a multi-trillion dollar industry, offshore installations have high economic value. However, based on their production role and as a symbol of the operator's technological progress, offshore installations have security issues that must be faced.

62 KASHUBSKY, Mikhail, and MORRISON, Anthony. (2013), pp.1-10.

63 AFRIANSYAH, Arie., SURTIWA, Salsabila Siliwangi. (2020). pp.422.

64 HEFNI, Hanna Adistyana. (2021). pp. 501-502.

65 MENDES, Pietro AS., HALL, Jeremy., MATOS, Stelvia., SILVESTRE, Bruno. 2014. Reforming Brazil's Offshore Oil and Gas Safety Regulatory Framework: Lessons From Norway, the United Kingdom and the United States." *Energy Policy*. Vol.74, pp.443-453.

66 ARIFIN, Ridwan, HANITA, Margaretha, RUNTURAMBI, Arthur Josias Simon. 2024. Maritime Border Formalities, Facilitation and Security Nexus: Reconstructing Immigration Clearance in Indonesia. *Marine Policy*. Vol.163, pp.106101.

To that end, international legal instruments have been prepared to complement each other in dealing with various security issues and attacks that have and will occur on offshore installations. In line with this effort, coastal countries have also participated in drafting and enforcing national legal instruments that are considered appropriate to the conditions they face. Historically, international legal instruments have provided formal restrictions on offshore installations, partly in various legal instruments or specifically through the 1988 Rome Protocol. While international legal instruments have provided formal protection for the security of offshore oil and gas installations, some national (domestic) legal instruments have gone beyond the international legal agreements in operation. Although national legal instruments aim to provide stronger protection for the existence and operation of offshore installations, there is no obligation on the part of the international community to comply with these domestic instruments when offshore installations are outside the territorial sea. The opposite is not true when offshore installations are in a country's maritime territory. The positive law of the country where the offshore installation is located is binding and is above the flag law of the installation (the ship's flag law) such as immigration, customs, health and security laws.

REFERENCES

AFRIANSYAH, Arie., and SURTIWA, Salsabila Siliwangi. Surveillance at Sea: Legal Aspects of Offshore Installation's Utilization. **Journal of Indonesian Legal Studies**. Vol.5, No.2, pp.419-48, 2020. doi:<https://doi.org/10.15294/jils.v5i2.38943>.

AJI, Koesmoyo Ponco., PURNOMO, Agung Sulistyoo., NURKUMALAWATI, Intan., WIRAPUTRA, Anindito Rizki., BAWONO, Sri Kuncoro., SOHIRIN, S., Wilonotomo, W. Investigating The Role of E-Service Quality and Information Quality On E-Government User Satisfaction In The Immigration Department. **International Journal of Data and Network Science**. Vol.8, No.4, pp.2499-2508, 2024. doi:<https://doi.org/10.5267/j.ijdns.2024.5.008>

ARIFIN, Ridwan, HANITA, Margaretha, RUNTURAMBI, Arthur Josias Simon. Maritime Border Formalities, Facilitation and Security Nexus: Reconstructing Immigration Clearance in Indonesia. **Marine Policy**. Vol.163, pp.106101, 2024. doi:<https://doi.org/10.1016/j.marpol.2024.106101>

AUSTIN, Diane E., PRIEST, Tyler, PENNEY, Lauren., PRATT, Joseph., PULSI-PHER, Allan G., ABEL, Joseph., TAYLOR, Jennifer., **History Of The Offshore Oil And Gas Industry In Southern Louisiana**. Iowa, U.S. Dept. of the Interior, Minerals Management Service: Gulf of Mexico OCS Region: OCS Study MMS, 2008, link:<https://biotech.law.lsu.edu/blog/offshore-oil-in-southern-louisiana-vol1.pdf>

AVIS, Peter., **Oil Platform Security: Is Canada Doing All It Should?** Ottawa, Canada, Energy Infrastructure Protection Policy Research Project, 2006.

BARBESGAARD, Mads. Blue Growth: Savior or Ocean Grabbing? **The Journal of Peasant Studies**. Vol.45, No.1, pp.130–49, 2017. doi:10.1080/03066150.2017.1377186.

BLYSCHAK, Paul Michael. Offshore Oil And Gas Projects Amid Maritime Border Disputes: Applicable Law. **Journal of World Energy Law and Business**. Vol.6, No.3, pp.210-233, 2013. doi:https://doi.org/10.1093/jwelb/jwt008

CASSIDY, Fikry, et.al, **Maritime Axis Diplomacy: Maritime Security in the Perspective of Foreign Policy**. Jakarta, Agency for Policy Assessment and Development of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Indonesia, 2016.

DELOUGHERY, Kathleen. 2013. Simultaneous Attacks By Terrorist Organisations. **Perspectives on Terrorism**. Vol.7, No.6, pp.79-89. <https://www.jstor.org/stable/26297066>

DEPARTMENT OF INDUSTRY, SCIENCE, ENERGY AND RESORCES. **Regulating offshore Oil and Gas in Australian Commonwealth Waters**. (last edited 8 December 2021) Available online at: <https://www.industry.gov.au/regulations-and-standards/regulating-offshore-oil-and-gas-in-australian-commonwealth-waters>

DIRECTORATE GENERAL OF SEA TRANSPORTATION, **Indonesia Implements ISPS Code Consistently to Ships and Port Facilities** (18 November 2016), hubla.dephub.go.id , Available online at <https://hubla.dephub.go.id/home/post/read/4659/indonesia-implementasikan-isps-code-secara-konsisten-terhadap-kapal-dan-fasilitas-pelabuhan>

FAHRUDIN, Achmad., and SOLIHIN, Akhmad. **Maritime and Fisheries Legality: Development of International Maritime Law and Indonesian Legislation 2nd Edition**, Jakarta, Indonesia Open University, 2018.

GIANNOPOULOS, Nikolaos. Global Environmental Regulation of Offshore Energy Production: Searching For Legal Standards In Ocean Governance. **Review of European, Comparative & International Environmental Law**. Vol.28, No.3, pp.289-303, 2019. doi:https://doi.org/10.1111/reel.12296

GORDON, Todd., and WEBBER, Jeffery R. Imperialism and Resistance: Canadian Mining Companies in Latin America. **Third World Quarterly**. Vol.29, No.1, pp.63–87, 2007. doi:10.1080/01436590701726509.

HALL, Stephen., *International Law 2nd Ed.* (Sydney : LexisNexis Butterworths, 2006). <https://nla.gov.au/nla.cat-vn3660464>

HEALTH AND SAFETY EXECUTIVE, **Offshore Health and Safety Law** (last edited n.a.) Available online at: <https://www.hse.gov.uk/offshore/law.htm>

HEFNI, Hanna Adistyana. Rights and Obligations of States Owning Offshore Installations Regarding International Navigation According to International Law. **Jurnal Hukum & Pembangunan**. Vol.51, No.2, pp.1885-1902, 2021. doi:10.21143/jhp.vol51.no2.3062

HOSMER, Alicia Watts., STANTON, Colby E., BEANE, Julie L. Intent to spill: Environmental Effects of Oil Spills Caused by War, Terrorism, Vandalism, and Theft. In **International Oil Spill Conference**, Vol. 1997, No.1, pp.157-163. American Petroleum Institute, 1997. doi:<https://doi.org/10.7901/2169-3358-1997-1-157>

HUAFANG, Huang., CHENG, Xianfu., WEI, Liangli., LIU, Dongping., DENG, Minmin. Are Natural Resources A Driving Force For Financial Development Or A Curse For The Economy? Policy Insight From Next-11 Countries. **Resources Policy**. Vol.88, No.104466, 2024. doi:<https://doi.org/10.1016/j.resourpol.2023.104466>

JENKINS, Brian Michael., CORDES, Bonnie., TREVERTON, Karen Gardela., PETTY, Geraldine. *A Chronology of Terrorist Attacks and Other Criminal Actions Against Maritime Targets*. In: JENKINS, Brian Michael., CORDES, Bonnie. **Violence at Sea**. Paris, ICC Publishing S.A., 1986. Available online at <https://www.rand.org/pubs/papers/P6906.html>.

JENKINS, Brian Michael., **Potential Threats to Offshore Platforms**. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 1988. pp.3-5. Link: <https://www.rand.org/pubs/papers/P7406.html>.

KASHUBSKY, Mikhail, and MORRISON, Anthony. Security of Offshore Oil and Gas Facilities: Exclusion Zones and Ships' Routeing. **Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs**. Vol.5, No.1, pp.1-10, 2013. doi:10.1080/18366503.2013.10815725.

KASHUBSKY, Mikhail. **Offshore Oil and Gas Installations Security: An International Perspective**. London, Informa Law from Routledge, 2015 doi:<https://doi.org/10.4324/9781315794983>

LIA, Brynjar., KJOK, Ashild. *Energy Supply as Terrorist targets? Patterns of Petroleum Terrorism*. In: HERADSTVEIT, Daniel., HVEEM, Helge. (eds). **Oil in the Gulf: Obstacles to Democracy and Development**. New York, Routledge, 2017, pp.110.

MENDES, Pietro AS., HALL, Jeremy., MATOS, Stelvia., SILVESTRE, Bruno. Reforming Brazil's Offshore Oil and Gas Safety Regulatory Framework: Les-

sons From Norway, the United Kingdom and the United States. **Energy Policy**. Vol.74, pp.443-453, 2014. doi:<https://doi.org/10.1016/j.enpol.2014.08.014>

MULLER, Lilly Pijnenburg., GJESVIK, Lars., FRIIS, Karsten. **Cyber-Weapons In International Politics: Possible Sabotage Against The Norwegian Petroleum Sector**. Oslo, Norway, Norwegian Institute of International Affairs 2018.

NATIONAL OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMINISTRATION. **Ocean Explorer: Expedition to the Deep Slope. National Oceanic and Atmospheric Administration, Types of Offshore Oil and gas Structure** (last edited 26 August 2010) Available online at: http://oceanexplorer.noaa.gov/explorations/06mexico/background/oil/media/types_600.html (Accessed on 17 July 2024).

PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF INDONESIA. Government Regulation of the Republic of Indonesia Number 31 of 2021 concerning the Implementation of the Shipping Sector. (State Gazette of the Republic of Indonesia 2021 Number 41).

RADOVICH, Violeta S., **Oil And Gas In The Ocean-International Environmental Law And Policy**. Shanghai, China, IEEE, 2016. doi:10.1109/OCEAN-SAP.2016.7485581

ROGERS, Richard., **Greenpeace Forced To End North Sea Oil Drilling Protest**. 26 September 2010, theguardian.com, Available online at <https://www.theguardian.com/environment/2010/sep/26/greenpeace-protest-stena-carron-chevron>

SEREDIUK, Vitalii., SHUTAK, Illya., ONYSHCHUK, Ihor. Textualism As A Theory of Interpretation of Legal Norms In The Context of Doctrinal Views. **Statute Law Review**. Vol.45, No.1, pp.hmae006, 2024. doi:<https://doi.org/10.1093/slr/hmae006>

THE SECRETARY OF STATE OF THE UNITED KINGDOM. Statutory Instrument's 2019 No. 1166 on Offshore Installations: The Offshore Installations (Safety Zones)(No2) Order 2019, (last edited n.a.) Available online at: <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2019/1166/made>.

UNITED NATIONS. International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, opened for signature 2 November 1973, [1983] I-22484 - (Entered into force 2 Oktober 1983).

UNITED NATIONS. International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 (with annex and final act of the International Conference on Safety of Life at Sea, 1974), opened for signature 1 November 1974, [1980] I-18961 - (Entered into force 25 May 1980).

UNITED NATIONS. Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf (Rome Protocol

1988), opened for signature 10 March 1988, [1992] I-29004 - (Entered into force 1 March 1992).

UNITED NATIONS. United Nations Convention on the Law of the Sea, opened for signature 10 December 1982, [1994] I-31363 (Entered into force 16 November 1994).

VIDAL, Priscila da Cunha Jácome., GONZÁLEZ, Mario Orestes Aguirre., de MELO, David Cassimiro., FERREIRA, Paula de Oliveira., SAMPAIO, Priscila Gonçalves Vasconcelos., LIMA, Lílian Oliveira. Conceptual Framework For The Decommissioning Process of Offshore Oil and Gas Platforms. **Marine Structures**. Vol.85, 2022. doi:<https://doi.org/10.1016/j.marstruc.2022.103262>.

WICAKSONO, Agung Bimo., **Development Of Security Level Score On Port And Vessel In Indonesia**. Institute of Technology Sepuluh Nopember Surabaya, Final Project, 2016.

HISTORY AND CONSTITUTIONALISM OF THE GRAND DUCHY OF LUXEMBOURG: BRIEF NOTES*

HISTÓRIA E CONSTITUCIONALISMO DO GRÃO-DUCADO DE LUXEMBURGO: BREVES NOTAS

LUCAS RECKZIEGEL WESCHENFELDER**
GABRIELLE BEZERRA SALES SARLET***

ABSTRACT

The text provides a brief and general approach to the formation history of Luxembourg, emphasizing the constitutional landscape of the country, presented in three sections. The first one highlights the historical and formal events that lead to modern Luxembourg. In the second, the more important constitutional moments in the XIX century are exposed, with commentaries regarding the Constitutions of 1841, 1848, 1856, and 1868. In the third, the political and constitutional reforms of the XX century, considering the I and II World Wars, are commented upon, with the intention to expose some of the main characteristics of the Grand-Duché, such as its openness to the international sphere, constitutional actions for the integration of Europe, and the main normative diploma that shows the compromise with Human and Fundamental rights, considering specific dynamics of the relations of the powers of the state.

KEYWORDS: Luxembourg Constitutionalism. History of Luxembourg. Human and Fundamental Rights.

RESUMO

O texto fornece uma abordagem breve e geral da história da formação do Luxemburgo, enfatizando o cenário constitucional do país, apresentado em três seções. O primeiro destaca os eventos históricos e formais que levaram ao Luxemburgo moderno. No segundo, são expostos os momentos constitucionais mais importantes do século XIX, com comentários sobre as Constituições de 1841, 1848, 1856 e 1868. No terceiro, comentam-se as reformas políticas e constitucionais do século XX, considerando as I e II Guerras Mundiais, com a intenção de expor algumas das principais características do Grão-Ducado, como a sua abertura à esfera internacional, ações constitucionais para a integração da Europa, e os principais diplomas normativos, que exibem o compromisso com os Direitos Humanos e Fundamentais, considerando dinâmicas específicas das relações dos poderes do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo do Luxemburgo. História do Luxemburgo. Direitos Humanos e Fundamentais.

INTRODUCTION

Luxembourg is currently a Grand Duchy in the centre of Europe, bordering Germany, France and Belgium. Its leading role on the European

* This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001."

** Doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. PhD International Researcher at Goethe Universität – Frankfurt am Main. E-mail: lucasweschen@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9297-7465>.

*** Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg – Alemanha. Professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: gabrielle.sarlet@puccrs.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3628-0852>.

continent, especially in the aftermath of the Second World War, is characterised and symbolised by being one of the founding countries of the Council of Europe and also of the European Coal and Steel Community (ECSC - 1951), the embryonic organisation of what is now known as the European Union, and home to many of its institutions, such as the Court of Justice of the European Union (CJEU).

The aim of this text is to develop a few lines on Luxembourg history and constitutionalism. In particular, the intention is to highlight its historical formation, as well as to present the main constitutional-formal moments that constitute it, which, in a certain sense, are moulded into its culture and integrated into the country's contemporary constitutional dogma and structure.

To this end, the aim is to produce a general account of relevant constitutional moments in Luxembourg's history, in general terms, but understood as sufficient to outline the symbolic contexts and the constitutional, social and political initiatives that, in a complex way, were able to bring about the development of a unique constitutional system, from which lessons can be learnt, or at least constitutional-dogmatic understandings that are different from the best-known traditions in constitutional law studies.

The work is therefore divided into three sections, the first of which provides a formative historical overview of the Grand Duchy of Luxembourg, followed by an account of the country's main constitutional moments, highlighting the events that took place during the 19th and early 20th centuries, and concluding in the third section, with certain notes on the existing and present historical interconnections with the current normative text of the 1868 Constitution, with constitutional dogma, in the structuring of powers, and in the grammar linked to the Law of Human and Fundamental Rights, largely associated with a project of integration with the European continent, and of broad openness to the international-global scenario.

1. LUXEMBOURG: HISTORICAL-FORMATIVE NOTES

The Grand Duchy of Luxembourg only established itself as a nation-state during the second half of the 19th century, and it is understood (the position adopted in the text) that it was only with the Constitution of 1868 - still in force - and the creation of a 'dynasty of its own' in 1890, when its new international status was confirmed, that the country effectively became an "*indépendant, indivisible and inaliénable and perpetually neutral*" state, according to the original wording of art. 1 of the aforementioned Constitutional Charter¹.

1 CONSTITUTION DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. With the subsequent constitutional reforms, the final part regarding perpetual neutrality was removed. Currently, it reads: Article 1: The Grand Duchy of Luxembourg is a democratic, free, independent, and indivisible state.

However, its history - like that of all other countries and societies - is not formed in a unilinear fashion. Luxembourg, considering only documentary sources, is cited as a geographical entity delimited for the first time in 963, in a document of transaction and confirmation of ownership of a small castle, acquired by Siegfried (Sigefroi of Arras), which later became part of the Holy Roman Empire (it is common to understand this document as a founding act of "modern" Luxembourg, even though there is no explicit anticipation in its content), having, at its peak, a territorial extension four times larger than the current one².

In 1060, the region was ruled by Count Conrad, founder of the House of Luxembourg, which provided the Holy Roman Empire with four emperors between the 14th and 15th centuries, until it was replaced by the Habsburg dynasty³. It is curious that Luxembourg's pre-modern heyday has as its 'closing' milestone the same foundation as what is considered the milestone (or one of the milestones) of its modern conception, namely the absence of male heir-successors, with the death of Emperor Sigismund of Luxembourg in 1437, which ended the rule of the Luxembourg dynasty in Germany and central Europe.

Due to its prominence and growth under Duke Wenceslas I in 1354, it was already a key point of interest for many of the ruling families on the old continent. After 1433, when Philip III the Good, Duke of Burgundy, took the city of Luxembourg, the duchy was successively 'subjugated' by Burgundy (1443-1506), Spain (1506-1684), France (1684-1698), Spain (1698-1714), Austria (1714-1795) and again France (1795-1815). During this period, called the *age of dependence* by Thill and Gerkrath, Luxembourg lost an important part of its territory, including the Treaty of the Pyrenees (1659), in which Spain granted part of the south to France, and even with the Final Act of the Congress of Vienna of 1815, in which Luxembourg was established as a Grand Duchy, at the same time ceding part of the east of the country - the cities of Bitbourg and Saint Vith - to Prussia⁴.

With the end of the Napoleonic Wars in 1815, the territories of Luxembourg and Belgium were formally unified with the Kingdom of the Netherlands, with the purpose of creating a strengthened proto-state order against France, while Luxembourg remained a territorial entity that would be part of the German Confederation. At the Congress of Vienna, in addition to the aforementioned measures, it was determined the cession of Luxembourg,

In Luxembourgish: De Grand-Duché vu Lëtzebuerg ass en demokrateschen, fräien, onofhängegen an ondeelbare Staat. In ordinary German: Das Großherzogtum Luxemburg ist ein demokratischer, freier, unabhängiger und unteilbarer Staat.

2 SOBCZYNSKI, 2011, p. 88.

3 HENDRIKS, GOOSSENS, 2021, p. 39.

4 GERKRATH; THILL, 2014, p.1087.

"as a personal property to the King of the Netherlands," the then William I of Orange-Nassau⁵.

The 'stability' of the international negotiations anticipated in 1815 did not last long. In 1830, the Belgian provinces rebelled and the now Grand Duchy joined them. At the end of the same year, Belgium became an autonomous kingdom, and Luxembourg remained an integral part of the new nation until 1839, with both Belgian and Dutch government plans coexisting, when a western part of the territory was ceded to Belgium, and the rest was eventually recognised as a sovereign and independent state. This period is referred to as the Two Luxembourgs: i) The Grand Duchy of Luxembourg - Rule of Orange - Nassau; ii) the Belgian Luxembourg, which became a province of Belgium - even though a personal union with the Dutch crown lasted until 1890, with the death of King William III, and Luxembourg remained a member of the German Confederation until 1866⁶.

It is also important to note that, during this period, two international treaties were essential for the consolidation of Luxembourg's autonomy and independence. Following its separation from the Kingdom of Belgium in 1839, the Treaty of London of the same year - also known as the First Treaty of London - was the determining legal instrument for the development of the country's internal constitutional structure. On 11 May 1867, with the Second Treaty of London, at the end of the Austro-Prussian War and the "Luxembourg Crisis"⁷, Luxembourg's territorial integrity was ratified, as well as its political autonomy as foreseen in the Treaty of 1839. It was with the Second Treaty of 11 May 1867 that "[...] Luxembourg was declared perpetually neutral, and the great powers agreed to guarantee and to protect the neutrality of the Grand Duchy"⁸.

The treaty took place in the context of the Austro-Prussian War of 1866, which resulted in the dissolution of the *German Confederation*, at the same time as France turned its attention to Luxembourg in an attempt to incorporate it into its territory as a strategy to halt the advance of the Prussian Empire. Napoleon III, by the way, made an offer of five million francs to William III in order to acquire the Grand Duchy, which the latter accepted, but at the same time the Prussian garrison was still present in the fortress of Luxembourg, which generated opposition - 'Luxembourg's crisis' - that could have resulted

5 For example, in Articles 53, 54, 55 and 56, the English version explicitly quotes the final part of Article 53, [...] The Emperor of Austria and the King of Prussia [...] The King of Denmark for the Duchy of Holstein, and the King of the Netherlands for the Grand Duchy of Luxembourg, establish among themselves a perpetual Confederation, which shall be called "the Germanic Confederation". FINAL ACT OF THE CONGRESS OF VIENNA/GENERAL TREATY, 1815.

6 KMEC; JONGE, 2019.

7 VANDENBOSCH, 1959.

8 HENDRIKS; GOOSSENS, 2021, p. 40.

in a conflict on a continental scale. The Second Treaty of London thus forged a process of appeasement to the conflict, with Prussia eventually withdrawing its garrisons from the fortress of Luxembourg, the latter being declared perpetually neutral by the signatory powers and France renouncing its territorial claims^{9 10}.

In this historical process, even with the aforementioned Treaties and Constitutional movements, especially the one of 1868, there remains an understanding that it was only in 1890 that the country effectively freed itself from 'external' powers, when William III died. This was because, leaving no male descendants, his daughter Wilhelmina succeeded him to the Dutch throne, although she was unable to do so in Luxembourg, due to the application of the Salic Law and in accordance with the Nassau Family Pact (*Nassauischer Erbverein*) of 1783, thus founding a new dynastic line, which is preserved to this day (Art. 3 of the Constitution of 1868; Family Law). Article 3 of the Constitution of 1868; Family Pact of 30 June 1783; Article 71 of the Treaty of Vienna of 9 June 1815; and Article 1 of the Treaty of London of 11 May 1867).

With these brief general points, we can see that modern Luxembourg is the result of a continuous fragmentation and defragmentation, and not because of its own sovereign decisions - on the contrary, its 'sovereignty' was constituted late. The state and its society have constantly been the object of disputes, of external rather than internal movements to determine its constitutional architecture, not to mention the last two offences during World War I and World War II, with the latter invasion and domination being the main foundation of a period that has, in a sense, lasted since 1815, with regard to its perpetual neutrality, institutionally extinguished in 1948 and expressed in the constitutional reform of the same year by the Law of 28 April 1948¹¹.

It is not by chance that its contemporary expression in the central region of Europe not only finds space in the materiality of its narrative and multicultural process of self-construction¹² but also in its geographical and institutional actions on the European continent, with Belgium, and between Germany and France, the two largest powers on the continent. It also formulates itself as a systemic psychological and cultural condition of closure in its traditional pluralism, represented by the country's official languages, Luxembourgish, French, and ordinary German, with openness to other movements, represented by the highly present languages of Portuguese and Italian, emerging from two central concepts, in particularism and mixed culture/*Mischkultur*¹³, and advancing to a

9 KMEC; JONGE, 2019, p. 1.

10 Luxembourg. A Contry's Renaissance, 2024.

11 LUXEMBOURG. Révision de la Constitution. 1948.

12 PÉPORTÉ; KMEC; MAJERUS;; MARGUE, 2010.

13 Batty Weber, in 1909, produces a conceptual development from this locution, *Mischkultur*, which, in its historiographical unfolding, is based on the differences and linguistic productions

contingent social and narrative dispute with plural and hybrid social elements that vary over time.

However, still, its constitutional formation deserves attention, because it is able to show these processes with another lens, especially in the formatting of its independence and autonomy, and its openness to the international scene, in organized legal stationality, which is imprinted on the country's motto, *Mir wëlle bleiwe Wat Mir sin*, in Luxembourgish, meaning, in English, "We want to remain what we are" motto this taken from the poem and music of 1859, authored by Michel Lentz, *De Feierwon*, of the period mentioned, and of the events briefly reported above, constitutes a national manifestation, identity and politics of autonomy and independence, which is completed, "come here from France, Belgium, Prussia, we want to show you our homeland, question from all sides, we want to remain what we are¹⁴".

2. THE CONSTITUTIONS OF LUXEMBOURG

With this section, it is intended to make some comments about the constitutions of Luxembourg, 1841, 1848, 1856 and 1868. General notes will be made, which must be considered together what was previously weighted.

2.1 THE CONSTITUTION OF 1841 - THE CONSTITUTION OF STATES¹⁵

Luxembourg's first constitution of 1841 is the result of a complex network of historical causes¹⁶. Among many that could be named, and from what has already been anticipated in the previous section, the Belgian revolution of 1830, the coronation of Leopold as King of Belgium, and the successive war against the Netherlands of 1831, which led to a crushing defeat of the Belgian forces, there was the London Conference of 1831, at which Belgium was obliged to accept the division of the lands of Luxembourg, ceding part of the Grand Duchy to the Netherlands. Considering other relevant circumstances, however, only on 14 March 1838 did William of Orange ratify the Treaty of Luxembourg, between the Belgian (Walloon) and Dutch (present-day Grand Duchy) sides. It is said that Luxembourg lost part of its population from the period (175 thousand inhabitants) and almost two thirds of its territory (4,300 km²). The Treaty

realized/ occurred in Luxembourg during the time. WEBER, Batty. Über Mischkultur in Luxemburg. *Luxemburger Zeitung*, 11-12, fev. 1911.

14 Free translation of Luxembourgish: *Kommt hier aus Frankräich, Belgie, Preisen, Mir wëllen iech ons Heemecht weisen, Frot dir no alle Säiten hin, Mir wëlle bleiwe wat mir sinn. Frot dir no alle Säiten hin, Wéi mir esou zefridde sinn.*

15 LUXEMBOURG, 1941.

16 Just as a reminder, Luxembourg was constitutionally governed by the Constitution of the Netherlands of 1815, Grondwet, as a result of the consensus at the Congress of Vienna of 1815, in which it declared its integration into the German Confederation. In practice, Luxembourg was administered in this period as one of the 17 Dutch provinces.

of London of 1839, elsewhere referred to, came into force only on 14 April, formally guaranteeing the autonomy of Luxembourg. In fact, it is described that the Dutch, in part, had the intention of taking revenge on the personal sympathies of the people to the Belgians, and there was no promulgation of the promised constitution. On the contrary, a constant withdrawal from the protective joints of Luxembourg has been extended, with regard to the subjugations perpetrated by the German Confederation to its detriment. The treaty of 1839, therefore, is also considered the "third partition of Luxembourg"¹⁷.

It was only in 1841 that Luxembourg's first Constitution was proclaimed, on October 12, following the principles of the German Confederation, closely resembling the Constitutional Charter of the Netherlands from 1815 (Grondwet), thus closing the period also known as constitutional dualism, which remained present from 1830 until 1839¹⁸. The proclamation of the 1841 Constitution, consisting of 52 articles, is an institutional event that extends over the period from 1840 to 1849, during the government of William II. The 1841 Constitution is considered the cornerstone of modern Luxembourgish statehood. In addition to internalizing its own constitution, many state reforms were promoted, even though they were embedded in controversies surrounding the 'Prussian constellations' adhered to by the monarchy, albeit with resistance from the people due to fears of affecting trade relations with Belgium.

One of the main features of the aforementioned Charter is the foundation of a federalized state. Its own title, Constitution of States (Constitution d'Etats), expresses this organizational model. The Political Rights (art. 3^o) and the administrative-political organization demonstrates the symbolic point of an embryonic statiality in the process of constitutionalization. In addition, there are other rights in the constitutional text mentioned, and can be cited those characteristically incorporated in a liberal grammar, of first dimension/generation. Article 41 mentions the equality of Luxembourgers before the law, irrespective of religious creed, class or birth (1), freedom of opinion and religious worship (2), the individual freedom not to be arrested and persecuted, the principle of the natural judge (3), the inviolability of domicile (4), property, possession and peaceful enjoyment of property (5), and the admissibility of only Luxembourg nationals or their counterparts, in public jobs (6).

To the Grand Duke, the powers of a then emerging constitutional sovereignty were delegated. To the Assembly of the States, institutionalized as a permanent legislative body, whose members were indirectly elected, the

17 SOBCZYNSKI, 2011, p. 93.

18 From 1830 to 1839 the following situation would characterize the aforementioned constitutional duality: after the Belgian revolution, the fortress and the city of Luxembourg were governed by the German Confederation, being governed by the Constitution of the Netherlands, while the rest of the country had become a Luxembourg province of Belgium, subject to the Belgian Constitution of 1831.

established powers were limited, but they already pointed a path to the future (six-year terms; renewed by half, three years. Approval of legal changes: only in tax and criminal laws and tariff regulations; for other laws, only their opinion was required).

The issue, however, surrounding the 1841 Charter, lies in the formalization of an initial constitutional structure, administrative autonomy for the country, and a grammatical inauguration of constitutional rights; however, it does not address the real situation materialized in the region, referred to by Gerkrath and Thill¹⁹ as an authoritarian regime encapsulated in its normative diploma, which is why its acceptability was unable to penetrate all sections of society.

In view of these situations, and even shortly after its entry into force in 1841, many parts of Luxembourgish society were already seeking its reform, which was initially rejected by William II. However, by the end of the 1840s, with revolutions in France and Germany in 1848, with social problems on the rise within the country such as unemployment, inflation, and famine, a preparatory process for an "authentic" constituent assembly was forged, held in the year 1848²⁰.

2.3 THE CONSTITUTION OF 1848 - A LIBERAL CONSTITUTION

In the year 1848, a correlation of revolutionary social movements succeeded in Europe, eminently, in the central region of the continent (France and Germany, to name only those). It was not different in Luxembourg²¹, even if at times one criticizes the little attention given to this important movement, by the national historiography of monarchist inspiration. However, interest grows in the events that preceded the constituent assembly of 1848²². In March 1848, reports Thewes, riots broke out in different localities of the Grand Duchy of Luxembourg, and it is recorded, on March 8, someone shouting, "Long live the Republic!" while, the next day, in the fortress, the gendarmes arrest a person who shouts in the streets, "Damn the Prussians!"²³. The question cannot be covered in this text, but it is quoted that, in many communes, social unrest was

19 GERKRATH; THILL, 2014, p. 1088.

20 The 'circumstantial' question is also delineated in the Netherlands, where William II cedes to the liberals, establishing a new regime, with the Constitution of 1848, still in force.

21 CALMES, 1958.

22 The government itself, in 2023, carried out a myriad of actions to remember and spread knowledge about the events of the time. In the exhibition "1848 - Revolutioun zu Lëtzebuerg" images and stories about the subject were exposed. Also, in this context, the book "1848 - Revolutioun zu Lëtzebuerg" was organized, containing sixteen texts that address specific points of events that characterize the historical moment. Available:

ARCHIVES PORTALEUROPE, 2023.

THIELE, 2023.

ARCHIVES NATIONALES DE LUXEMBOURG, 2023.

23 THEWES, Guy, 2015, p. 80-82.

organized, standing out as a point of gravity, the commune of Ettelbruck, being, by the way, the site of the first seat of the Constituent Assembly on April 25, 1848.

To put it briefly, the issue is resolved with a strategic action by the then Grand Duke William II, who yields to the people's demands (as he also does in the Netherlands), although creating an alliance with the bourgeois leadership of the country. On March 15, censorship in the Grand Duchy is abolished. Still in late March 1848, on the 24th, a Grand Ducal decree is established to form a commission to examine and propose a government preservation plan. On March 30, approval is voted in the legislature (Assembly of the States, preserved in the 1841 Constitution), to proclaim a new constituent assembly, which is accepted by the Grand Duke on April 1. Elections for the assembly were held on April 19, 1848. The first meeting takes place on April 25 in Ettelbruck. Subsequently, the Constituent Assembly moves from Ettelbruck to Luxembourg City, eventually being held and completed in the municipal building of the city and seat of government²⁴. The assembly, concluding its work in a few months, adopts the new constitution on June 23, 1848, with the consent of William II on July 9 and 10²⁵, and it comes into effect on August 1, 1848²⁶, comprising 127 articles.

As mentioned earlier, the 1848 Constitution symbolizes a process of continuity²⁷ rather than fracture, the result of a 'revolution', although social upheavals have assisted in the alteration and constitutional structure of the Luxembourgish State, such as in the maturation of an institutional idea of separation of powers, and the textual anticipation of new rights for its citizens, as well as an equalization of the Grand Duchy with the Kingdom of the Netherlands.

In the constitutional history of Luxembourg, it is common to indicate that the 1848 Constitution is inspired by and closely resembles the Constitution of Belgium of 1831, due to its liberal implications. Article 1 ratifies that the Grand Ducal State is independent, indivisible, and inalienable, integrating into the German Confederation, an independence that was somewhat contained. In addition to a separation of powers explicitly laid out in the Constitution (Chapter III - Des Pouvoirs - arts. 33-77), a chapter with new constitutional

24 CHAMBRE DES DÉPUTÉS GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, 2024.

25 LUXEMBOURG, 1848.

26 THEWES, 2011, p. 14.

27 As Thewes indicates, a significant portion of the men who had governed the country since the 1841 Charter managed to withstand "the storm of the 1848 revolution," remaining in their positions even after the entry into force of the 1848 Constitution on August 1st. It is noteworthy that the Constituent Assembly was chaired by Théodore de la Fontaine, an iconic figure in the country's history, with extensive political connections to the Nassau family. THEWES, 2011., p. 13.

rights is established (Chapter II, Des Luxembourgeois et de leurs Droits - arts. 10-32). In addition to political and nationality rights, equality before the law (art. 12), individual freedom (art. 13), legality (art. 14-15), inviolability of the domicile (art. 16), protection of property (art. 17), freedom of worship, expression of religious opinions (art. 20), primary and secondary education, and freedom to study in the Grand Duchy or abroad, and attend universities of their choice (art. 24) are established. Freedom of expression, of the press (art. 25), association (art. 26-27), petition (art. 28), and secrecy of correspondence (art. 29) are also guaranteed.

Although highly accepted in the social environment of Luxembourg, and representing a democratic turn in its constitutional history, the restructuring and functioning of the constitutional powers established by the 1848 Charter were precisely one of the main reasons that, a few years later, produced the motivations for the *coup d'état* in 1856. Specifically, the inauguration of a coexistence among the three powers was able to diminish the arbitrariness previously accumulated in the hands of the Grand Duke. The legislative power began to be exercised jointly by the Grand Duke and the Chamber of Deputies (Chambre des Députés), where both would have the right of initiative. Greater control over the budget was also directed towards the Chamber of Deputies. There was, therefore, a drastic constitutional change, considering the country's monarchical tradition, even naming such a change as parliamentary omnipotence.

The point is that, with the 'winds of Restoration' blowing throughout Europe (the dismantling of the Frankfurt National Assembly in 1849 - the Republic of France led by Napoleon III, subsequently, with a *coup d'état* in 1851), and with the sudden death of William II in 1849, less than a year after the Constitution came into effect, and his heir and successor, William III, proved to be a defender of royal prerogatives²⁸ rather than in favor of the new liberal regime endorsed by his father and other Luxembourgish political leaders of the time.

2.4 THE COUP D'ÉTAT OF 1856 AND THE GRANTING OF A NEW CONSTITUTION (OR CONSTITUTIONAL "REFORM")

With the death of William II in 1849, his successor, William III, almost immediately begins a political action aimed at recovering the powers previously limited by the 1848 Constitution. In his conservative intention, supported by many sectors of society and also by the Catholic Church (Pope Pius IX - restoration of the episcopal hierarchy in the Netherlands - *ex qua die arcano*), the materialization occurs in 1853 of an instruction to the government aimed at

28 GERKRATH; THILL, 2014, 1089.

conceiving a constitutional reform to reintroduce the strong monarchical regime. However, the Chamber refuses to cooperate with the reform, ending up being dissolved on May 15, 1854. With the subsequent elections, an artificial majority allied with the Crown is created; however, in the complementary election of 1855/1856, half of the Chamber elected constitutes a majority opposed to the reforms proposed by William III, a fact that ultimately results in the coup d'état of 1856 and the complete dissolution of the Chamber in November 1856, and the enactment of the previously rejected Constitutional text.

In brief outlines, the Constitution of 1856 restores the monarchy, abolishing the parliamentary system and reintroducing the 'assembly of states'. The constitutional powers are reorganized, resulting in an accumulation of executive power. The Constitution of 1856, even in violation of the constitutional requirements provided in the Constitution of 1848, is formally presented as a constitutional amendment, namely, as a Grand-Ducal Royal Ordinance of November 27, 1856, entitled *Révision de la Constitution*²⁹.

A historical institution in the process of constitutionalizing the Luxembourgish State and society is established, the so-called Council of State (*Conseil d'État*), created to monitor the 'assembly of states', assist the government in legislative opinions, counterbalance the legislative power, and administer administrative justice in dispute resolution.

Sovereignty, previously introduced in the entity Nation, is once again conferred to the Grand Duke. The separation of powers, previously established in normative text, is diminished, especially with regard to the Judiciary, which is omitted from the new constitutional text. Many of the previously guaranteed rights are maintained, although political rights, freedom of the press, and association rights are redrawn and restricted within the normative scope imposed by an atmosphere of arbitrariness and limitation of public freedoms.

The new constitution, or the amendments produced by the 1858 reform, remained in force for twelve years. Apart from other external and internal factors that would deserve attention in a more detailed study, it is mentioned that, with the dismantling of the German Confederation in 1866, with the Luxembourg Crisis, and with the Second Treaty of London in 1867, previously mentioned, which ratifies and strengthens the independence and neutrality of Luxembourg, previously agreed upon, a new constitutional process is ordered internally, spreading throughout Luxembourg society and state, in which William III ends up complying, together with his brother, Duke Henry, the then governor of the Grand Duchy of Luxembourg.

29 LUXEMBOURG, 1856.

2.5 THE CONSTITUTION OF 1868

In Luxembourg's process of constitutionalization, the 1868 Charter represents a central step towards its genuinely independent and autonomous social and state organization, as in its background, national and international conditions, geopolitical dynamics, and among the aristocratic families of the European continent, efforts are made that end up projecting political and economic elements which resulted in these benefits, embodied in the Second Treaty of London of 1867. Among other circumstances that deserve to be mentioned, it is highlighted that, during negotiations between France, Belgium, Prussia (with the new North German Confederation - Norddeutscher Bund 1867-1870), Austria, and Russia, many proposals were discussed regarding the fate of Luxembourg (annexation to the North German Confederation, transfer of Luxembourg to France, accepted by William III, by the way), which ultimately culminated in its independence and autonomy, defended by then Duke Henri (brother of William III), governor of the Grand Duchy, although establishing its neutrality and demilitarization (Article 2 of the Treaty of London), ensuring such a situation by the pact produced between the aforementioned countries and the United Kingdom³⁰. In light of this international agreement, which granted Luxembourg a new state status, a new constitution also became indispensable.

The Constitution of 1868 was thus projected on October 17, comprising 121 articles, bringing an end to the period of 'illegality' that began in 1856 and the concentration of constitutional powers. It is evident that the new constitution, like the previous one, is presented as a constitutional revision. This specificity is present, as seen, in the history of constitutionalization of Luxembourg, which, since the Constitution of 1841, and with the three subsequent ones of 1848, 1856, and 1868, either results from a formalized constitutional reform (1848 and 1868) or ends up being presented as if it were (1856).

This characteristic distinguishes the constitutional evolution of the Luxembourgish State and society, which, to some extent, is represented by the synthesis that constitutions projecting themselves as a new formalized societal pact never forged from a rupture with the preceding order and normative base. Instead, they present themselves as a new stage in pursuit of improvements and adaptations to historical circumstances and the needs arising from them (unlike many constitutional traditions in the Western world, in Europe or America, where a new constitution carries a spirit of discontinuity with the past normative order).

This is indeed seen in its first article (original version), which ratifies the agreement reached in London in the preceding year, where the Grand Duchy is an independent, indivisible, inalienable, and perpetually neutral

30 SOBCZYNSKI, 2011, p. 94.

state, simultaneously reaffirming its monarchical character in article 3, and establishing that the person of the Grand Duke is sacred and inviolable in article 4³¹. The constitutional text of 1868, or the constitutional reform, represents much of the normativity based on the Liberal Constitution of 1848, with textual and organizational similarities, while also closing the 'formal and material continuity' with the Constitution of 1841, determining in article 121 that the Constitution of the States of October 12, 1841 was abolished³².

In the process of maintenance and innovation that characterizes Luxembourgish constitutionalism, it is noted that many of the constitutional rights provided in previous constitutions are ratified in the new text, and a constitutional and social environment re-emerges in which citizens' political rights return to the public sphere, supplemented and reinforced by freedom of the press and assembly. A right that arises as a form of adaptation to new social and technological circumstances is added, linking in article 28 that the law will regulate the guarantee of secrecy of telegrams (in addition to the provision of 'secrecy of letters' mentioned in previous constitutions³³).

An institution that emerged with the coup d'état of the previous decade and with the Constitution of 1856 is preserved, namely the Council of State, although its adjudicating powers are limited (administratively still maintained, thus creating a jurisdictional duality, similar to what happened in France). The separation of constitutional powers is once again constitutionalized, even with the presence of the Council of State, but there is delegation to the Superior Court of Justice (Cour Supérieure de Justice) the competence to resolve potential jurisdictional conflicts.

What is termed in the constitutional doctrine of the country as the principle of constitutional monarchy is strengthened, however, in conjunction with the other powers and with the distribution and effectiveness of constitutional rights, set in a new political and social scenario of internal stabilization and considerable economic development in the second half of the 19th century.

The constitutional monarchy, internal stabilization, and the process of 'continuity' constitutionalization would only be strongly impacted again in the post-World War I period, precisely in September 1919³⁴, the year of a referendum aimed at confirming the people's will to remain a constitutional monarchy³⁵, albeit complemented by the 1919 amendment, in which the Chamber decided to consolidate a new character to this political tradition, inaugurating a parliamentary democracy in the Grand Duchy, transferring sovereignty back to

31 LUXEMBOURG, 1868.

32 LUXEMBOURG, 1868.

33 LUXEMBOURG, 1868.

34 RTL, 2021. LUXEMBOURG, 1919.

35 GERKRATH; THILL, 2014, p. 1091.

the "Nation³⁶," and extending the right to vote as universal suffrage, obtained by men and women (and abolishing census voting), with direct elections under the proportional representation system.

This historical description, although concise, provides an overview of Luxembourgish constitutionalism, which, in this part of the text, needs to be limited, making room for a final comment regarding its openness to the international integration scenario and its normative model connected to human and fundamental rights.

3. LUXEMBOURG IN INTEGRATION AND OPENNESS TO THE INTERNATIONAL SCENE AND THE RELEVANCY OF ITS NORMATIVE STRUCTURE FOR HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

In the concise historical account outlined above, the process of Luxembourg's consolidation between 1815, 1868, and 1890 is summarized. These years respectively represent the Congress of Vienna in 1815, the Constitution of 1868, which marks an institutional return to 'constitutional normality' and the consolidation of a constitutional modern state, and in the year 1890, the death of William III, necessitating the creation of a new, 'solely Luxembourgish' dynastic line from the House of Nassau, as the Grand Duke had left no male heirs. His daughter, Wilhelmina, was crowned in the Netherlands; however, in Luxembourg, a new Grand Duke would be elected due to the application of the Salic Law, which prevented the succession of women (now revoked in the Grand Duchy), leading to the coronation of Adolphe of Nassau-Weilburg. The process of opening and predominant closing in the 19th century, mainly present until 1868, metamorphoses into the subproduct characterized in a period of stabilization of Luxembourg's constitutional life, which would be extremely impacted by the First and Second World Wars. The effects produced by both are briefly highlighted.

Luxembourg's neutrality, agreed upon in 1815 and consolidated in 1867 (Second Treaty of London) and 1868 (Constitution of 1868), is violated by Germany in 1914 and 1940 during the invasions perpetrated during the First and Second World Wars. It is during the post-First World War period that Luxembourg begins a new movement of integration in Europe. Luxembourg, distancing itself from Germany and the economic integration (Zollverein) organized since 1834-1866-1919, formalizes in 1921 the Belgian-Luxembourg Economic Union (BLEU - Belgisch-Luxemburgse Economische Unie) - despite the opposite result in the preceding referendum, in which the people voted in favor of integration with France - being this an essential political action

36 LUXEMBOURG, 1919.

in its history, the embryonic formation of the Benelux Union, a basis for the subsequent European integration that currently delineates with the Council of Europe and the European Union, institutions of which it is a founding member.

The concurrent processes between new formats of international economic-political integration and a departure from its 'perpetual neutrality,' institutionalized with the constitutional reform of 1948 by the Law of 28.04.1948³⁷, and participation in the founding of the North Atlantic Treaty Organization (NATO) in 1949³⁸, are events that symbolically and materially arrange themselves in its constitutional normative order, in a quest for autonomy and independence, and with openness and cooperation for the integration of a legal, economic, social, and political environment in Europe (and with the Americas, the United States, Canada, and Brazil having a historical and close relationship with Luxembourg).

This form of integration and openness is shaped in the constitutional normative order in various ways, and for the purposes of this section, only some of them, believed to be essential, are commented upon, forming a particular system.

For example, the current wording of Article 5 of the 1868 Constitution is discussed, which consolidates with the reforms made after the Second World War. In addition to removing the constitutionalization of the 'perpetual neutrality of the country', Luxembourg reaffirms its commitment to actively participate in European integration, while also opening the possibility for the powers of the state (currently, a democratic, free, independent, and indivisible state) to be transferred to the European Union and/or international institutions, provided that it is done by law and in accordance with Article 131, paragraph 2, of the Constitution³⁹. This is a constitutional provision that demonstrates Luxembourg's commitment to a progressive formation of a European integration program, including preparing to deal with situations and risks of external attacks - which, contemporaneously, especially with the Russia-Ukraine War, emerges as convenient and timely.

Another element deserving attention, and its relevance to Human Rights Law, can be seen from three selected angles that overlap and coordinate. At the end of the Second World War, Luxembourg amended the 1868 Constitution on May 25, 1948, inserting into Article 11 the duty of the State to guarantee

37 LUXEMBOURG, 1948.

38 NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, 2022.

39 LUXEMBOURG, 2023.

In French: L'exercice de pouvoirs de l'État peut être transféré à l'Union européenne et à des institutions internationales par une loi adoptée dans les conditions de l'article 131, alinéa 2, de la Constitution.
Luxemburgish: Den Exercice vu Staatsgewalte kann un d'Europäesch Unioun an un international Institutiounen iwwerdroe ginn duerch e Gesetz, dat no de Konditiounen vum Artikel 131, Alinea 2 vun der Verfassung ugeholl gëtt.

the natural rights of the human person (L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille). This wording, for doctrinal, political, and jurisdictional reasons, ended up solidifying a certain grammar and an understanding that deemed it insufficient regarding the protection of human dignity. Consequently, it was widely reflected that, due to this deficit, the domestic legal framework was complemented by human rights treaties and conventions - accepted without much resistance internally, and self-executing. In response to these controversies, the Council of State, acting as the Superior Administrative Court at the time, and considering the absence of constitutional provision on the matter, in 1951, determined that in a normative conflict between domestic legal order and international legal order, the latter should prevail⁴⁰. In the words of Gerkrath and Pichou, commenting on the issue, “[...] an international treaty has a legal status, because its source is higher than the will of the common legislator (higher law doctrine)⁴¹”.

However, the matter would not be so easily summarized, as in 1956, a proposal to reform the constitution, with the purpose of incorporating into the constitutional text said position, ended up being disapproved in the Chamber. However, the matter was emphasized again in 1992, when the Council of State recognized the primacy of international legislation in the 1992 bill approving the Treaty of the European Union, and prompted the constitutional powers to internalize this position in the constitutional text, in order to facilitate integration with the Union and avoid incompatibilities with national laws.

Contemporarily, this matter is regulated by a network of constitutional provisions that preserve a monist position, therefore, a transposition of international treaties is unnecessary, although there is a need to comply with certain internal acts for their validity and effectiveness in the national environment, namely, ratification by the Grand Duke, approval by law, publication of the treaty approval law, and publication of the treaty, and obviously, its entry into force in the international environment. There are distinct procedures related to European Union directives and secondary legislation, which will not be commented on at this time. Of note on the issue is the provision of Article 112 of the Constitution, which limits the scope of constitutional review to be produced by the Judiciary, in this case, by the Constitutional Court, authorizing the court to rule on the conformity of laws with the Constitution (Article 112,

40 In French: Un traité international, incorporé dans la législation interne par une loi approbative, est une loi d'essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne. Il s'en suit qu'en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi nationale postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale». (Conseil d'Etat, 28 juillet 1951, Pas. 15, p. 263; Cour (cass.), 8 juin 1950, Pas. 15, p. 41; Cour (cass.), 14 juillet 1954, Pas. 16, p. 151).

41 GERKRATH; PICHOU, 2017, p. 5.

1), however, the review of laws approving treaties is prohibited (Article 112, 2, [...])⁴².

Many relevant constitutional reforms could be discussed; however, partially highlighted is the one from January 17, 2023, which produced a revision to Chapter II of the 1868 Constitution. With said reform, a constitutional differentiation between fundamental rights and public freedoms is established (Section 2 - fundamental rights - arts. 12-14) (section 3 - public freedoms - arts. 15-37). The main change, for the topic addressed, lies in the modification of the wording of article 12 (10 of the reform), established in 1948, regarding the natural rights of the human person. A new grammar is advanced, explicitly stating that *la dignité humaine est inviolable* (human dignity is inviolable), including in article 13 the right to physical and mental integrity, the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment, as well as the death penalty, and establishing in article 14 the right to freedom of thought, conscience, and religion.

In the case of public freedoms, the coordination between rights that are currently the subject of much discussion in a scenario of life digitization stands out, such as the inviolability of communications (art. 30), informational self-determination, and the protection of personal data (art. 31), aspects that reflect a thematic legal tradition already consolidated in Luxembourg, at least since the 1970s.

To provide a concluding comment and illustrate a contemporary constitutional moment in Luxembourg, which exposes a "not so stable" scenario between constitutional powers and Luxembourgish society (which, in a certain way, can be inferred from the last major constitutional reform of 2023 - which will not be discussed), we exemplify with the recent debate on controversial constitutional issues - which emerges worldwide, by the way - and their short-term results, revealed so far. Among the objects of constitutional controversies - in a predominantly Catholic monarchy - one can mention the legalization of abortion in 1978 (with restrictions and subsequent regulatory modifications)⁴³, the legalization of medicinal and recreational cannabis use since 1973 (also with limitations and subsequent changes, including a recent one in 2023, regarding residential cannabis⁴⁴ cultivation, and the reordering of public health policies), same-sex marriage, legalized since 2015, and it was in 2009, with the regulation

42 LUXEMBOURG, 2023. Original version: *à l'exception des lois portant approbation de traités (FRA) - mat Ausnam vun de Gesetzer, déi Traitéen approuvéieren, ze entscheeden (LUX) - mit Ausnahme der Gesetze zur Billigung von völkerrechtlichen Verträgen, befasst werden (GER).*

43 RTL, 2023.

44 LUXEMBOURG. FAQs. 2023. Available: <https://cannabis-information.lu/en/frequently-asked-questions/>. Accessed: 25 mar. 2024.

of euthanasia and assisted suicide, that a constitutional change became present within the established powers' order⁴⁵.

The Law of March 16, 2009, establishes a detailed and sophisticated regulation to deal with euthanasia and assisted suicide. However, until its publication and entry into force, a constitutional conflict ensued. The law, when passed by the Chamber, was not signed by Grand Duke Henri, who refused, for "reasons of conscience," even publicly stating during the bill's processing that he would not promulgate it. The Chamber, taking advantage of the situation, moved quickly and pushed through a constitutional amendment regarding legislative powers, limiting a tradition established since the constitution of 1848, which granted the Grand Duke the power to sanction laws (amend them, not sign them, among other things), known as royal assent to laws. With the amendment to Article 34 of the Constitution⁴⁶, royal assent became solely a formality, with the Grand Duke no longer having the power to alter laws approved by the Chamber, but only to promulgate them.

CONCLUSION

With the text, the aim was to present, in broad strokes, the historical characteristics and formation of constitutionalism in the Grand Duchy of Luxembourg, while also associating these expressions with the country's recent political-constitutional characteristics and some of its anticipations, especially those related to Human Rights and Fundamental Rights.

It was possible to outline, in three parts, the historical elements that formalize the formal structure of the country. Emphasis was placed on its modern formation during the 19th century, which began with the Congress of Vienna in 1815 and was consolidated with the Constitution of 1868 and the death of William III in 1890. Briefly pointing out its rearrangements post-World War I and II, the political actions that embryonically paved the way for a European integration project were revealed, which today, despite fluctuations and destabilizations, appears strengthened with the Council of Europe and the European Union. The invasions of Germany into the country, during the imperial (World War I) and Nazi-fascist (World War II) regimes, were to some extent what fueled a fervor for the cultural and constitutional construction of a Luxembourg that was effectively independent, thus ending the ties articulated in the 19th century, linked to its perpetual neutrality.

45 It is emphasized that in 2021, euthanasia ceased to be legally considered as suicide, being classified as natural death. This new legal stipulation, beyond being a symbolic change, benefited the insured (family) of people who were in the process of euthanasia, and ended up being prejudiced in subsequent negotiations related to life insurance.

46 LUXEMBOURG, 2009.

Regarding Human Rights and Fundamental Rights, certain constitutional provocations were mentioned that demonstrate an openness to the international scene, structuring powers capable of organizing a progressively favorable integration with the European continent, including the possibility of transferring state powers to the European Union or another international organization. Furthermore, constitutional changes demarcate new fundamental legal grammars, notably with the introduction of "la dignité humaine est inviolable." Nevertheless, it is worth noting that Luxembourg's stabilization also involves its opposite, as seen in the constitutional clash recorded in 2009 during the approval of the Law on euthanasia and assisted suicide. This constitutional moment marked the dissection of a traditional legislative power of Luxembourg constitutionalism related to the function of the Grand Duke, known as royal assent to laws, established since the Constitution of 1848.

At another time, more detailed observations on this important constitutional tradition are expected to be released. For now, it is hoped that this brief introduction will at least arouse curiosity about the constitutional history of the Grand Duchy of Luxembourg.

REFERENCES

ARCHIVES NATIONALES DE LUXEMBOURG. 1848 – **Revolution zu Lëtzebuerg**. Available: <https://anlux.public.lu/fr/publications/catalogues/1848-revolution-zu-letzebue3rg.html>. Accessed: 21 mar. 2024.

ARCHIVES PORTALEUROPE. **The springtime of the peoples in luxembourg**. 21 dez. 2023.

Available: <https://www.archivesportaleurope.net/blog/the-springtime-of-the-peoples-in-luxembourg/>. Accessed: 21 mar. 2024.

CALMES, Albert. **La révolution de 1848: vue d’Echternach par um étranger**. Luxemburger Wort, 7 jan. 1958. Disponível em: <https://viewer.eluxemburgensia.lu/ark:70795/8jgw4mkth/pages/11/articles/DIVL843>. Acesso em: 24 mar. 2024.

CHAMBRE DES DÉPUTÉS GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. **Parliament history**. Available: <https://www.chd.lu/en/parliamentary-history>. Accessed: 23 mar. 2024.

CONSTITUTION DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG. **Signature 17.10.1868, Publication 22.10.1868**. Available: https://europam.eu/data/mechanisms/COI/COI%20Laws/Luxembourg/1.%20Constitution%20of%20the%20Grand%20Duchy%20of%20Luxembourg%20of%201868_FRA.pdf. Accessed on: 22 mar. 2024.

FINAL ACT OF THE CONGRESS OF VIENNA. **General treaty, 1815**. Available at: <https://www.dipublico.org/100513/final-act-of-the-congress-of-vienna-general-treaty-1815/>. Accessed on: 22 Mar. 2024.

GERKRATH, Jörg; THILL, Jean. **The Grand Duchy of Luxembourg: I. Constitutional development.** 2014.

GERKRATH, Jörg; PICHOU, Maria. **Human dignity in Luxembourg.** In: BECCHI, P.; MATHIS, K. (Orgs.). *Handbook of Human Dignity in Europe.* Cham: Springer International Publishing, 2017.

HENDRIKS, Frank; GOOSSENS, Jurgen. **Luxembourg.** In: MARTÍ-HENNEBERG, J. (Org.). *European Regions, 1870-2020: A geographic and historical insight into the process of European integration.* Cham: Springer International Publishing, 2021.

KMEC, Sonja.; JONGE, Léonie De. **Luxembourg: History.** In: E.P. (Ed.) *Western Europe,* p. 465-470, Routledge, 2019.

LUXEMBOURG. **Constitution d'Etats pour le Grand-Duché de Luxembourg. 12 de octobre 1841.** Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/reg/1841/10/16/n1/jo>. Accessed: 22 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Constitution du 9 juillet 1848 du Grand-Duché de Luxembourg.** Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/ordr/1848/07/09/n1/jo>. Accessed: 24 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Ordonnance Royale grand-ducale du 27 novembre 1856 portant révision de la constitution.** Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/ordr/1856/11/27/n1/jo>. Accessed: 30 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, 1868.** Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/constitution/1868/10/17/n1/jo>. Accessed: 24 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Arrêté grand-ducal du 13 septembre 1919 concernant le transport du beurre est des oeufs.** 1919. Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/agd/1919/09/13/n4/jo>. Accessed: 25 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Modification de la constitution – art. 32.** 1919. Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1919/05/15/n1/jo>. Accessed: 25 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Révision de la Constitution.** 1948. Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1948/04/28/n1/jo>. Accessed: 21 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Constitution du Grand-Duché de Luxembourg. Version consolidée applicable au 16.03.2009.** Available: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/constitution/1868/10/17/n1/consolide/20090316>. Accessed: 26 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **Constitution du Grand-Duché Luxembourg Version consolidée applicable au 01.07.2023.** Available: https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/constitution/1868/10/17/n1/consolide/20230701#art_5. Accessed: 25 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **FAQS**. 2023. Available: <https://cannabis-information.lu/en/frequently-asked-questions/>. Accessed: 25 mar. 2024.

LUXEMBOURG. **A Contry's Renaissance**. 2024. Available: em: <https://luxembourg.public.lu/en/society-and-culture/history/renaissance-dun-pays.html>. Accessed: 22 mar. 2024.

NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. **Founding treaty**. 2 set. 2022. Available: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_67656.htm. Accessed: 25 mar. 2024.

PÉPORTÉ, Pit.; KMEC, Sonja; MAJERUS, Benoît; MARGUE, Michel. **Inventing Luxembourg: representations of the past, space and language from the nineteenth to the Twenty-first century**. Leiden/Boston: Brill, 2010.

RTL. **The referendum that saved the Grand Duchy**. 30.08.2021. Available: <https://today.rtl.lu/luxembourg-insider/history/a/1723971.html>. Accessed: 26 mar. 2024.

RTL. **559 abortions were carried out in Luxembourg in 2022**. 20.06.2023. Available: <https://today.rtl.lu/news/luxembourg/a/2077032.html>. Accessed: 25 mar. 2024.

SOBCZYNSKI, Marek. **Historical region of luxembourg in the structures of european union**. In: SOBCZYNSKI, Marek; RYKALA, Andrzej. *Historical regions in the structures of european union: general issues and policy of European Union towards historical regions*. Łódź–Opole: University of Łódź, 2011.

THEWES, Guy. **Les gouvernements du Grand-Duché de Luxembourg depuis 1848**. Luxembourg: Service information et presse du gouvernement luxembourgeois: 2011, p. 14.

THEWES, Guy. **La révolution de 1848: la deuxième**. Une publication commémorative de la Chambre des Députés. 2015, p. 80-82. Available: https://www.forum.lu/wp-content/uploads/2015/11/4280_193_Thewes.pdf. Accessed: 24 mar. 2024.

THIELE, Anina Valle. **1848: Die Krise, die Luxembourg veränderte**. 07.08.2023. Available: <https://www.wort.lu/kultur/1848-die-krise-die-luxemburg-verander-te/2360879.html>. Accessed: 21 mar. 2024.

VANDENBOSCH, Amry. **The Luxembourg affair**. In: *Dutch Foreign Policy Since 1815*. Springer, Dordrecht, 1959.

Recebido em: 05/04/2024

Aprovado em: 20/08/2024

A IDENTIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: O REGULAMENTO DISCIPLINAR DA ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC) E A DESPERSONALIZAÇÃO DO SUJEITO ENCARCERADO*

IDENTITY AS A PERSONAL RIGHT: THE DISCIPLINARY REGULATIONS OF THE ASSOCIATION FOR THE PROTECTION AND ASSISTANCE OF CONVICTS (APAC) AND THE DEPERSONALIZATION OF THE INCARCERATED SUBJECT

LUÍS GUSTAVO CANDIDO E SILVA**

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA***

RESUMO

O presente artigo procura abordar o fenômeno da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), conferindo um enfoque especial para o estudo de seu regimento disciplinar. A referida associação, será apresentada no trabalho como uma espécie de instituição prisional autogovernada, criada com o objetivo de reestruturar o cenário carcerário brasileiro. Com isso, se tem que o objetivo geral da pesquisa resume-se em uma análise acerca da possibilidade do regimento disciplinar do sistema APAC acabar violando o direito à identidade dos apenados, analisado neste trabalho com um direito da personalidade. Assim, como pergunta de pesquisa, procura-se analisar se o regimento disciplinar do sistema APAC, em razão de suas sanções disciplinares, pode se apresentar como um instrumento de despersonalização do sujeito encarcerado, violando o direito personalíssimo à identidade dos indivi-

ABSTRACT

This article seeks to address the phenomenon of the Association for the Protection and Assistance of Convicts (APAC), with a special focus on the study of its disciplinary rules. This association will be presented in the paper as a kind of self-governing prison institution, created with the aim of restructuring the Brazilian prison scene. The general aim of the research is to analyze whether the APAC system's disciplinary rules violate the prisoners' right to identity, which is analyzed in this paper as a personality right. Thus, as a research question, the aim is to analyse whether the APAC system's disciplinary regulations, due to their disciplinary sanctions, can present themselves as an instrument for depersonalizing the incarcerated subject, violating the very personal right to identity of the individuals who serve time in the prisons designed by the association. To develop the

* O artigo foi desenvolvido a partir de pesquisa realizada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – UNICESUMAR, com incentivo financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

** Graduado em Direito pela Universidade Cesumar (UniCesumar). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar na modalidade Bolsista CAPES. Doutorando em Direito pela Universidade Cesumar na modalidade Bolsista CAPES. *E-mail*: luiscandido.adv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9853-0338>.

*** Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UniCesumar). Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). *E-mail*: gustavonoronhadeavila@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7239-1456>.

duos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais desenhados pela associação. Para o desenvolvimento do trabalho, fora utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo e as técnicas de procedimento da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental. Como conclusão da pesquisa, tem-se que o direito à identidade dos encarcerados, compreendido no trabalho como um direito da personalidade, pode ser violado pelas sanções disciplinares particulares dispostas no regimento disciplinar do sistema APAC.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade. Direitos da Personalidade. Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Regulamento Disciplinar.

work, the hypothetical-deductive approach method was used, as well as the procedural techniques of bibliographical research and documentary research. The conclusion of the research is that the right to identity of prisoners, understood in this work as a personality right, can be violated by the particular disciplinary sanctions laid down in the disciplinary regulations of the APAC system.

KEYWORDS: *Identity. Personal Rights. Association for the Protection and Assistance of Convicts. Disciplinary Regulations.*

INTRODUÇÃO

A presença da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), representa um acontecimento relativamente novo no contexto da execução penal no Brasil. Fundada e concebida por missionários cristãos, essa instituição surge como uma alternativa ao sistema prisional tradicional. Com suas próprias unidades penitenciárias e uma abordagem inovadora para com os condenados, o método APAC tem como um dos seus principais propósitos autodeclarados a humanização da prisão.

Com o passar dos anos, as peculiaridades deste sistema alternativo de cumprimento de pena chamam cada vez mais atenção, principalmente por sua crescente expansão no território nacional. Desta maneira, como uma das questões levantadas a partir de estudos sobre o sistema apaqueano, o presente trabalho apresenta como objetivo geral, através de um recorte temático, analisar a o regulamento disciplinar da instituição e verificar a sua compatibilidade com o direito à identidade dos apenados que cumprem suas penas nos referidos estabelecimentos prisionais.

Assim, como problema de pesquisa do presente artigo, coloca-se a possibilidade do regimento disciplinar do sistema APAC, a partir de suas sanções disciplinares, pode se apresentar como um instrumento de despersonalização do sujeito encarcerado, violando o direito personalíssimo à identidade dos indivíduos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais desenhados pela associação.

Para se responder a problemática apresentada, em um primeiro momento da pesquisa, procura-se realizar uma breve introdução ao sistema APAC, destacando-se suas origens e seu desenvolvimento ao longo do tempo. Nesta fase inicial do trabalho, também se pretende explicar o que é o “método APAC”, detalhando-se sua estrutura e princípios fundamentais, para que se possa compreender qual foi o verdadeiro propósito da criação desta instituição.

Após serem traçadas as linhas gerais sobre a APAC e seu método peculiar de cumprimento de pena, em uma segunda etapa do trabalho, procura-se analisar o regulamento disciplinar da associação. Com esta análise, pretende-se compreender o que é o regulamento disciplinar da APAC, qual a sua função e como o mesmo pretende ser aplicado em relação aos condenados. Ainda nesta etapa do trabalho, busca-se analisar, mesmo que de forma superficial, a aplicabilidade do regulamento disciplinar no cenário da execução penal, frente a sua possível incompatibilidade jurídico-normativa com o a legislação vigente.

Já na última etapa do trabalho, pretende-se analisar a compatibilidade do regulamento disciplinar do sistema APAC com o direito à identidade dos apenados. Para tanto, procura-se inicialmente alocar o direito à identidade como um direito da personalidade, para que, após a referida análise, se possa verificar a presença ou a ausência de violação do referido direito pelo regulamento disciplinar apresentado. Por fim, ainda nesta etapa do trabalho, procura-se verificar uma eventual despersonalização dos sujeitos apenados, que poderia ser caracterizada a partir do emprego do regulamento disciplinar.

O estudo formulado parte de hipóteses, ou seja, afirmações provisórias que se submetem à verificação posterior por intermédio de procedimentos de análises capazes de refutá-las ou comprová-las, sendo que a dedução de possíveis soluções passam a ser testadas durante o trabalho. Assim, adota-se como método de abordagem da pesquisa, o hipotético-dedutivo, sendo que o que se procura verificar como hipóteses é a possibilidade do regulamento disciplinar do sistema APAC violar ou não o direito à identidade dos apenados.

Ainda, para auxiliar o processo de análise das hipóteses levantadas, apresenta-se como técnica de procedimento utilizada para o desenvolvimento do trabalho, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. Com a técnica da pesquisa bibliográfica, procura-se selecionar e analisar material bibliográfico, como livros, artigos, teses, dissertações e outros escritos, com o objetivo de que se obtenham informações relevantes sobre o tema estudado. Já com a técnica da pesquisa documental, procura-se analisar, de forma pormenorizada, o regulamento disciplinar da APAC, ou seja, um documento que não fora criado com a intenção específica de ser pesquisado, mas que se mostra essencial para o estudo em questão.

Como resultados obtidos, pode-se apontar que o regulamento disciplinar da APAC, se analisado a partir da estipulação de sanções disciplinares próprias, além de não encontrar compatibilidade com o próprio sistema de execução penal do país, ainda pode violar o direito à identidade dos apenados, compreendido neste trabalho como um direito da personalidade, uma vez que despersonaliza os sujeitos durante o cumprimento de pena, retirando suas particularidades e seus elementos identificadores, punindo aqueles que não se encontram na padronização desejada pelo sistema.

1. O MÉTODO DE CUMPRIMENTO DE PENA DA ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (APAC)

Na atualidade, muito se fala sobre a suposta falência do sistema prisional brasileiro. Inúmeras são as afirmações e as certezas que guiam o senso comum quando o assunto verse sobre políticas e/ou propostas que abordem questões como crime, criminoso, vítima, controle social, prisão, política criminal, população carcerária e temas afins. Assim, por mais que as afirmações sobre a decadência dos presídios e as mazelas suportadas pela população privada de liberdade saltem aos olhos de qualquer pessoa que tenha mínimo acesso à realidade da dinâmica social brasileira, é necessário que se realize um estudo pormenorizado sobre qual é a real e atual condição do sistema prisional do país, até mesmo para que não se reforcem repetições de discursos baseados no senso comum.

O cenário fático atual, indica que, quando o assunto é o sistema prisional brasileiro, há uma falência generalizada no que diz respeito à proteção dos direitos e garantias dos detentos. A falta de espaço, a ausência de assistência adequada e as condições precárias das prisões, contribuem para uma desumanização dos presos¹. Tornam-se comuns categorias e comportamentos que não são naturais ao ser humano, e o mal é aceito como algo normal, um instrumento que se banaliza.²

Todas essas condições, resultaram na impetração da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que tramitou sob o número 347, perante o Supremo Tribunal Federal. Durante o andamento do caso, o Supremo Tribunal Federal chegou a declarar o Estado de Coisas Inconstitucional³ do sistema prisional do país, levando-se em consideração a

1 ALMEIDA, Bruno Rota. Prisão e desumanidade no Brasil: uma crítica baseada na história do presente. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 74, 2019, p. 43.

2 ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. Derecho y Cambio Social, Lima, Peru, a. 12, n. 41, 2015, p. 11.

3 O Estado de Coisas Inconstitucional encontra suas origens e definições a partir da Sentença T-135/98, proferida pela Corte Constitucional Colombiana. Naquela oportunidade, ao analisar a situação das prisões da Colômbia, os(as) juízes(as) da Suprema Corte, compreenderam que os estabelecimentos prisionais do país se encontravam superlotados e com grandes deficiências em relação aos serviços sociais e assistenciais que deveriam ser apresentados aos presos, demonstrando um ambiente propenso ao desenvolvimento da violência e com carência de meios capazes de garantir a ressocialização dos condenados. A Corte ainda apontou que as condições suportadas pelos presos, nas prisões colombianas, levavam às violações da dignidade e da integridade física dos mesmos. Assim, compreendeu por decidir que o que se apresentava na questão que lhe era apresentada se tratava de um estado de coisas inconstitucional, no qual a violação dos direitos fundamentais ali presentes se justificava por uma série de fatores estruturais, afetando um número grande de pessoas, e que somente poderia ser solucionado com a atuação simultânea de distintas esferas do poder público. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-35/98. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 25 mar. 2024.

capacidade do cárcere brasileiro ameaçar uma série indefinida de direitos da população prisional⁴.

A bem da verdade, deve-se destacar que, para se falar de sistema prisional brasileiro, inúmeros aspectos que tangenciam a questão devem ser levados em consideração. No entanto, o que importa para o presente trabalho é que, em razão da evidente e comprovada falência do sistema prisional brasileiro, e do abandono dos presos por parte do Estado, as idealizações sobre eventuais saídas para a questão começam a aparecer no campo prático e teórico. Ainda, não se pode deixar de lado a dificuldade de a ciência jurídica construir uma estratégia alternativa ao atual sistema repressivo de controle dos comportamentos socialmente nocivos⁵. Foi assim que, observando a triste realidade das instituições carcerárias, a proposta sobre um sistema prisional alternativo começou a ser idealizada pelos pioneiros do modelo APAC.⁶

As origens da instituição estão ligadas a um grupo de missionários cristãos da região de São José dos Campos, no interior de São Paulo, que se uniu na década de 70 para oferecer apoio espiritual e material a pessoas encarceradas. Em 1972, sob a liderança do advogado Mário Ottoboni, esse grupo adotou o nome “Movimento Amando ao Próximo Amarás a Cristo”, que foi abreviado para a sigla APAC.⁷

No entanto, em pouco tempo, os membros desse grupo assistencial e cristão perceberam que os problemas do sistema prisional não seriam facilmente resolvidos. Em 1974, diante da necessidade de se reativar a cadeia pública de Humaitá, os fundadores do movimento APAC foram convidados pelo juiz da Vara de Execuções Penais local para estabelecer uma instituição legalmente reconhecida, capaz de auxiliar oficialmente na administração prisional, levando-se em consideração que uma entidade ideologicamente cristã e não regulamentada não poderia gerir ou auxiliar a execução penal⁸. Dessa forma, mantendo-se a sigla original, porém modificando-se seu significado, os voluntários, liderados pelo advogado Mário Ottoboni, estabeleceram uma associação civil sem fins lucrativos que passou a ser chamada de Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC).

4 SILVA, Luís Gustavo Candido e; ÁVILA, Gustavo Noronha de. El Estado de Cosas Inconstitucional en Brasil: una mirada constitucional de los derechos de la personalidad de la población penitenciaria. *Opción*, v. 39, n. 100, 2023, p. 279.

5 ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. A prisão: questionamentos acerca da ideia de ressocialização. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 60, 2012, p. 447.

6 DARKE, Sacha. Convívio e Sobrevivência: coproduzindo a ordem prisional brasileira. *Belo Horizonte: D'plácido*, 2019, pp. 50-51.

7 VARGAS, Laura Jimena Ordóñez. Todo homem é maior que seu erro? Bases para uma reflexão sobre o método alternativo de gestão carcerária. *SER Social*, v. 11, n. 24, 2010, pp. 132-133.

8 VARGAS, Laura Jimena Ordóñez. Todo homem é maior que seu erro? Bases para uma reflexão sobre o método alternativo de gestão carcerária. *SER Social*, v. 11, n. 24, 2010, pp. 132-133.

Dado que a criação da associação visava o aperfeiçoamento da administração prisional, os fundadores do sistema concordaram que, para assegurar a ressocialização e a humanização do cárcere, era crucial que se reformulassem as estruturas de execução da pena. Assim, quando da criação da associação, desenvolveram o que passou a ser conhecido como “método APAC”.

O método consiste em um conjunto de princípios fundamentais do sistema APAC, concebido para orientar os condenados que buscam uma transformação de vida⁹. Sua estrutura compreende 12 elementos, organizados da seguinte maneira: a) envolvimento da comunidade durante a execução da pena dos recuperandos; b) apoio entre os próprios recuperandos durante o cumprimento da pena, ou seja, recuperando ajudando recuperando; c) estímulo ao trabalho e estudo por parte dos recuperandos; d) incentivo à espiritualidade; e) garantia de assistência jurídica técnica aos recuperandos; f) assegurar cuidados médicos adequados aos recuperandos; g) valorização da dignidade humana; h) estímulo à participação da família no processo de reabilitação do recuperando; i) voluntariado e programas de formação para os voluntários; j) desenvolvimento e implementação de uma unidade prisional específica do sistema APAC, chamada Centro de Reintegração Social (CRS); k) reconhecimento do mérito nas atividades desenvolvidas; l) realização da Jornada de Libertação com Cristo, um evento de natureza cristã destinado aos recuperandos.¹⁰

É importante destacar que o presente trabalho não tem a intenção de analisar os elementos metodológicos do sistema APAC de forma individualizada, uma vez que tal empreitada seria praticamente impossível a partir do recorte realizado. Assim, deve-se indicar que a pesquisa somente procurou apontar as ideias centrais de cada um dos elementos supramencionados.

No entanto, dois aspectos são importantes e não poderiam ser deixados de lado para a análise do método de execução de pena elaborado pela APAC. O primeiro está relacionado à maneira como o sistema se refere aos condenados, sempre utilizando o termo “recuperando”. O segundo ponto está ligado à necessidade de estabelecer uma instituição prisional própria, chamada Centro de Reintegração Social (CRS). Para os idealizadores desse modelo não tradicional de execução de pena, não seria viável aplicar a metodologia proposta nas prisões convencionais, devido à evidente precariedade dessas instalações. Portanto, para que o método pudesse atingir seus objetivos, seria necessário aplicá-lo em uma nova instituição prisional, criada e gerida pela própria associação.¹¹

9 FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. O que é a APAC? Disponível em: <https://fbac.org.br/o-que-e-a-apac/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

10 FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. Método APAC: sistematização de processos. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016, p. 20.

11 ÁVILA, Gustavo Noronha; SILVA, Luis Gustavo Candido e. A Narrativa da Liberdade Religiosa no Método APAC: uma Leitura a Partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com isso, após sua institucionalização, a APAC passou a operar como uma associação civil sem fins lucrativos, colaborando com o Poder Judiciário e o Poder Executivo, sendo apresentada como um órgão auxiliar na execução penal, estando subordinada à jurisdição da Vara de Execuções Penais da respectiva comarca em que estiver inserida. Nesse sentido, tem-se enfatizado que a proposta da APAC não deve ser confundida com um modelo de privatização do sistema prisional¹². Para além disso, essa particular associação, se trata de um modelo não convencional prisão (alternativo aos modelos delineados pela lei de execução penal), regido por um método próprio para guiar a execução da pena e pautado em regramentos particulares que se aplicam aos encarcerados durante o cumprimento de suas reprimendas. Por fim, tem-se que, para seu funcionamento, exige-se a participação ativa dos encarcerados, em tarefas que em estabelecimentos prisionais convencionais ficariam à cargo de agentes penitenciários.¹³

Para Silva e Ávila¹⁴, a APAC se trata de uma “associação sem fins lucrativos que, buscando solucionar os problemas casuais do cárcere, cria um estabelecimento prisional não convencional, extremamente rígido, de base fundamentalista cristã e que se administra quase que integralmente pelos próprios condenados”. Assim, tem-se que é a partir destes pressupostos que o presente trabalho procura abordar o modelo de sistema prisional desenvolvido pela APAC.

Com isso, buscou-se apresentar um breve histórico do modelo APAC, analisando o seu peculiar método de cumprimento de pena e expondo suas principais características. A partir de então, com o fim de que se alcancem respostas ao problema de pesquisa desenhado, o presente trabalho passará a analisar o regulamento disciplinar da referida instituição, para que, compreendendo a sua estrutura, se possa verificar qual o seu impacto no cumprimento de pena dos sujeitos que se encontram reclusos nos Centros de Reintegração Social (CRS) do sistema APAC.

2. O REGULAMENTO DISCIPLINAR DA APAC E A SUA INCONGRUÊNCIA SISTÊMICA

Após o estudo do método APAC, não se pode deixar de lado, para a melhor compreensão deste sistema, outro relevante ato normativo que acaba

Revista Brasileira de Direitos Humanos, n. 47, 2023, pp. 123-124.

12 OTTOBONI, Mário. Vamos matar o criminoso? São Paulo: Editora Paulinas, 2001, pp. 69-79.

13 DARKE, Sacha. Comunidades Prisionais Autoadministradas: O Fenômeno APAC (Self-Managed Prison Communities: The APAC Phenomenon). Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 107, 2014, p. 256.

14 SILVA, Luís Gustavo Candido e; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A tutela dos direitos da personalidade da pessoa encarcerada: uma análise a partir da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 111, 2023, p. 79.

por dar sentido ao cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais da instituição. Conforme fora narrado no tópico anterior, o sistema apaqueano deve guiar a sua existência e suas ações pela Lei de Execução Penal (LEP)¹⁵. No entanto, nota-se que, por intermédio de outros atos de natureza administrativa, a APAC acaba conferindo mais rigidez, severidade e vigilância ao processo de cumprimento de pena privativa de liberdade, especialmente se comparada com sistema prisional convencional.

Assim, o presente estudo acaba por conferir especial relevo ao Regulamento Disciplinar dos Centros de Reintegração Social da APAC¹⁶, justamente porque é a partir deste instrumento que se apresentam as principais regras relacionadas ao comportamento e à disciplina dos recuperandos nos estabelecimentos prisionais criados pela associação.

O regulamento disciplinar é a norma interna, sem força vinculante em termos legais, que acaba por nortear a vida dos recuperandos dentro do estabelecimento prisional apaqueano. Ele encontra-se subdividido em capítulos que abordam as seguintes temáticas: a) os direitos, deveres e obrigações dos recuperandos; b) as faltas e as sanções disciplinares; c) as recompensas e regalias do recuperando modelo; d) os jogos, apostas e negócios; e) e as disposições finais.

Assim, acaba-se compreendendo que os elementos do método se alinham como espécies de princípios norteadores da APAC, enquanto o regulamento disciplinar apresenta regras que devem ser seguidas no momento do cumprimento de pena. Com um conjunto de regras e princípios, o método e o regulamento disciplinar da APAC acabam por configurar o sistema normativo próprio desta instituição, não sendo possível compreender um e desprezar a existência do outro.

Como um indicador de extrema relevância para os estudos que versam sobre o sistema apaqueano, encontram-se as disposições disciplinares do regulamento interno, que acabam por incluir novas espécies de faltas a serem aplicadas aos recuperandos durante o cumprimento de pena. É evidente que, por apresentarem previsões legais não dispostas na LEP, os recuperandos assinam um termo de adesão que, para este sistema, seria capaz de justificar a imposição.

Assim, é importante, desde já, se esclarecer que, ao se estudar o regulamento disciplinar do sistema APAC, o trabalho irá dar um enfoque maior seu capítulo II, que versa sobre as sanções disciplinares.

15 BRASIL. Lei de Execução penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 02 mar. 2024.

16 FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. Regulamento Disciplinar do Centro de Reintegração Social da APAC. Disponível em: <https://www.dropbox.com/scl/fi/c72khlok688i36t9yow91/Regulamento-Disciplinar-2020.pdf?rlkey=ac15io4zuripu2wjlx784xgsr&e=1&dl=0>. Acesso em: 10 fev. 2024.

Com uma disposição integralmente inovadora e particular das APAC's, acabam-se indicando outras condutas quem poderiam ensejar na aplicação de faltas leves, médias e graves para os apenados inseridos nos em seus estabelecimentos prisionais. É de se destacar que, dentre todas as modalidades de faltas, 74 (setenta e quatro) condutas são apontadas como desvios disciplinares capazes de se ensejar punição por parte do sistema. Para Rudnicki:

O descumprimento dos deveres e das obrigações gera penalidades. São faltas leves (artigo 15), entre outras, falar com visitantes sem autorização ou usar bermuda, boné e camiseta regata na presença de visitantes e voluntários. Entre as médias (artigo 16), destaca-se possuir ou utilizar “máquinas” de tatuagem. Entre as graves (artigo 17), destacam-se as seguintes: fugir, usar a cela para visita íntima ou familiar, ou praticar conjunção carnal com pessoas do mesmo ou de outro sexo. O banho diário é obrigatório, prescrevendo ainda o artigo 1º, XXIII, que o “recuperando” esteja barbeado e com os cabelos cortados (sendo proibido corte de cabelo com máquina zero) (artigo 57). Não há menção a homossexuais ou à exclusão deles, mas o antigo regulamento utilizava sempre os termos no feminino, e, no Infopen, informa-se que nenhuma unidade da Apac possui espaço para população LGBT. Mesmo atualizado, o regimento ainda prevê que os recuperandos devam ser sinceros e honestos e evitar a companhia de mulheres “de vida fácil” ou de “conduta suspeita”.¹⁷

O sistema, desta forma, acaba demonstrando, por intermédio da imposição de penalidades um tanto quanto desmedidas, seus apegos com a doutrina cristã, com o excesso de vigilância e com a redução das possibilidades de escolha dos recuperandos. Condutas como não tratar os outros com urbanidade, não utilizar determinados tipos de vestimentas, não realizar determinados cortes de cabelo, participar de movimentos de subversão, fazer uso de qualquer tipo de drogas, não se submeter a revistas pessoais, participar de jogos ou apostas, divulgar ou deter material pornográfico ou se recusar a participar dos programas previstos na metodologia, são todas consideradas como passíveis de punição.

Com isso, mesmo que este não seja o foco do trabalho, não se pode deixar de indicar os problemas jurídico-normativos das sanções impostas pelo regulamento geral. Nota-se que, em que pese o art. 49 da Lei de Execução Penal admita a criação de faltas graves leves e médias, o referido diploma legal é claro e literal ao indicar que tais inovações podem se dar tão somente por intermédio de legislações especiais. Assim, tem-se que a edição de faltas graves, médias e leves, por um diploma particular, é um ato que não pode ser aceito pela ordem jurídica vigente, o que leva o regulamento disciplinar da APAC a não ter relevância e nem eficácia jurídica. É neste sentido que se indica a incongruência sistêmica do referido regulamento.

Ainda, reconhecendo a limitação do trabalho, por se tratar de uma pesquisa bibliográfica, é importante destacar que não se pode afirmar se os

17 RUDNICKI, Dani. Contra o método APAC: “novas” alternativas na execução penal. Revista Direito Mackenzie, v. 15, n. 3, 2021, p. 9.

Centros de Reintegração Social do sistema APAC aplicam as sanções presentes no seu regulamento disciplinar. No entanto, em pesquisa etnográfica realizada no mestrado no Programa de Pós-Graduação do Núcleo de Estudos em Política Pública e Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em que se procurou analisar especificamente as técnicas disciplinares aplicadas pelo sistema APAC, fora possível comprovar o que segue:

A respeito das faltas, regulamentos e descumprimentos, a narrativa de Paulo Sérgio é elucidativa. Segundo ele, as faltas leves são aplicadas pelo CSS e quem as comete fica sem o lazer do dia. As principais faltas leves são as pequenas desatenções, como esquecer o crachá, deixar as luzes e o ventilador ligados, uma faxina ou tarefa malfeita. Enquanto a falta média se aplica ao descumprimento de ordem da direção e o “irmão fica trancado, até dez dias na cela”. A falta grave, de 10 pontos, é aplicada pela juíza, “aí é entrar com o celular, com droga, álcool, brigar”.¹⁸

No entanto, o que importa para a pesquisa é o conteúdo teórico do regulamento disciplinar da APAC que, por si só, acaba refletindo muito sobre os objetivos não declarados da instituição. Nota-se que o regulamento disciplinar procura ultrapassar o castigo corporal, impondo um treinamento que transforma o ser humano em um mero corpo útil, perpetuando os efeitos do sistema prisional no detento, infantilizando o corpo aprisionado e diminuindo sua autodeterminação.¹⁹

Com isso, pode-se observar que, compreender a dinâmica dos estabelecimentos prisionais apaqueanos e conhecer o discurso da APAC, torna-se um esforço interpretativo que deve gravitar em torno dos elementos do método e dos fundamentos mais singulares constantes no regulamento disciplinar da instituição, sendo que, somente desta forma, podem-se analisar, de maneira mais particular, a profundidade desse fenômeno prisional compreendido por APAC.

Desta maneira, após apresentado e analisado o regulamento disciplinar dos estabelecimentos prisionais apaqueanos, visando a solução do problema apresentado, passa-se para a parte final da pesquisa, que analisará o direito à identidade dos recuperandos como um direito da personalidade que pode ser violado ou protegido a partir do regulamento supramencionado.

18 ZAMBA, Edson Gabriel Souza. As técnicas disciplinares na Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, n. 5, 2023, pp. 7-8.

19 RUDNICKI, Dani. Contra o método APAC: “novas” alternativas na execução penal. Revista Direito Mackenzie, v. 15, n. 3, 2021, p. 9.

3. A DESPERSONALIZAÇÃO DO RECUPERANDO PELO SISTEMA APAC: UM DIÁLOGO ENTRE IDENTIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Após a apresentação do sistema APAC, de seu método e de seu regulamento, para a sequência do trabalho, deve-se retomar o problema de pesquisa. Como apresentado inicialmente, o trabalho procura verificar a possibilidade do regimento disciplinar do sistema APAC se apresentar como um instrumento de despersonalização do sujeito encarcerado, violando o direito personalíssimo à identidade dos indivíduos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais criados pela associação. Para a referida compreensão, deve-se apresentar inicialmente o que se compreende por pessoa e por direitos da personalidade.

O termo pessoa, se trata de uma expressão construída historicamente a partir da Grécia antiga. A sua origem está ligada ao teatro, onde se usava uma terminologia semelhante para se descrever as máscaras que os atores colocavam para interpretarem seus papéis. No entanto, ainda não transmitia um conceito claro e preciso sobre o real significado do termo.²⁰ Na verdade, o que se percebe é que os significados de pessoa e personalidade sofreram muitas mudanças ao longo do tempo, até que, na Idade Média, passaram a estar relacionados a conceitos de dignidade e valorização do indivíduo. Com a figura humana passando a ser vista como uma representação da imagem de seu criador, o conceito de pessoa também se transformou, permitindo que o ser humano ocupasse um lugar como um ser único e em constante desenvolvimento.²¹

A partir do século XVI, surge o senso de individualidade da pessoa humana e a necessidade de cada indivíduo se desenvolver por si mesmo e governar sua própria existência, resultando no desenvolvimento de um direito de autodeterminação e nas primeiras noções de direito subjetivo. Já nos séculos XVII e XVIII, desenvolvem-se as ideias de direitos naturais, destacando a dignidade como um elemento essencial à própria natureza da pessoa humana²². Com isso, observa-se que os conceitos de pessoa e personalidade sempre estiveram intrinsecamente ligados à promoção da dignidade dos indivíduos. No entanto, até então, estavam separados de ideias relacionadas à necessidade de uma legislação que os defnisse.

Assim, a partir da segunda metade do século XIX, principalmente com os avanços legais do direito privado na Alemanha e na França, começa a ser

20 GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e Direitos da Personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21.

21 CANTALI, Fernanda Borghetti. Direito da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 33.

22 SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

estruturada no direito positivo uma teoria dos direitos da personalidade²³. Esse fenômeno é compreensível, já que nos séculos anteriores apenas os grupos dominantes detinham direitos, fazendo com que o privado fosse considerado público. Porém, no final do século XIX, com as mudanças nas estruturas sociais, percebeu-se a importância de se proteger a esfera da privada da pessoa humana, seguida pelos demais direitos da personalidade reconhecidos ao longo do século XX.²⁴ Para Bittar, a positivação dos direitos da personalidade foi um fenômeno gradual.²⁵

A partir de então, se compreende que os direitos da personalidade são aqueles direitos que estão intimamente ligados com a formação e o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Em outras palavras, há certos direitos sem os quais a personalidade seria apenas uma possibilidade vazia, desprovida de todo valor concreto: são direitos fundamentais sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam significado para o indivíduo - ou seja, sem eles, as pessoas não existiriam como seres humanos. Esses são os chamados direitos essenciais, que formam a essência da personalidade.²⁶

Assim, nota-se que o termo “personalidade” pode ser analisado em dois sentidos distintos, sendo somente um deles relevante para o trabalho. Para a referida discussão, tem-se que, quando os direitos da personalidade são abordados, não se está buscando interpretar a personalidade como aquela capacidade de adquirir direitos e obrigações, que está descrita nos códigos legais, mas sim como um aspecto natural, uma variedade complexa de qualidades dos seres humanos. Portanto, quando mencionam-se os direitos da personalidade, está-se referindo e tentando pensar na personalidade como o ser humano em si, e não apenas como um atributo legal que lhe confere capacidade jurídica, por vezes denominado de personalidade.²⁷ A personalidade, desta forma, pode ser compreendida como uma totalidade, um resumo das características do indivíduo, consistindo na parte intrínseca do ser humano e, portanto, é o primeiro bem jurídico pertencente à pessoa.²⁸

23 FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade anotação para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil. Revista da EMERJ, v. 8, nº 31, 2005, p. 51.

24 MORAES, MARIA Celina Bodin de. Ampliando os direitos de personalidade. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 10 de fev. 2024.

25 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. Revista Informações legislativas Brasília, v. 15, n. 60, 1978, p. 118.

26 DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 24.

27 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 192.

28 SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

É partindo destes pressupostos que se procura apresentar o direito à identidade como uma espécie de direito da personalidade. A identidade, como uma categoria de direito autônoma, aparece pela primeira vez nos sistemas jurídicos de países que foram afetados pelos regimes fascistas do século XX. Após o término da Segunda Guerra Mundial e a necessidade de proteger integralmente a pessoa humana, as jurisprudências da Alemanha e da Itália, seguidas pela Constituição Portuguesa, foram as primeiras a abordar este tipo de direito no mundo jurídico.²⁹ Já na legislação brasileira, ainda são tímidas as referências diretas ao direito à identidade, como pode-se verificar com a síntese que segue:

A identidade pessoal não é expressamente prevista como um direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e também não se encontra de forma explícita no rol dos direitos da personalidade do Capítulo II (Dos Direitos da Personalidade) do Título I (Das Pessoas Naturais) do Livro I (Das Pessoas) da Parte Geral do Código Civil brasileiro de 2002. A palavra identificação/identidade é encontrada em três passagens da Constituição brasileira de 1988, mas sem o devido tratamento de um verdadeiro direito fundamental à identidade nos moldes da definição anteriormente analisada. Confrim-se as referidas passagens na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, incisos LVIII (“o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”) e LXIV (“o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”); e em seu artigo 216 (“Constituem patrimônio cultural brasileiro os 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 [...]”).³⁰

No entanto, mesmo sem uma previsão legal específica, não se pode afirmar que o sistema jurídico não protege o direito à identidade como um direito personalíssimo. Isso se justifica, em primeiro lugar, pela importância do livre desenvolvimento da identidade como um elemento necessário para garantir a dignidade da pessoa humana. Neste estudo, a dignidade é entendida como uma cláusula geral que protege os direitos personalíssimos. Portanto, proteger a identidade é, de forma direta, conferir dignidade ao ser humano.³¹

Assim, tem-se que a identidade é considerada um direito personalíssimo dos seres humanos, que funciona como um meio de conectar a pessoa com seu ambiente, e os elementos que a compõem são eficazes em expressar a

29 HAIKAL, Victor Auilo. Direito à identidade na sociedade da informação. Dissertação (Mestrado) - USP, Universidade de São Paulo. São Paulo, f. 395, 2019, p. 349.

30 DE ALMEIDA, José Luiz Gavião; VEDOVATO, Luis Renato; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. A identidade pessoal como direito fundamental da pessoa humana e algumas de suas manifestações na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, 2018, p. 41.

31 MOLINA, André Araújo. Dano à identidade pessoal do trabalhador. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 4, 2017, p. 106.

personalidade de cada indivíduo em suas interações sociais³². Em outras palavras, a identidade está ligada à necessidade de distinguir as pessoas, sendo um direito subjetivo de autorreconhecimento e de senso de pertencimento³³. Dessa forma, a identidade é um conjunto de características que permitem a uma pessoa reconhecer-se em uma determinada comunidade, diferenciando-se dos outros e construindo seus próprios significados existenciais³⁴. Dessa forma, o direito à identidade é entendido como a combinação de todas as características essenciais que definem o próprio indivíduo, desde atributos naturais da pessoa humana (identidade estática) até elementos que são adicionados à sua identidade ao longo do tempo (identidade dinâmica).³⁵

Neste sentido, nota-se que, conforme evidenciado na segunda seção do trabalho, procurou-se estudar o regimento disciplinar do sistema APAC com ênfase em suas sanções disciplinares. Assim, fora possível observar que, além de apresentar uma incongruência sistêmica com o ordenamento jurídico interno, o regulamento, com suas sanções disciplinares, pode acabar violando o direito à identidade dos recuperandos que à ele encontram-se submetidos, uma vez que limita o pleno desenvolvimento de sua personalidade, impedindo que a identidade de cada um se manifeste de acordo com suas próprias vontades.

Com isso, apresentam-se algumas sanções disciplinares que foram observadas pelos pesquisadores como capazes de violar o direito à identidade dos recuperandos:

Art.15.Consideram-se faltas disciplinares de natureza LEVE:

VIII. Atuar de maneira inconveniente, por ação ou omissão frente às autoridades e voluntários;

XVI. Não estar devidamente trajado, ou seja, usar bermudas, bonés, camisas regata e etc., nas reuniões, nos atos socializadores e na presença de visitantes e voluntários;

XX. Não usar crachás;

XXII. Emprego de apelidos, gírias e/ou linguagem de sinais, dificultando a perfeita aplicação da disciplina;

É possível observar que, ao tentar padronizar comportamentos e aumentar a vigilância, o regulamento disciplinar acaba limitando e despersonalizando os sujeitos, reprimindo suas formas de expressão. Ao elevar algumas condutas à categoria de faltas disciplinares, o sistema acaba destituindo dos recuperandos o poder sobre seus próprios corpos físicos e sobre os elementos identificadores de

32 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195.

33 CALISSI, Jamile Gonçalves. A identidade como um direito fundamental articulado a partir dos direitos da personalidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (Orgs.). Acesso à justiça e os direitos da personalidade. Birigui: Boreal, 2015, p. 245.

34 CASTELLS, Manuel. La era de la información: economía, sociedad y cultura. Madrid: Alianza Editorial, 1997, p. 46.

35 SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño a la identidad personal. THEMIS Revista de Derecho, n. 36, 1997, p. 248.

suas manifestações públicas, que lhes são inerentes enquanto sujeitos singulares e portadores de dignidade.

Assim, como resposta ao problema de pesquisa apresentado, tem-se que o regimento disciplinar do sistema APAC, em razão de suas particulares sanções disciplinares, pode se apresentar como um instrumento de despersonalização do sujeito encarcerado, violando o direito personalíssimo à identidade dos indivíduos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais desenhados pela associação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo formulado, fora possível compreender que o sistema APAC se trata de uma organização civil sem fins lucrativos, de base cristã, criada com o objetivo de humanizar o cumprimento de pena e se apresentar como uma possível solução para as mazelas suportadas pelo cenário carcerário do país.

Para tanto, visualizou-se que os criadores deste peculiar modelo, desenvolveram um método e um regulamento disciplinar para ser aplicado aos recuperandos que estivessem aptos a cumprirem pena nos estabelecimentos prisionais criados pela instituição.

Assim, após analisar as peculiaridades do sistema, a pesquisa concentrou seus esforços em uma melhor compreensão acerca do regulamento disciplinar do sistema APAC, especialmente em razão das sanções disciplinares particulares inseridas no referido documento. Com os estudos formulados, foi possível perceber que o regulamento acaba por conferir ainda mais severidade ao cumprimento de pena, criando sanções leves, médias e graves que ultrapassam aquelas previstas pela Lei de Execução Penal.

Ainda, analisou-se inicialmente que o regulamento apresenta uma incongruência sistêmica com o arcabouço jurídico-normativo do país, uma vez que se trata de um documento particular e não pode ter validade e nem eficácia jurídica no âmbito da execução penal. Por fim, tornou-se possível observar que as sanções disciplinares dispostas no regulamento alcançam aspectos muito íntimos da vida dos encarcerados, indicando o excesso de disciplina da instituição e o seu interesse em padronizar comportamentos e reduzir qualquer prática ou atitude desviante.

Finalizadas as referidas análises, a pesquisa procurou verificar se o direito à identidade poderia ser apresentado como um direito da personalidade, com o fim de que fosse possível observar a violação ou a proteção do referido direito a partir do regulamento disciplinar da associação.

Com isso, observou-se que os direitos da personalidade são aqueles direitos essenciais dos seres humanos, ligados de fora íntima com a plena formação de seus caracteres personalíssimos. Assim, apresentou-se a identidade como um direito da personalidade, a partir do momento em que a mesma passa

a ser analisada como a junção de todos os elementos, estáticos ou dinâmicos, que podem fazer com que o ser humano se reconheça perante ele mesmo e perante o corpo social em que se encontra inserido.

A partir destes pressupostos, compreendeu-se que, a disciplina exigida pelo regulamento do sistema APAC, acaba por despersonalizar os sujeitos encarcerados, fazendo com que os mesmos se afastem de sua identidade, na medida que são forçados a se reconhecerem fisicamente de forma padronizada e não podem se apresentar para o seu grupo social com todos os atributos estáticos e dinâmicos que configuram a sua existência.

Com isso, puderam-se elencar como sanções disciplinares capazes de violar o direito à identidade dos recuperandos as seguintes condutas: a) atuar de maneira inconveniente, por ação ou omissão frente às autoridades e voluntários; b) não estar devidamente trajado, ou seja, usar bermudas, bonés, camisetas regata e etc., nas reuniões, nos atos socializadores e na presença de visitantes e voluntários; c) não usar crachás; d) emprego de apelidos, gírias e/ou linguagem de sinais, dificultando a perfeita aplicação da disciplina.

Assim, como conclusão do presente artigo, compreende-se que fora corroborada a hipótese de que o regulamento disciplinar da APAC, a partir das sanções disciplinares elencadas em seu texto, pode violar o direito à identidade dos recuperandos, compreendido neste trabalho como um direito da personalidade.

Ainda, é importante destacar que o regulamento disciplinar apaqueano merece outras análises científicas, visto que, a partir de um exame superficial, pode-se verificar que diversos direitos da personalidade podem se chocar com outras disposições do regulamento, que não se encontram exclusivamente dispostas na seção correspondente às sanções disciplinares. Neste sentido, nota-se que o presente trabalho resumiu suas investigações no estudo das sanções disciplinares e sua relação com o direito à identidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Rota. Prisão e desumanidade no Brasil: uma crítica baseada na história do presente. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 74, 2019.

ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro*. Derecho y Cambio Social, Lima, Peru, a. 12, n. 41, 2015.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. A prisão: questionamentos acerca da ideia de ressocialização. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 60, 2012.

ÁVILA, Gustavo Noronha; SILVA, Luis Gustavo Candido e. A Narrativa da Liberdade Religiosa no Método APAC: uma Leitura a Partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, Porto Alegre, n. 47, 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. **Revista Informações legislativas Brasília**, Brasília, v. 15, n. 60, 1978.

BRASIL. Lei de Execução penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 mar. 2024.

CALISSI, Jamile Gonçalves. A identidade como um direito fundamental articulado a partir dos direitos da personalidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (Orgs.). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. Birigui: Boreal, 2015.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direito da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASTELLS, Manuel. **La era de la información: economia, sociedade y cultura**. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

DARKE, Sacha. Comunidades Prisionais Autoadministradas: O Fenômeno APAC (Self-Managed Prison Communities: The APAC Phenomenon). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 107, 2014.

DARKE, Sacha. **Convívio e Sobrevivência: coproduzindo a ordem prisional brasileira**. Belo Horizonte: D'plácido, 2019.

DE ALMEIDA, José Luiz Gavião; VEDOVATO, Luis Renato; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. A identidade pessoal como direito fundamental da pessoa humana e algumas de suas manifestações na ordem jurídica brasileira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 14, 2018.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade anotação para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, 2005.

FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **O que é a APAC?** Disponível em: <https://fbac.org.br/o-que-e-a-apac/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Regulamento Disciplinar do Centro de Reintegração Social da APAC**. Disponível em: <https://www.dropbox.com/scl/fi/c72khlok688i36t9yow91/Regulamento-Disciplinar-2020.pdf?rlkey=ac15io4zuripu2wjx784xgsr&e=1&dl=0>. Acesso em: 10 fev. 2024.

FERREIRA, Valdeci; OTTOBONI, Mário. **Método APAC: sistematização de processos**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos da Personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

HAIKAL, Victor Auilo. **Direito à identidade na sociedade da informação**. Dissertação (Mestrado) - USP, Universidade de São Paulo. São Paulo, f. 395, 2019.

MOLINA, André Araújo. Dano à identidade pessoal do trabalhador. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 4, 2017.

MORAES, MARIA Celina Bodin de. **Ampliando os direitos de personalidade**. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 10 de fev. 2024.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** São Paulo: Editora Paulinas, 2001.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-35/98**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 25 mar. 2024.

RUDNICKI, Dani. Contra o método APAC: “novas” alternativas na execução penal. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 15, n. 3, 2021.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Daño a la identidad personal. **THEMIS Revista de Derecho**, n. 36, 1997.

SILVA, Luís Gustavo Candido e; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A tutela dos direitos da personalidade da pessoa encarcerada: uma análise a partir da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 111, 2023.

SILVA, Luís Gustavo Candido e; ÁVILA, Gustavo Noronha de. El Estado de Cosas Inconstitucional en Brasil: una mirada constitucional de los derechos de la personalidad de la población penitenciaria. **Opción**, Maracaibo, v. 39, n. 100, 2023.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VARGAS, Laura Jimena Ordóñez. Todo homem é maior que seu erro? Bases para uma reflexão sobre o método alternativo de gestão carcerária. **SER Social**, Brasília, v. 11, n. 24, 2010.

ZAMBA, Edson Gabriel Souza. As técnicas disciplinares na Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). **Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, n. 5, 2023.

Recebido em: 29/04/2023

Aprovado em: 10/04/2024

ECO-TRIBUTAÇÃO E A ECONOMIA DO MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

ECO-TAXATION AND ENVIRONMENTAL ECONOMICS: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF NIKLAS LUHMANN'S SYSTEMS THEORY

LUIZ AUGUSTO AGLE FERNANDEZ FILHO*
JADSON CORREIA DE OLIVEIRA**

RESUMO

O presente artigo analisa o uso da tributação como ferramenta apta à proteção ambiental. Inicialmente, busca-se compreender as possíveis contribuições do Direito (Tributário), sob o viés da “comunicação” intersistêmica e ecológica, a fim de promover o meio ambiente natural. Observa-se na extrafiscalidade a aptidão de direcionamento de condutas dos particulares para a consecução de fins almeçados pelo Estado. A grande questão enfrentada decorre da possibilidade, ou não, da instituição de tributos que absorvam a complexidade ambiental, de maneira a abranger os códigos “lícito”, “sustentável” e “lucro”, compatibilizando-se respectivamente com o Direito, Ecologia e Economia. A análise recorreu à pesquisa bibliográfica e normativa, através do método lógico-dedutivo, e para a implementação desses instrumentos fiscais perpassa pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Ao final, demonstra-se a aptidão do tributo para fomentar a alteração de condutas poluidoras lícitas, porém indesejadas, como um acoplamento entre os sistemas econômico e jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Ecologia. Teoria dos Sistemas. Extrafiscalidade. Eco-tributação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility of taxes being used as the most appropriate tools for environmental protection. Initially, we seek to understand the possible contributions of Tax Law, under the bias of intersystemic and ecological “communication”, to promote the natural environment. Next, it is observed in extrafiscality the traffic of directing conducts of the individuals for the attainment of ends desired by the State. The big question faced stems from the possibility, or not, of imposing taxes that absorb the environmental complexity, in order to cover the “licit”, “sustainable” and “profit” codes, making them compatible respectively with Law, Ecology and Economy. The analysis will be carried out through bibliographical and normative research, through the logical-deductive method, and for the implementation of these fiscal instruments it will be based on Niklas Luhmann's Theory of Systems. In the end, it demonstrates the possibility of the tribute to encourage the alteration of lawful but unwanted polluting conducts, as a complement between the economic and legal systems.

KEYWORDS: Ecology. Systems Theory. Extrafiscality. Eco-taxation.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Graduado em Direito pela UCSAL. Especialista em Direito Tributário, tanto pela UFBA, quanto pela Faculdade Baiana de Direito.
E-mail: luizaugustoagle@yahoo.com.br. ORCID: 0000-0002-0499-5768.

** Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC/CDH da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professor na Universidade Federal de Sergipe – UFS.
E-mail: jadson_correia@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-1599-6552.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A tutela jurídica do bem ambiental no Brasil; 3 Da necessária diferenciação funcional: Economia, Direito e Ecologia; 4. A instrumentalidade das normas jurídicas para a transformação social. Da sanção à indução: Tributação extrafiscal; 4.1 Da zona de tolerabilidade; 4.2 O princípio do poluidor-pagador; 4.3 A eco-tributação enquanto acoplamento intersistêmico; 5 Considerações Finais; 6 Referências.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo busca-se investigar como o Estado pode intervir de forma mais eficiente, promovendo a preservação da natureza por meio do instrumentário econômico-tributário, à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Haja vista que somente através de uma da diferenciação funcional de sistemas sociais complexos e a sua relação com meio ambiente, tornar-se-á possível compreender melhor a possibilidade de utilização instrumental do Direito Tributário com o desiderato de promover a proteção das bases vitais da natureza, a partir das “exações ecológicas”, dos “favorecimentos eco-tributários” e “agravações eco-tributárias”.¹

Para tanto, impende investigar, sob a ótica jurídica, a evolução da relação humana com a natureza e os limites imanentes da tutela ambiental de cunho marcadamente proibitivo e injuntivo.

Há muitos anos, a sociedade mundial vem sofrendo com as consequências da destruição da natureza. São diversos os efeitos deletérios para o meio ambiente percebidos pela população que impactam diretamente na saúde e qualidade de vida das pessoas, inclusive, reverberando de modo a ameaçar o futuro da espécie humana.

Como exemplos mais recorrentes das implicações das intervenções antrópicas inconsequentes na natureza, tem-se a redução do acervo florestal, a extinção de espécies vegetais e animais, o aquecimento global, a redução da qualidade do ar, a diminuição das fontes de água potável, entre outros reflexos decorrentes da dilapidação do patrimônio natural pelo homem.

A visão antropocêntrica da natureza enquanto fonte inesgotável de elementos e recursos para a satisfação das “necessidades” humanas acarretou profundos prejuízos ao meio ambiente, sendo muitos desses danos irreversíveis, resultando na projeção imensurável dos efeitos maléficos para o planeta.

Até pouco tempo, não havia a conscientização relacionada à escassez e finitude dos recursos naturais, nem mesmo da dimensão da essencialidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a saúde e vida das presentes e futuras gerações.

1 TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. Direito Tributário (Steuerrecht). Tradução da 18ª ed. alemã: Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 1, 2008. p. 436 e 437.

Nesse viés, a preocupação humana com a preservação da natureza é relativamente recente na história da humanidade e, ainda que o Direito já regulamentasse algumas situações de cunho ambiental, o fazia, em regra, por questões patrimoniais e administrativas, marcadamente pela satisfação do sistema econômico.

Atualmente no Brasil, nos termos constitucionais, do ponto de vista material, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é imprescindível à sadia qualidade de vida. Assim, o direito (fundamental) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vai além da esfera individual, transbordando o interesse coletivo, pois se trata de um direito difuso que transcende essa geração, pertencendo a todos os seres vivos que habitam o planeta, agora e no futuro.

No entanto, apenas a previsão dos direitos fundamentais no texto constitucional não é suficiente para assegurar, *per si*, a tutela jurídica necessária para a concretização do aspecto material desses direitos². Para tanto, faz-se necessária a análise dos mecanismos pertinentes à disposição do ordenamento jurídico para fins de promoção da sua eficácia com a respectiva força para a implementação e efetivação.

Para tanto, a partir de uma observação de segunda ordem, impende investigar as raízes da ineficiência da tutela jurídica ambiental no Brasil em virtude da complexidade de sistemas funcionais autopoieticos que se autorreferenciam, organizando-se e diferenciando-se por meio de códigos e funções próprias.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é examinar a validade da instrumentalidade das normas impositivas tributárias no ordenamento jurídico pátrio com objetivos de promoção ambiental, a partir da teoria dos sistemas sociais de Luhmann. A problematização se refere aos seguintes pontos: O argumento econômico pode ser ignorado pelo Direito? O argumento jurídico e econômico ocasiona a corrupção do sistema ecológico considerando a teoria dos sistemas de Luhmann? A tributação ambiental pode ser um mecanismo para efetiva proteção ambiental?

Para tanto, no segundo tópico será realizada uma análise acerca da tutela jurídico-constitucional do ambiente natural. No terceiro tópico serão analisadas as diferenciações intersistêmicas. E o quarto tópico disporá sobre a tributação extrafiscal (ambiental), sob o vértice da comunicação ecológica luhmanniana.

2. A TUTELA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL NO BRASIL

Historicamente, desde o Brasil colônia, já havia regulamentações de cunho ambiental emanadas da Coroa Portuguesa, preocupada com a administração da exploração das riquezas naturais do país recém descoberto.

2 BENJAMIN, Antônio Herman V. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 126.

A esse respeito, com relações aos primeiros comandos normativos que vigoraram no Brasil, nos idos do início do século XVI, menciona-se as Ordenações Afonsinas que estabeleciam como fato típico e punível criminalmente a derrubada de árvores frutíferas. A partir de 1521, com a vigência das Ordenações Manuelinas, havia expressa vedação à caça de determinadas espécies de animais com métodos ou armas que lhes impusesse dor e sofrimento; era proibido, pela ordenação da coroa, a alienação de colmeias sem as abelhas, mantendo-se o crime de injúria ao rei, quando do corte ilegal de árvores de fruto³.

Ainda nesse primeiro período, a partir de 1603, as Ordenações Filipinas, de acordo com Spagolla, “previam pela primeira vez o conceito de poluição, vedando a qualquer pessoa lançar materiais que contaminassem os recursos hídricos, além de aumentar a proteção aos animais e reiterar o crime de corte de árvores de fruto”⁴.

Posteriormente, em 1808, com a chegada da família real ao Brasil colônia, visando à preservação patrimonial da coroa portuguesa, estimulou-se a denúncia da extração irregular de riquezas naturais protegidas, a exemplo da árvore Pau-Brasil, até mesmo com a promessa de liberdade aos escravos que reportassem esta atividade de derrubada de madeira para contrabando⁵.

A Constituição imperial de 1824 e o Código Penal de 1830, repetindo as ordenações portuguesas, preservaram como fato típico ilícito o corte irregular de árvores. Ainda no Brasil Império, por intermédio da Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850⁶, estipulou-se como crime o desmatamento florestal por meio das queimadas ou derrubada de árvores das terras devolutas ou alheias.

De logo, chama a atenção a estreita preocupação econômica por trás das primeiras normas de caráter “ambiental”, tendo em vista que na primeira fase de exploração do país pelos portugueses a extração de Pau-Brasil foi muito intensa, visto o potencial financeiro da mercadoria para exportação para Europa, tanto como corante para tingir tecidos quanto para a construção de movelaria.

De acordo com Luhmann, o sistema econômico encontra-se fechado autonomamente e funciona através da lógica monetária, alcançando imensa complexidade esse sistema social operava, na fase pré-monetária, com a função

3 SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete. *Tributação Ambiental: Proposta para instituição de um Imposto Ambiental no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Marília, São Paulo, 2008. p. 151.

4 *Ibidem*, p. 55-56.

5 *Ibidem*, p. 56.

6 “Art. 2º os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes”. (Grifo nosso). BRASIL. Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 8 out. 2022.

pautada na lógica originária de propriedade/não propriedade, atualmente encontra-se programado pela codificação binária do pagamento/não pagamento, sob a ideia de lucro/não lucro⁷. Nesse sentido, é possível explicar as raízes da “preocupação” ambiental do Brasil colônia, vejamos:

Originally the economy was coded through property. This forced every participant into the alternative of owning property or not regarding all the goods capable of being owned. Ownership by one participant excluded all the others. This was the only way that exchange was possible and property was capable of fulfilling certain ecological functions. A tolerant treatment of nature is beneficial to property because one can defend it against others and they can eventually be brought through legal channels to replace any damage.³ In its pre-monetary form, property, especially as the ownership of land, was not capable of being differentiated sufficiently. It remained, for example, the quasi-necessary foundation of political power (feudalism). Only the binary coding of the economy through money and a change of the code having/not having to the code payment/non-payment led to the complete functional differentiation of the economic system⁸.

Operando ainda para satisfação das expectativas do sistema econômico, o sistema jurídico, no período Republicano, a partir da novel codificação civilista de 1916, cunhou diversas regras sobre os bens naturais, que se desenvolveram internamente normas esparsas sobre a matéria ambiental. Desta forma, ainda que pautadas pela lógica patrimonial e econômica, as Constituições Federais de 1934 e as que a sucederam até 1969, previam normas de defesa do patrimônio natural, histórico, artístico e cultural, bem como estabeleceram as respectivas competências para a proteção jurídica dos recursos provenientes do solo, mineração do subsolo, águas, fauna e flora⁹.

Na seara infraconstitucional, na década de 1930, foram editados o Código de Águas (Decreto n° 24.643/1934) e o Código Florestal (Decreto n° 23.793/1934), seguidos, na década de 1960, pelo Código de Pesca (Decreto Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967) e pelo Código de Mineração (Decreto Lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967). Apesar disso, tem-se que, apenas a partir da década de 1970, a jurisprudência brasileira passou a concretizar efetivamente os preceitos de proteção ambiental¹⁰.

No entanto, acompanhando o contexto internacional, foi na década de 1980 que a legislação pátria evoluiu na defesa do meio ambiente, tendo como principal marco a aprovação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei

7 LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Trad. John Bednarz Jr. Chicago: Polity Press, 1989. p. 51.

8 *Ibidem*, p. 52.

9 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 52.

10 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação Ambiental: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 50.

n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981) e, instrumentalmente, com advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7343, de 24 de julho de 1985), através da qual a tutela do bem ambiental avançou precipuamente na seara de responsabilização pelos danos causados à natureza¹¹.

Contudo, inspirada pela revolução ambiental, em virtude da assimilação do risco da extinção da sociedade global, a Constituição Federal de 1988, estruturada de forma marcadamente analítica, foi a primeira a destinar um título específico para tratar do meio ambiente natural, e, como visto, previu expressamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desse modo, com a constitucionalização ampla dos preceitos de proteção ambiental, nos moldes delineados no texto constitucional de 1988, a promoção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental, desencadeou a necessidade de criação de outras normas derivadas, com configuração procedimental, a fim de assegurar a implementação do direito ao meio ambiente que, como visto, goza de uma dimensão positiva e negativa.

Todavia, o poder constituinte originário ao positivar o direito fundamental ao meio ambiente trouxe da dimensão política para à jurídica e econômica novos desafios, e, conseqüentemente, como adverte Luhmann: “*Politics and the economy are functionally differentiated systems. Therefore, if politics intervenes in the process of price formation (which, (...), happens to a great extent) it transforms economic problems into political ones. But the difference between the two systems remains*”¹².

Considerando que o descaso da humanidade com a natureza pode vir a comprometer e a afetar a existência da vida futura, a tutela do meio ambiente deve preconizar a capacidade de reequilíbrio dos processos ecológicos, sob o paradigma da sustentabilidade. Desse modo, evitar-se-á que a ação humana, face aos avanços tecnológicos, seja irreversível e desastrosa, vindo a comprometer a existência das gerações vindouras¹³.

Não obstante, observa-se na legislação ambiental que apesar de existirem normas que visem prevenir os impactos ambientais, as mesmas são menos utilizadas que as legislações coercitivas punitivas, que sob a justificativa de evitá-los, busca responsabilizar o causador do dano já consolidado. Desta forma, embora tais normas estabeleçam medidas nas searas administrativas, civis e penais, a exemplo de multas punitivas e aplicação de mecanismos de

11 SPAGOLLA, 2008.

12 LUHMANN, 1989, p. 54.

13 HOTTOIS, Gilbert. Gerações vindouras. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente, biotecnologia. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 390.

compensação das áreas degradadas, em alguns casos, os prejuízos ambientais, uma vez concretizados, podem ser irreversíveis¹⁴.

Denota-se que mesmo constitucionalmente consagrada, a eficácia da proteção e a garantia da tutela jurídica do meio ambiente carecem de concretização no plano fático. O crescente prejuízo ambiental tem revelado a necessidade de uma ação mais incisiva do Estado enquanto guardião desse direito fundamental, que deve valer-se dos institutos jurídicos consagrados para que, assim, seja apto a assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações¹⁵.

Porém, como se verá, se o sistema jurídico operar de modo a não ser “entendido” pelo sistema econômico, inevitavelmente, frustrará as necessidades do sistema ecológico, em razão de operarem funcionalmente em lógicas diversas.

3. DA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL: ECONOMIA, DIREITO E ECOLOGIA

O sistema jurídico tem a sua autopoiese através da codificação da diferença entre o que é lícito e o que é ilícito. Nenhum outro sistema social opera sob essa lógica funcional. Esse código binário do Direito promove a segurança jurídica, dizendo o que é direito e o que não é direito¹⁶.

Em paralelo a isso, na sua diferenciação do ambiente, a comunicação jurídica, a nível da programação do sistema, é, ao mesmo tempo, fechada e aberta. De um lado o fechamento decorre da derivação normativa apenas de outras normas jurídicas, aupoieticamente. De outro, a abertura decorre da possibilidade de cognição do sistema ao ambiente de modo a avaliar a necessidade de se adequar, ou seja, segundo Luhmann, o sistema pode “aprender” modificando suas normas¹⁷.

No âmbito jurídico a discussão entre o meio ambiente e desenvolvimento ganhou espaço, nas décadas de 1970 e 1980, na medida em que surgiram dúvidas acerca do modelo de crescimento que vigorava na maioria dos países do mundo¹⁸.

Acerca desta relação entre economia e meio ambiente, Derani sustenta que a economia ambiental trata o bem natural como fornecedor de matéria-prima ou como objeto de dano, definindo, assim, o meio ambiente não apenas como

14 SELL, Cleiton Lixieski; ARAÚJO, Luis Ernani Bonesso de. Direito e sociobiodiversidade: um estudo sobre o meio ambiente sustentável em tempos de capitalismo insustentável. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 10, n. 3 – set./dez., p. 145-169, 2020. p. 152.

15 LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 118.

16 LUHMANN, 1989, p. 64.

17 *Ibidem*, p. 64-65.

18 ZHOURI, Andréia; LASCHEFSKI, Klemens. Desenvolvimento e conflitos ambientais: um novo campo de investigação. *In: ZHOURI, Andréia; LASCHEFSKI, Klemens (org.). Conflitos ambientais*. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 11.

aquele espaço onde estão os recursos naturais, mas também, onde encontra-se os bens transformados pela poluição¹⁹.

Do ponto de vista econômico, consoante assevera Bachelet, “a ecologia não passa de uma simples variável; os recursos naturais são outros tantos *input* integrados nos factores de produção”²⁰.

Neste sentido Luhmann leciona que:

Accordingly, the concept that the economic system produces for itself of the ecological environment (as distinguished from humans and society) is limited by the possibilities of adding its own operations to it. In this sense, Dieter Bender defines environment, ‘as the totality of all naturally provided, nonproduced goods and services that provide streams of profit to the individual participants in the process of production and consumption’. Although this definition suggests a direction of flow it includes the absorption of economic declines because the economic system draws profits from this absorption too. But right from the very beginning this definition is calculated towards compatibility with internal economic operations and not to the particularity of the environment. Moreover, through precipitous equalization it conceals the largely typical problem for an environmentally minded economy of separating the problems of levels and amounts from those of allocation and deciding each separately. None of this is a shortcoming or a constriction that should be criticized. Instead, it is the condition for the system’s ability to steer itself internally according to its difference from the environment. In the same way it also provides the limits of possible resonance²¹.

Na atualidade não é mais possível sustentar a ideia de que a natureza é fonte inesgotável de recursos e que, em prol do desenvolvimento econômico, a ação do homem não encontra limites.

Acerca do desenvolvimento e da lógica que rege a programação do sistema ecológico, Simioni sintetiza:

Também a ecologia contemporânea conquistou autonomia à medida que suas autodescrições se tornam independentes do código científico verdade/falsidade, fechando-se operacionalmente sob um outro código que a diferencia funcionalmente: sustentável/não sustentável. O programa da ecologia abre então o sistema às observações dos problemas de degradação do meio ambiente, estabelecendo os critérios para auto-indicação das informações do ambiente no lado sustentável ou no lado não-sustentável do seu código operacional. Assim a ecologia também pode, hoje, ser observada como um sistema autopoietico da sociedade, notadamente a partir do ingresso, nos meios de comunicação de massa, de uma comunicação específica (comunicação ecológica) tecnicada pela diferença sustentabilidade/não sustentabilidade²².

19 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51.

20 BACHELET, Michel. Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 162.

21 LUHMANN, op. cit, p. 58.

22 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito ambiental e sustentabilidade. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 89.

No plano constitucional, em busca do princípio do desenvolvimento sustentável, o constituinte originário visou adequar os princípios que regem a proteção ambiental com os valores que regem a ordem econômica, de acordo com os ideais de livre iniciativa previstos no artigo 170, IV e parágrafo único, da Constituição Federal, de modo que a preservação da natureza não inviabilizasse a expansão da economia.

Com efeito, a “sustentabilidade, em outras palavras, tem por finalidade buscar compatibilizar o atendimento das necessidades sociais e econômicas do ser humano com a necessidade de preservação do ambiente”²³.

Nesse sentido, a elaboração de uma economia sustentável depende da consciência de todos os atores envolvidos que precisam adequar as condutas em todas as cadeias do processo produtivo até o de consumo, pois além da necessidade de equacionar o desenvolvimento econômico com as práticas que menos agridam a natureza, é importante que, na ponta do processo, o consumidor seja mais consciente e menos consumista, e com isso demande menos do meio ambiente.

Contudo, o sistema econômico não funciona preocupado com as consequências deletérias ao meio ambiente, operando de modo a calcular as vantagens e desvantagens da apropriação do bem natural e das externalidades produzidas, sob o prisma do lucro/não lucro. Nesse prisma Rocha explica que:

O Direito atua conforme um código binário de direito/não direito e a Economia baseia-se no código lucro/não lucro. Tal racionalidade específica é comunicado de um sistema para outro sistema que, por sua vez, não o reconhece, demonstrando ser impraticável uma comunicação direta entre os sistemas que são operativamente fechados. Tal constatação pode ser percebida na comunicação que se estabelece entre qualquer sistema que se observe. Dessa forma, a improbabilidade da comunicação intersistêmica adquire contornos especialmente importantes no contexto da presente pesquisa, na qual se destaca a observação da realidade e a comunicação entre os sistemas do Direito e da Economia que precisariam produzir efeitos capazes de promover a proteção dos recursos naturais sem necessariamente impedir o desenvolvimento, tal como pode ocorrer com normas proibitivas em geral²⁴.

Complementa Rocha que:

Não existe assim “consciência ambiental” na operação econômica, tampouco em seus agentes (quando há é irrelevante na operação, pois não é racional, tampouco provável). Sob o ponto de vista sistêmico, não há que se esperar ações positivas espontâneas, a menos que ocorra um estímulo de comando-sanção do sistema do Direito na busca por algum ajuste nessa operação. Assim, a perspectiva sistêmica de Luhmann possibilita compreender a origem

23 SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 139.

24 ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. *Novos Estudos Jurídicos*, 19(1), 2014, p. 232-262. p. 244.

dessas dificuldades (que são comunicativas) e observar a realidade de maneira mais adequada²⁵.

Em conexão com isso, Luhmann elucida:

*(...) the economic system itself has no goals because, as a closed autopoietic system, it is not directed toward any output. The best that can be said is that production organizations observe environmental protection as a secondary goal, especially when they are directed by managers and when they do not perceive an urgent reason for a marketprice guided dividend policy beneficial to shareholders. Similarly, a consumer - if ecologically-minded - might be willing to pay more for environmentally safe soap. Behavior can be modified in an ecologically desirable sense in the economy — but not without affecting production costs, and consequently taxes and preferences for goods. It may make very good sense to speculate on ecological enlightenment, improved clarity of causal connections and on ‘changes of mind’ or ‘value shifts’.*²⁶

Desta forma, quanto mais escasso for o bem natural maior será o valor de mercado para a economia, portanto, a internalização do custo, por si só, não é um fator determinante para a preservação ambiental. Acerca desse paradoxo, esclarece Luhmann:

*Only to the extent that the environment is brought into the economy in this way and internalized with the help of quantitative or profit calculi can there be economic motives for handling the environment with care as the property theory of the physiocrats had intended. Resonance to environmental data and events is then regulated through prices and what influences them. On one hand, prices are a critical instrument in the discovery of environmental opportunities. When prices rise so do the opportunities for the increase of production, including the extraction of material and energy from the environment. When prices fall activities that are no longer profitable are discontinued. Small profits stimulate production too, even if they are accompanied by distant, unperceived (by the market) risks of catastrophic consequences, and even if businesses felt a sense of responsibility for such consequences it would still be rational economically to leave these out of consideration. This comes under the much discussed asymmetry of internal advantages and external liabilities. But it also demonstrates that it is not always possible to solve the problem through forcing the internalization of costs.*²⁷

Noutro giro, a sustentabilidade entre os sistemas tem relação direta com a proteção da própria vida humana e conseqüentemente dos sistemas sociais, sendo, portanto, tratada como um princípio basilar ambiental, ante a necessidade de harmonização da proteção ambiental ao também princípio fundamental do livre desenvolvimento econômico.

Para compreender as nuances do desenvolvimento sustentável, é necessária uma análise mais detalhada acerca dos princípios fundamentais que

25 ROCHA; WEYERMÜLLER, 2014, p. 245.

26 LUHMANN, 1989, p. 61.

27 Ibidem. p. 58-59.

regem o ideal de sustentabilidade, inclusive, sob o viés da tolerabilidade, como forma de compatibilizar os anseios dos sistemas econômico e ecológico.

4. A INSTRUMENTALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS PARA A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL. DA SANÇÃO À INDUÇÃO: TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL

O problema relativo à “comunicação” intersistêmica decorre de uma limitação comunicativa subjacente ao fechamento operacional dos sistemas sociais, repercutindo na efetividade das normas jurídicas tipicamente positivadas. Segundo Simioni:

Cada sistema da sociedade só observa o que a sua própria estrutura lhe permite observar. Cada sistema só vê o que pode ver e apenas um observador de segunda ordem, através de distinções que corresponda ao mínimo de realidade empírica, pode ver o que os demais sistemas não podem ver e que sequer podem ver que não veem²⁸.

Tradicionalmente, o Estado se vale da força para fazer cumprir as leis, devido à concepção eminentemente coativa do sistema jurídico, cunhado para viabilizar, por meio do uso do aparato estatal, o cumprimento das sanções jurídicas punitivas, garantindo a efetividade das normas estabelecidas.

Do ordenamento jurídico decorrem as normas que “estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica”²⁹. Assim, o Direito pode ser compreendido, enquanto ordem social, como a força estatal juridicamente organizada³⁰. De acordo com Ross, a unidade de um ordenamento jurídico decorre de uma característica comum às normas jurídicas que são, direta ou indiretamente, diretivas para regulamentar o exercício do monopólio da força estatal³¹.

Os instrumentos econômicos à disposição do Estado para incentivar ou desincentivar condutas têm ganhado espaço, na medida em que potencializam a eficácia e a efetividade dos preceitos previstos na ordem jurídica, na medida em que melhor são compreendidos pela programação da economia.

Sob essa perspectiva Rocha ensina que:

Em sendo a operação da Economia condicionada, ou melhor, determinada por sua capacidade de realizar pagamentos, pelo lucro, tem-se que a única forma viável de construir soluções ambientalmente relevantes capazes de

28 SIMIONI, 2006, p. 75.

29 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.36.

30 Do ponto de vista sociológico, Kelsen distingue as sanções entre imanentes e transcendente. Explica que o caráter transcendente seria metajurídico, oriundo da crença dos indivíduos, já a sanção imanente seria aquela que ocorre de maneira heterônoma, dentro da sociedade, sendo o Direito uma sanção socialmente organizada. *Ibidem*.

31 ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução: Edson Bini. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007. p. 63.

enfrentar problemas ecológicos é privilegiando mecanismos que se utilizem tanto da racionalidade do Direito quanto da racionalidade da Economia para operarem³².

Ao conduzir as pessoas físicas e jurídicas à consecução de objetivos públicos, a Administração consegue desafogar as suas atividades e otimizar os esforços na prestação das suas tarefas constitucionais, mormente voltadas à expansão das políticas públicas de desenvolvimento social.

Os mecanismos que o Poder Público dispõe para orientar a ação do particular afetado pela norma jurídica são basicamente de duas naturezas: por meio da previsão de um ônus para a realização de determinada conduta, ou via incentivos à promoção dos comportamentos desejados³³.

De acordo com Bezerra, o Direito possui basicamente duas funções: a “conservadora, pois corresponde ao elemento estático da realidade social, e a função transformadora, ligada ao aspecto dinâmico da sociedade (influências recíprocas dos diversos fatores condicionantes da vida em grupo)”³⁴.

Com isso, o Direito, antes eminentemente proibitivo e permissivo (protetivo-repressor), de viés nitidamente conservador do *status quo*, passou, também, a utilizar as normas jurídicas, no intuito de estimular e encorajar os comportamentos atrelados aos fins promovidos e desejados, adquirindo uma feição promocional e transformadora, a partir de uma “postura prospectiva de mudança de futuro, de projeto de vida”³⁵.

Neste desiderato, o poder de tributar, amparado pelas normas tributárias, revelam especial aptidão para direcionar condutas, na medida em que o tributo pode ser utilizado como um gravame para determinados tipos de fatos que o Estado visa modificar, sem proibir.

Da correlação entre tributação e o meio ambiente, exsurgiu na doutrina, o denominado Direito Tributário Ambiental que Tôrres conceitua como sendo o ramo da ciência tributária que tem como objeto a análise das normas jurídicas tributárias elaboradas com fulcro na competência ambiental, a partir do objetivo de utilizar a faceta instrumental da tributação como forma de promoção e proteção do meio ambiente³⁶.

As normas (extra)fiscais também podem atuar no inconsciente dos indivíduos, só que de maneira a estimular a adoção de ações promocionais do meio ambiente, mediante, por exemplo, a tributação do “fluxo produtivo

32 ROCHA; WEYERMÜLLER, 2014, p. 253-254.

33 Ibidem, p. 4.

34 BEZERRA, Paulo César Santos. Sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 37-38.

35 BAHIA, Saulo José Casali; DIAS, Sérgio Novais. Constituição e a revisão de 1993. Salvador: Ciência Jurídica, 1992. p. 40.

36 TÔRRES, Heleno Taveira. Incentivos fiscais na constituição e o “crédito-prêmio de IPI”. Revista Fórum de Direito Tributário, ano 3, n. 14, mar./abr. 2005a. p. 101-102.

(aquele ao qual é adicionado valor), de preferência no ponto em que os recursos são apropriados da biosfera, o ponto de ‘extração’ da natureza”³⁷.

Neste prisma, o Estado, através da pressão exercida pela cobrança do dinheiro, consegue induzir as condutas dos particulares, em diferentes níveis³⁸, pois, na esfera privada, os sujeitos passivos, a fim de evitar a incidência do gravame financeiro, podem remodelar a sua estrutura produtiva, ou de consumo, conforme os reflexos da tributação indireta, internalizando ou evitando os custos das famigeradas externalidades negativas.

Como exemplo de direcionamento, a norma tributária pode onerar um determinado bem de consumo, de modo a desestimular a aquisição de determinado produto, sem a necessidade de se valer de uma proibição direta de comercialização. Nesse compasso, por conta no ônus financeiro, o particular, ainda que, inconscientemente, é objeto potencial do efeito desejado pela Administração³⁹.

De igual sorte, através de incentivos fiscais, o Estado consegue provocar comportamentos de terceiros para o alcance ou a manutenção de determinada conjuntura econômica. A exemplo de privilégios fiscais, podem ser concedidos ao setor automobilístico a fim de alavancar a aquisição de veículos elétricos, híbridos ou que utilizem biocombustíveis e, com isso, fortalecer este setor do mercado estimulando o seu consumo.

Assim, faz-se possível que o particular, visando a um benefício, realize uma conduta alinhada a um fim constitucionalmente previsto⁴⁰. No caso do presente trabalho, o fim constitucional almejado é o da preservação ambiental, indispensável à sadia qualidade de vida.

Embora a utilização da eco-tributação tenha uma experiência exitosa com a tradição consolidada em diversos países europeus, desde os idos dos anos 1950, no Brasil, para que não haja uma importação doutrinária acrítica do direito comparado, faz-se necessário laborar de maneira cautelosa, mormente, por conta das especificidades principiológicas que envolvem as diferentes cartas constitucionais⁴¹.

37 DALY, Herman. Sustentabilidade em um mundo lotado. *Scientific American Brasil*. Edição Especial. São Paulo, ano 4, n. 41, p. 92-99, out. 2005. p. 97.

38 KIRCHHOFF, Paul. *Tributação no Estado Constitucional*. Tradução: Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 13.

39 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Direito Tributário Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.5.

40 *Ibidem*.

41 TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados “tributos ambientais”. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 97.

4.1 DA ZONA DE TOLERABILIDADE

A partir da zona de tolerabilidade ou da aceitabilidade da lesão ambiental far-se-á melhor a compreensão sobre o campo de incidência, tanto da tributação ambiental, objeto desta pesquisa, quanto dos limites no âmbito de proteção do princípio do desenvolvimento sustentável, acima analisado.

Conforme explica Modena, a tutela ambiental busca obstar que ocorra uma apropriação lesiva da natureza, haja vista que “a economia global tem, como objetivo intrínseco, elevar ao máximo a riqueza e o poder de suas elites econômicas, ao passo que o objetivo da legislação constitucional-ambiental é elevar ao máximo a sustentabilidade da vida”⁴².

Assim, é preciso distinguir as condutas praticadas pelo homem que, apesar de em algum nível deteriorar o meio ambiente natural, são toleradas pelo ordenamento jurídico em prol do princípio do desenvolvimento sustentável daquelas ações que extrapolam a “poluição permitida” e são combatidas pela legislação ambiental.

As normas cogentes de cunho sancionatório e reparatório elaboradas pelo legislador infraconstitucional viabilizaram uma tutela bastante eficiente para fins de opressão dos ilícitos ambientais, entretanto, estas não são suficientes para prevenir ou evitar a sua ocorrência.

O Estado encontra-se aparelhado para a repressão das lesões ambientais não toleradas pela ordem vigente, todavia há uma série de comportamentos que não configuram ilícitos, mas que são indesejados do ponto de vista da preservação ambiental.

Sob essa perspectiva, constata-se que a natureza vem sendo castigada não apenas pelos danos juridicamente proibidos pelo ordenamento, uma vez que os sucessivos prejuízos causados pelos processos de industrialização e consumo aceitos em função do desenvolvimento econômico também são deletérios ao meio ambiente.

Assim, como alternativa às normas prescritivas de punições para as condutas ambientalmente incorretas, o Poder Público pode, em razão do seu poder econômico e em função do princípio da prevenção, instituir leis que descrevam posturas em favor da causa ambientalista.

Entretanto consoante o magistério de Simioni, alicerçado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, em virtude do fechamento operacional, ecologia e economia operam em lógicas independentes e não necessariamente produzem decisões baseadas no código lícito/ilícito do sistema jurídico:

42 MODENA, Cesar Augusto. A constitucionalização de Gaia. In: Pereira, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. (org.). Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008. p. 103.

Pelo fechamento operacional e pelo cumprimento de programas próprios, economia e ecologia seguem suas próprias lógicas e têm a liberdade operacional (autonomia) de produzir decisões que podem ou não corresponder ao lado “lícito” do programa jurídico. Não há como vincular, através do direito, uma decisão econômica à legalidade e a sustentabilidade ecológica. Nem como vincular uma decisão ecológica à legalidade e ao lucro. As decisões produzidas na sociedade, sejam decisões produzidas em contextos individuais, de interação ou de organização, só são decisões porque podem decidir que valor dos vários códigos a decisão estará indicando⁴³.

A esse respeito, em paralelo aos instrumentos clássicos de repressão que visam à reparação dos danos à natureza, vem sendo desenvolvidos instrumentos jurídicos de cunho econômico que buscam induzir, sem a necessidade de sub-rogação da vontade do particular pela força do Estado, a prática de comportamentos desejados, a exemplo da cobrança estatal pela utilização de determinados recursos ou o exercício de determinadas atividades.

Em que pese não ser possível no Brasil o uso do tributo como método sancionatório, por uma limitação jus-positiva, as taxações podem vir a ser compreendidas como o “preço da poluição”, de modo a conduzir os agentes econômicos a internalizarem os custos das externalidades ambientais negativas, decorrentes das suas atividades. Para tanto, os tributos podem ter como suporte fático a emissão de poluentes, o custo dos serviços prestados por entes públicos para a reparação ou prevenção de lesões ao meio ambiente, e podem incidir mais onerosamente sobre produtos nocivos à natureza⁴⁴.

Sob essa ótica, Brito e Aguiar, asseveram ainda que: “Em razão disso, o preço ideal a ser utilizado por tais exações é aquele que representa o custo marginal de recuperação dos danos ambientais e sociais equivalente à utilidade marginal desejada pela sociedade/Estado”⁴⁵.

Com o objetivo de incentivar a conscientização da sociedade, notadamente, dos atores econômicos, a adotar posturas condizentes com a atenuação dos impactos ao meio ambiente natural, o Estado deve se valer de todos os instrumentos legais à sua disposição para implementar as políticas públicas com viés ecológico, e, por via de consequência, melhorar a qualidade de vida do seu povo.

Portanto, observa-se que há uma relação umbilical entre a natureza e a economia, pois a um só tempo o bem ambiental, alvo de apropriação pelo homem, é a matéria prima subjacente aos processos de produção e industrialização, bem como, inerente ao processo de transformação dos recursos naturais, decorre a recepção dos elementos poluentes pela natureza. Dito de outra forma, a

43 SIMIONI, 2006, p. 74-75.

44 BRITO, Maria Clara Lucena Dutra de Almeida; AGUIAR, Júlio César de. A cobrança pelo uso da água como instrumento de gestão de recursos hídricos. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 9, n. 2, p. 61-90, maio/ago. 2019. p. 75.

45 *Ibidem*, p. 75.

preservação dos recursos naturais é indispensável para a expansão das relações econômicas e para a qualidade de vida da população⁴⁶.

Com efeito, por razões infraconstitucionais, o feixe de atuação da tributação ambiental, no Brasil, deve incidir até a zona limite em que a poluição é lícita, e, uma vez ultrapassado o liame do tolerável e ingressando no âmbito da ilicitude, atrairá as normas repressivas de responsabilização.

4.2 O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

O princípio do poluidor-pagador pode ser tido como a diretriz basilar do Direito Ambiental, na medida em que visa imputar o ônus ao poluidor, relativo aos custos de prevenção e reparação, do meio ambiente degradado.

Do ponto de vista econômico, o referido princípio se revela como um custo adicional dentro da cadeia de produção e de consumo, devendo ser arcado por aqueles que poluem e, também, indiretamente, pelos que consomem os bens produzidos. Corroborá tal entendimento o ensinamento de Molina, acerca da tributação ambiental se tratar de um instrumento idôneo a promoção deste princípio ambiental⁴⁷:

El principio quien contamina paga alienta la creación de tributos ambientales. Es cierto que tales tributos no constituyen una exigencia del citado principio, pero – a juicio de la Comisión Europea – “los impuestos y gravámenes ambientales forman parte de la gama de instrumentos aplicables al medio ambiente y pueden resultar un manera adecuada de llevar a la práctica el principio de que “quien contamina paga” al incluir los costes ambientales en el precio de los bienes y servicios.

Conforme observa Derani, durante o processo de produção que leva à comercialização de um determinado bem de consumo são também produzidas “externalidades negativas”. Considera-se externalidades, pois embora resultem da industrialização, são compartilhadas com a sociedade, ao revés dos lucros, que serão percebidos pelo detentor do meio de produção⁴⁸.

Ademais, além da função reparadora e preventiva, a faceta redistributiva da externalidade negativa - que o princípio visa que o agente poluidor internalize - é uma importante função. Neste sentido, a doutrina de Milaré sustenta a aptidão redistributiva deste princípio do Direito Ambiental, de inspiração das ciências econômicas, para as quais os custos sociais (externos) que decorrem do processo de produção, devem ser internalizados. Assim, os agentes detentores do poder econômico devem levar em conta o custo resultante dos danos causados ao meio ambiente e, por consequência, arcá-los⁴⁹.

46 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2008. p. 75.

47 MOLINA, Pedro Manuel Herrera. Derecho Tributario Ambiental. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 42-43.

48 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 158.

49 MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 267-

Para tanto, deve-se atribuir o custo do prejuízo ambiental causado pelo agente poluidor, por meio de instrumentos que permitam a responsabilização pelos danos à natureza, o que em termos econômicos significa, em síntese, a internalização dos custos externos⁵⁰.

A partir da precificação dos recursos naturais, dos custos da preservação e reparação do meio ambiente, outrora ignorados nos custos de produção, o Estado deve atuar para que as externalidades não sejam socializadas e os lucros, internalizados pelos exploradores do meio ambiente. Nessa toada, acerca da existência de interesse político brasileiro, questiona Tôrres⁵¹:

Como vimos, quanto aos recursos aos meios fiscais da proteção ambiental, em todo o mundo, firmou-se o entendimento sobre a importância e cabimento do princípio de política fiscal do “poluidor pagador”, como medida para onerar as atividades daqueles que promovem atividades com potencial evidência de dano ao meio ambiente. Questiona-se se, no Brasil, haveria espaço para tal cobrança.

Com efeito, Aydos complementa, com base nas lições de Pigou⁵², em “*The Economics of Welfare*”, que o Estado teria o dever de valer-se dos mecanismos econômicos à sua disposição para instituir um tributo no caso dos efeitos sociais negativos, e de outro ponto, estimular através de subvenções financeiras, em caso de economia externa (efeitos positivos)⁵³.

Importante destacar que o princípio não visa estimular que o poluidor pague para poluir, a interpretação equivocada deste importante preceito levaria à inversão da sua finalidade para pagador-poluidor⁵⁴.

Porém, segundo adverte Luhmann: “*This self-referential type of economic information processing leads to transforming problems into costs. They then become parts of the calculation that decides whether it is economically rational to make the corresponding payments or not.*”⁵⁵.

De acordo com Rodrigues os princípios do poluidor e do usuário-pagador não devem ser interpretados literalmente, tendo em vista que não significam que se pode “pagar para poluir”, ou ainda “pagar pelo uso”, até mesmo porque o alcance do instituto é muito mais amplo. Nesses termos, tem-se que, sequer haveria correspondência pecuniária adequada entre a poluição e o custo ao

268.

50 Ibidem, p. 267-268.

51 TÔRRES, 2005. p. 102.

52 Pigou foi o primeiro economista a concluir pela falha do mercado a não contabilizar as externalidades nos custos da cadeia produtiva, na obra “*The Economics of Welfare*”. PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. 4. ed. London: MacMillan, 1932. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/1410/0316_Bk.pdf. Acesso em: 05 dez. 2022.

53 AYDOS, Elena de Lemos Pinto. *Tributação ambiental no Brasil: Fundamentos e Perspectivas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. p. 66.

54 PIMENTA, 2020, p. 134.

55 LUHMANN, 1989, p. 61.

ecossistema, bem como não haveria um direito de comprar o direito de poluir, de forma a validar a deterioração do bem ambiental em detrimento da sociedade que dele é a legítima titular⁵⁶.

Ocorre que, para a economia importa sempre a relação entre o preço e aptidão de realizar mais pagamentos, segundo Luhmann: “*This is the only mechanism that combines autopoiesis, resonance to the environment, continuation of production and the inclusion of an unintelligible, noisy environment in this process*”⁵⁷. Sustenta ainda que:

*It is also difficult to imagine that prices could be so manipulated by an external, politico-legal dissemination of data that the subsystems would decide about production and consumption as if they were guided by ecologico-economic marginal utilities. If such a need for regulation is taken as the point of departure - and this might very well be accepted today - then it suggests that the political system fixes amounts (above all, the amount or level of acceptable environmental pollution or the amount of the final consumption of irreplaceable resources or even negative amounts in the form of costs) and that the economic system concerns itself with an optimal distribution and use of these amounts. This seems compatible with a market economy. But is it? In order to take this under consideration and eventually to solve it let us go back to the general code-paradox of the economy, the paradox of scarcity. It states that the elimination of scarcity through the appropriation of scarce goods increases scarcity*⁵⁸.

Por este motivo, na perspectiva luhmanniana a chave para a questão do problema ecológico, para a economia, encontra-se na linguagem dos “preços”. Está é a forma que o sistema econômico se comunica e opera internamente⁵⁹.

Com base nisso, investigar-se-á se os eco-tributos, orientados sob o princípio do poluidor-pagador, podem ser utilizados considerados uma adaptação jurídica à lógica dos sistemas econômico e ecológico, considerando a disjunção de suas respectivas programações (competências- funções-operações).

4.3 A ECO-TRIBUTAÇÃO ENQUANTO ACOPLAMENTO INTER-SISTÊMICO

O Direito Tributário Ambiental está ancorado em um princípio jurídico de justiça⁶⁰, inerente ao vetor de responsabilização^{61 62}, qual seja, o princípio

56 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 190.

57 LUHMANN, 1989, p. 62.

58 Ibidem. p. 59-60.

59 Ibidem. p. 62.

60 Valores e princípios no direito tributário ambiental. In: TÔRRES, 2005, p.23.

61 PEREZ DE AYALA *apud* TABOADA, Carlos Palao. El principio ‘quien contamina paga’y el principio de capacidad económica. In: TÔRRES, ibidem, p. 80-81.

62 MOLINA *apud* TABOADA, ibidem, p.81.

ambiental do poluidor-pagador, que transmite um viés ecológico às normas fiscais.

Acerca do acoplamento jurídico-ecológico, explica Rocha:

(...) a internalização jurídica da ecologia somente poderia ser feita através da adequação dos conflitos à forma, construída internamente pelo sistema, sistema jurídico/ecologia ou ambiente extra-social. Esta distinção, operacionalizada pela dogmática jurídica como Direito Ambiental, consiste na comunicação ecológica específica ao Direito, cuja função consiste em montar programas de decisão para a formação de estruturas que sejam capazes de produzir ressonância às irritações provocadas por alterações havidas no sistema extra-sistêmico ou extracomunicacional (Ecossistema) e decorrentes da Sociedade de Risco⁶³.

Sobre o paralelo existente entre o princípio estruturante da tributação ambiental (poluidor-pagador) e a responsabilização do agente econômico causador do prejuízo ao bem natural, Garcia defende que⁶⁴:

[...] el principio *quien contamina paga* refleja el *efecto externo* de una actividad económica que constituye el fundamento último de la tributación ambiental. De esta forma, el impuesto se convierte así en el instrumento idóneo para que el sujeto que provoca el daño medioambiental asuma los costes o perjuicios causados a terceros derivados de su propia actividad. Así pues, la tributación ambiental actúa como mecanismo de internalización de los perjuicios externos derivados de la actividad económica del sujeto. Entendido, por tanto, este principio, en un sentido estricto, se interpreta como la atribución de las cargas tributarias medioambientales al contaminador-pagador. (Grifo da autora).

No entanto, não seria apenas a atividade econômica que encontra um ponto de congruência entre os domínios do direito tributário e ambiental, mas também, os efeitos decorrentes da ação estatal pautada na instrumentalização das exações como ferramentas de proteção ambiental⁶⁵.

Nesse caso, o Estado utiliza as normas tributárias como ferramenta de indução de condutas, e quando visa evitar a ocorrência de determinado fato impositivo, pode agravar o ônus financeiro da regra de imposição fiscal ou, por outro lado, fomentar a realização de um fato gerador pela via da desoneração. De toda sorte, no atual Sistema Constitucional, a exceção é a utilização da

63 ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 132, 2007. p. 244.

64 GARCIA, Gemma Paton. La estructura jurídica de los tributos medioambientales a la luz de la jurisprudencia constitucional española. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, v. 43, 2011. Disponível em: <http://www.ascses.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/meio%20ambiente-novo.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

65 NUNES, Cleucio Santos. Direito Tributário e meio ambiente. São Paulo: Dialética, 2005. p. 10.

tributação com efeitos extrafiscais, cuja subsunção à hipótese de incidência “fica a critério do contribuinte”⁶⁶.

Desde que constitucionalmente motivável, a norma fiscal impositiva pode ser utilizada com o fito de atuar, indiretamente, no comportamento dos contribuintes, alterando as posições subjetivas dos indivíduos, tanto em face do modelo produtivo, quanto da maneira de consumo da sociedade. Assim, será possível o direcionamento da coletividade para cooperar com a persecução de um fim constitucionalmente tutelado, no caso, a proteção ambiental⁶⁷.

Luhmann reconhece claramente que são necessários motivos econômicos para lidar de forma cuidadosa com o ambiente. Apenas noções éticas protéticas, diretrizes de princípios ou comandos normativos isolados não provocam a ressonância esperada sob o ponto de vista ecológico ou de cuidado com a continuidade na utilização de recursos. Estando presente a concretização de lucros, mesmo que acompanhado por riscos ecológicos evidentes, a operação da Economia continuará se reproduzindo no mesmo sentido, até porque é racionalmente esperado que assim se desenvolva o processo. As condições ecológicas são consideradas dentro de uma perspectiva de viabilidade técnica e econômica e não por qualquer outro critério ou comando que se possa formular⁶⁸.

O uso das ferramentas tributárias deve, em cada caso concreto, consistir em uma medida adequada e idônea para a promoção do fim intervencionista de promoção ambiental, necessária, cujo manejo seja indispensável para o alcance do fim pretendido, desde que não tenha um meio menos gravoso à disposição do Estado para alcançar o mesmo objetivo pretendido e proporcional em sentido estrito, portanto, sem excesso⁶⁹.

Em consonância com essa premissa, explica Luhmann que:

Within the conceptual framework of economic theory it is possible to determine that the marginal utility and marginal costs of the protection of the environment ought to balance out and thereby derive a principle that both makes the resonance capacity of the economic system possible as well as limits it⁷⁰.

Assim sendo, nem todo tributo ambiental poderá ser justificado constitucionalmente, acaso atinja em demasia o princípio da capacidade contributiva, em vista da proibição de excesso, inerente ao juízo de proporcionalidade⁷¹. Neste sentido, a título de exemplo, segundo Pimenta,

66 KIRCHHOF, 2016, p. 93.

67 Segundo Deodato, a extrafiscalidade é uma ferramenta de ingerência do Estado, tanto nas esferas social e econômico, quanto política. DEODATO, Alberto. Manual de ciência das finanças. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.110.

68 ROCHA; CARVALHO, 2007, p. 254.

69 Ibidem, p. 660.

70 LUHMANN, 1989, p. 59.

71 Acerca da colisão entre princípios constitucionais, conferir ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-116.

parte da doutrina alemã considera que a exação extrafiscal que tenha uma receita igual a zero teria um efeito estrangulador (*Erdrosselungswirkung*) e seria inconstitucional, em face do abuso de forma e da vedação de excesso, pois haveria, em verdade, uma proibição travestida de tributo⁷².

Assim, o princípio da proporcionalidade⁷³, sob o crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, deve traçar o liame quantitativo entre a materialidade do fato gerador que visa desestimular e a carga tributária correspondente, com os princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, em face dos princípios ambientais fomentados. Desse modo, a tributação não deve inviabilizar o exercício da propriedade e da liberdade, sob pena de se caracterizar uma punição ao comportamento do contribuinte que se busca desestimular.

Em verdade, a contornabilidade do fato gerador é um pressuposto da sua constitucionalidade, sendo requisito de justificação da norma impositiva direcionadora que o sujeito passivo possa substituir o comportamento indesejado por outro menos agressivo ao meio ambiente, sob pena de descaracterização da finalidade indutora e esvaziamento da liberdade individual, convolvendo-se em mero agravamento fiscal que, inclusive, poderá vir a configurar uma punição.

Neste sentido, segundo a doutrina de Domingues, a tributação extrafiscal (ambiental) não tem por objetivo sancionar atos antijurídicos, mas sim direcionar os agentes econômicos a observar no planejamento do seu negócio lícito, de acordo com os fins propostos pela Constituição, dentre eles a preservação ambiental⁷⁴.

Em sua análise econômica dos problemas ecológicos, Luhmann defende uma reincorporação dos custos externalizados à análise econômica, bem como um reconhecimento das consequências ambientais das atividades econômicas no processo de decisão, para que os objetivos desse sistema sejam estendidos aos efeitos colaterais das atividades. A transformação dos problemas ambientais em custos é indicativo de uma continuidade dos problemas, posto que o sistema da Economia decide conforme a racionalidade de se fazer ou não o pagamento, de aceitar ou não os custos extras de uma ação essencialmente protetiva. Existe, assim, uma dificuldade em avaliar a exposição aos riscos ecológicos muito em virtude de uma ressonância altamente seletiva. A linguagem dos preços, para Luhmann, é a chave para o problema ecológico, na medida em que a Economia não pode reagir de outra forma a não ser com base nessa linguagem⁷⁵.

72 PIMENTA, 2020, p.52.

73 Sobre a estrutura da “máxima da proporcionalidade”, adota-se as lições de Alexy, 2008, p. 117-121.

74 DOMINGUES, José Marcos. Direito Tributário e Meio Ambiente. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50.

75 ROCHA; WEYERMÜLLER, 2014, p. 255.

Como visto, considerando que a economia se autorreferencia através do código lucro/prejuízo, a ecologia se desenvolve pela autopoiese sustentável/não sustentável e a lógica jurídica opera através do binômio lícito/não lícito⁷⁶, busca-se através da perspectiva da eco-tributação criar uma “comunicação” intersistêmica e ambiental, entre o Direito, Economia e a Ecologia, engloba-se os diferentes feixes de programação entre os sistemas, subjacentes a uma efetiva “comunicação” ecológica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem pretensão de esgotar o tema, a presente pesquisa buscou traçar o ponto de partida de como o sistema jurídico, dentro da sua função social, é capaz de intervir por meio de instrumentos econômicos-tributários, criando uma “comunicação” entre os sistemas jurídico e econômico, pautado pela promoção do bem natural, visando a sustentabilidade do sistema ecológico.

Como visto a margem de conformação do exercício da competência tributária para gravar condutas e fatos-signos-presuntivos de riqueza na seara ambiental faz-se presente na zona de tolerabilidade dos comportamentos, até então permitidos pelo ordenamento, porém ecologicamente reprováveis.

A pedra de toque do princípio do poluidor-pagador, dentro da tributação ambiental, está na sua função preventiva (prevenção e precaução), na medida em que a exação não pode ser utilizada pelo viés reparatório, pois a reparação de um dano pressupõe um ilícito ambiental, que, como já demonstrado, não pode constituir o fundamento de um tributo.

Ao se pensar na eco-tributação, vislumbra-se um caminho para à possibilidade de “compatibilizar” os lados positivos dos diferentes códigos binários (lucro-sustentável-lícito), haja vista que essa ferramenta extrafiscal deve operar na zona de licitude do ordenamento jurídico, promovendo a sustentabilidade do meio ambiente e, para o sistema econômico, pode absorver a lógica do lucro, justamente, pela não ocorrência da hipótese de incidência do tributo, na medida em que deve tornar mais vantajoso ao agente econômico contornar a sua ocorrência mediante a prática do comportamento induzido.

REFERÊNCIAS

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

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

76 SIMIONI, 2006, p. 73.

AYDOS, Elena de Lemos Pinto. Tributação ambiental no Brasil: Fundamentos e Perspectivas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

BACHELET, Michel. Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BAHIA, Saulo José Casali; DIAS, Sérgio Novais. Constituição e a revisão de 1993. Salvador: Ciência Jurídica, 1992.

BRASIL. Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm. Acesso em: 8 out. 2022.

BEZERRA, Paulo César Santos. Sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRITO, Maria Clara Lucena Dutra de Almeida; AGUIAR, Júlio César de. A cobrança pelo uso da água como instrumento de gestão de recursos hídricos. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 9, n. 2, p. 61-90, maio/ago. 2019

DALY, Herman. Sustentabilidade em um mundo lotado. *Scientific American Brasil*. Edição Especial. São Paulo, ano 4, n. 41, p. 92-99, out. 2005. p. 97.

DEODATO, Alberto. Manual de ciência das finanças. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Direito Ambiental Econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOMINGUES, José Marcos. Direito Tributário e Meio Ambiente. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GARCIA, Gemma Paton. La estructura jurídica de los tributos medioambientales a la luz de la jurisprudencia constitucional española. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, v. 43, 2011. Disponível em: <http://www.asc.es.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/meio%20ambiente-novo.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

HOTTOIS, Gilbert. Gerações vindouras. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. Nova enciclopédia da bioética: medicina, ambiente, biotecnologia. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KIRCHHOF, Paul. Tributação no Estado Constitucional. Tradução: Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

LEFF, Enrique. Epistemologia ambiental. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LUHMANN, Niklas. Ecological Communication. Trad. John Bednarz Jr. Chicago: Polity Press, 1989.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MODENA, Cesar Augusto. A constitucionalização de Gaia. In: Pereira, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. (org.). Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade. Caxias do Sul, RS: EducS, 2008.

MOLINA, Pedro Manuel Herrera. Derecho Tributario Ambiental. Madrid: Marcial Pons, 2000.

NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 1998.

NUNES, Cleucio Santos. Direito Tributário e meio ambiente. São Paulo: Dialética, 2005.

PIGOU, Arthur Cecil. The economics of welfare. 4. ed. London: MacMillan, 1932. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/1410/0316_Bk.pdf. Acesso em: 05 dez. 2022.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Direito Tributário Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. *Novos Estudos Jurídicos*, 19(1), 2014, p. 232-262.

_____; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 132, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução: Edson Bini. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007.

SELL, Cleiton Lixieski; ARAÚJO, Luis Ernani Bonesso de. Direito e sociobiodiversidade: um estudo sobre o meio ambiente sustentável em tempos de capitalismo insustentável. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 10, n. 3 – set./dez., p. 145-169, 2020.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Direito ambiental e sustentabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPAGOLLA, Vânia Senegalia Morete. *Tributação Ambiental: Proposta para instituição de um Imposto Ambiental no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Marília, São Paulo, 2008.

TIPKE, Klaus; LANG, Joaquim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Tradução da 18ª ed. alemã: Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 1, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. Incentivos fiscais na constituição e o “crédito-prêmio de IPI”. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 3, n. 14, mar./abr. 2005a. p. 101-102.

_____. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, p. 96-156, 2005.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação Ambiental: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ZHOURI, Andréia; LASCHEFSKI, Klemens. Desenvolvimento e conflitos ambientais: um novo campo de investigação. In: ZHOURI, Andréia; LASCHEFSKI, Klemens (org.). *Conflitos ambientais*, p. 11-31. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

Recebido em: 21/04/2024

Aprovado em: 17/08/2024

O CONCEITO DE “ATAQUE ARMADO”, ATORES NÃO-ESTATAIS, E O USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: RUPTURA OU CONTINUIDADE?*

THE CONCEPT OF “ARMED ATTACK”, NON-STATE ACTORS, AND THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW: RUPTURE OR CONTINUITY?

LUÍZA LEÃO SOARES PEREIRA **

RESUMO

O direito internacional que regulamenta o uso da força se funda na sua proibição geral pelo esquema da Carta das Nações Unidas, Artigo 2(4). Uma das únicas exceções à proibição está no Artigo 51 da Carta, que prevê que o uso da força em legítima defesa é legal em resposta a um ataque armado. Um dos debates que surge é sobre *quem* poderia cometer ataque armado para fins de aplicação do artigo 51. Para a Corte Internacional de Justiça em *Nicarágua*¹, um ataque armado somente pode ser cometido por um *Estado* contra outro Estado – a CIJ exige o “envolvimento substancial” de um Estado para que o ataque armado se configure. Após o 11 de Setembro de 2001, ganhou força o entendimento de que ataques armados podem ser cometidos por atores não-estatais, especificamente grupos terroristas, ampliando as possibilidades de emprego da força em legítima defesa. Surge também neste contexto a doutrina do Estado “indisposto ou incapaz” de suprimir a ameaça terrorista, que segundo alguns abriria terceiros Estados inocentes à intervenção armada externa. Este artigo se debruça sobre as diferentes perspectivas em relação ao tema, apontando divergências na prática estatal e de organizações internacionais, doutrina, e jurisprudência sobre o *ratione personae* do ataque armado. As conclusões

ABSTRACT

The international law on the use of force is founded on the general prohibition to employ force enshrined in the UN Charter, Article 2(4). Article 51 of the Charter contains one of the only exceptions to the general prohibition, the legality of use of force in self-defence if an armed attack occurs. One of the debates is about who can commit an armed attack so that the Article 51 exception applies. To the International Court of Justice in *Nicaragua*¹, an armed attack can only be committed by a state against another state – the Court requires “substantial state involvement” for there to be an armed attack. After September 11th 2001, there is an increased understanding that non-state actors in general, and terrorists in particular, can undertake armed attacks, expanding the possibilities that to use force legally in self-defence. The doctrine of the state “unwilling or unable” to tackle terrorist threats also comes to the fore, opening innocent third States to foreign armed intervention. This article tackles the main perspectives in state practice, doctrine, and judicial decisions about armed attacks’ *ratione personae*. The conclusions reached are that this is currently a point being negotiated in international law, even within the ICJ itself as evidenced by separate and dissenting opinions.

* O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil.

** Doutora e Mestre pela University of Cambridge. Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
E-mail: luizaleaop@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4326-5729>.

1 CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment of 27 June 1986 (*Nicarágua*).

da pesquisa são de que esse é um ponto “em negociação” dentro da prática estatal, doutrina, e mesmo dentro da jurisprudência da CIJ, como evidenciado pelas opiniões individuais de seus juízes, mas que uma interpretação restritiva ao uso da força é a mais apropriada e desejável.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus ad bellum*. Ataque armado. Uso da força. Terrorismo. Direito Internacional. Atores não-estatais.

However, this article defends that a restrictive interpretation is more appropriate and more desirable.

KEYWORDS: *Jus ad bellum*. Use of force. Terrorism. International Law. Armed Attack. Non-state actors.

I. INTRODUÇÃO

Se o direito internacional é considerado um direito rarefeito, em sua extremidade ainda mais rarefeita jaz o direito que regulamenta a guerra, na famosa frase de Hersch Lauterpacht.² Este artigo lida com uma das áreas mais controversas e politizadas do *jus ad bellum*: o uso da força contra atores não-estatais no direito internacional contemporâneo.³

A repressão ao terrorismo tensiona o direito internacional em inúmeras áreas: em direitos humanos, com a submissão de suspeitos de terrorismo à tortura e tratamento cruel, desumano e degradante; em direito humanitário, com a classificação do conflito entre interno ou internacional para fins de verificação da lei aplicável; em direito penal internacional, com os julgamentos de terrorismo como crime internacional; em direito regulamentador do uso da força, com a possibilidade de se invocar legítima defesa contra atores não estatais.⁴ Este trabalho se dedica especificamente a esta última controvérsia, mais especificamente a questão preliminar fundamental: a definição de “ataque armado” em direito internacional, especificamente quem pode cometê-lo. A existência de um ataque armado é *conditio sine qua non* para o uso da força unilateral legal em legítima defesa. Apesar de seu caráter aparentemente estreito,⁵ a definição de “ataque armado” é uma discussão central no direito internacional do uso da força, e “um dos locais mais proeminentes na disciplina para contestação”.⁶

Este trabalho se dividirá nas seguintes seções: um breve panorama histórico sobre a regulação do uso da força; uma explicação do regime jurídico atual; a introdução do tema da legítima defesa contra atores não-estatais; e uma discussão aprofundada sobre *quem* pode cometer um ataque armado no direito

2 “If international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of international law”. In. LAUTERPACHT, 1952, p. 382.

3 TAMS, 2005, p. 964.

4 LUBELL, 2010.

5 TAMS, 2019, p. 91.

6 TAMS, 2019, p. 151.

internacional, traçando uma linha do tempo da prática de Estados e outros atores relevantes até os dias atuais. Será concluído que, apesar de contestada, do ponto de vista normativo, a melhor interpretação continua sendo a que exige o envolvimento substantivo do Estado para a configuração de ataque armado.

II. A REGULAÇÃO DO USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL

A. Breve panorama histórico

Anteriormente aos Séculos XVIII e XIX, a doutrina de autores católicos, como Tomás de Aquino, revivida por Hugo Grócio, classificava guerras como justas ou injustas; as segundas eram consideradas ilegais pelo direito internacional.⁷ Essa classificação foi abandonada no Século XIX, e a guerra passou a ser considerada uma faculdade inerente à condição de Estado, não regulada pelo direito.⁸ Práticas hoje claramente ilegais, como a anexação legal de território pelo uso da força, eram parte do direito internacional vigente, explicando por que anexações de território, como a das regiões de Alsácia e Lorena pela França, não eram consideradas ilegais.⁹

A regulamentação do uso da força no pós-I Guerra Mundial pelo direito internacional inicia-se com o Tratado de Versalhes, que além de firmar a paz entre Alemanha e os aliados, funda a Liga das Nações. O Pacto da Liga das Nações cristalizou alguma regulação da guerra: durante o século XIX, a guerra ainda era legal, desde que exauridas medidas pacíficas de solução das controvérsias.¹⁰ Isto foi um progresso em relação ao regime anterior, mas um passo ainda mais significativo foi dado fora do esquema da Liga, com o Tratado Geral de Renúncia à Guerra de 1928, mais conhecido como Pacto Kellogg-Briand.¹¹ Pela primeira vez, um instrumento de direito internacional com ratificação geral previa a ilegalidade da resolução de controvérsias por meios violentos, e prescrevia que os Estados não deveriam empregar a força em sua política externa.¹² Apesar de ser considerado bastante compreensivo e realista,¹³ e de ter sido invocado em alguns conflitos na década de 30¹⁴, a II Guerra Mundial irrompe na vigência do

7 ORAKHELASHVILI; AKEHURST, 2022, p. 219.

8 ORAKHELASHVILI; AKEHURST, 2022, p. 219.

9 CRAWFORD, 2012, p. 744.

10 CRAWFORD, 2012, p. 744; LAUTERPACHT, 1952, p. 180.

11 OPPENHEIM, 1952, p. 181.

12 HATHAWAY; SHAPIRO, 2017; HIGGINS, 1992, p. 269.

13 BROWNLIE, 2008, p. 731.

14 Foi invocado pelos EUA no conflito entre a China e a União Soviética em 1929, entre a China e o Japão em 1931, e na disputa entre Peru e Equador em 1933. Em 1939 foi citado pela Assembleia da Liga das Nações para condenar a atividade da União Soviética contra a Finlândia (CRAWFORD, 2012, p. 745).

Pacto Kellogg-Briand. Lauterpacht, em sua edição de Oppenheim, incumbe a falha das obrigações no Pacto à falta de uma instituição judicial a que os países pudessem recorrer a fim de resolver suas controvérsias pacificamente.¹⁵

A moldura legal já prevista no Pacto Kellogg-Briand foi adaptada no pós-II Guerra à Carta da Organização das Nações Unidas (a Carta). Os princípios da renúncia à guerra foram preservados na Carta: a guerra é ilegal a não ser em casos de legítima defesa. A mudança fundamental que diferencia o sistema da Carta do Pacto Kellogg-Briand são os poderes do Conselho de Segurança da ONU. Este, com poderes mais extensos do que os do seu correspondente na Liga das Nações, pode editar resoluções vinculantes a fim de garantir a paz e a segurança internacionais. Os cinco países vencedores da II Guerra (Estados Unidos, Rússia (ex-URSS), China, Reino Unido e França) possuem não só assento permanente, mas poder de veto em decisões substantivas no Conselho. Este poder, formulado a partir de visões realistas das Relações Internacionais, apesar de controverso, constitui uma das razões apontadas para o sucesso desta Organização em comparação com sua predecessora.¹⁶ Durante a Guerra Fria, devido ao processo de bipolarização em que Estados Unidos e União Soviética, ambos com assento permanente e poder de veto no Conselho de Segurança¹⁷, houve um engessamento do Conselho de Segurança, levando alguns autores a considerar que o sistema de defesa coletivo dentro da Carta teria falhado totalmente.¹⁸

Após a queda do muro de Berlim até os dias de hoje, o Conselho de Segurança da ONU tem aceitado e ordenado o uso da força mais do que nunca, e suas atividades tem se adaptado ao que era previsto pela Carta.¹⁹ Há inúmeras missões de paz sendo conduzidas a mando do Conselho de Segurança,²⁰ além do uso de sanções econômicas a Estados, grupos, e até indivíduos,²¹ e a criação de Tribunais Penais como o da Ex-Iugoslávia e Ruanda, o que demonstra a expansão da atuação deste órgão em relação a seus poderes codificados na Carta.²² Alguns afirmam que casos de uso ilegal da força continuam acontecendo, porém em

15 OPPENHEIM, 1952, p. 184.

16 JESSUP, 1946, p. 95.

17 Muito raramente durante a Guerra Fria o Conselho de Segurança conseguiu emitir resoluções vinculantes pelo Capítulo VII da Carta, e só autorizou o uso da força em uma situação: a guerra entre Coreia do Sul e do Norte (UNSC Res 82/1950), o que levou inclusive à utilização da Assembleia Geral da Nações Unidas (Assembleia Geral) para fins de manutenção da paz e da segurança internacionais com a Resolução *Uniting for Peace* de 1950. (Organização das Nações Unidas, 1950)

18 HIGGINS, 1992, p. 270–271.

19 GRAY, 2008, p. 264.

20 GRAY, 2008, p. 272.

21 GRAY, 2008, p. 266.

22 GRAY, 2008, p. 326.

escala menor do que nas eras anteriores às Nações Unidas.²³ As invasões dos EUA ao Afeganistão (2001) e ao Iraque (2003)²⁴ bem como as mais recentes intervenções armadas da Rússia na Ucrânia e de Israel na Faixa de Gaza, contudo, tem tensionado esta visão otimista do esquema da Carta.²⁵

B. Regime jurídico atual – regra geral e exceções

Como mencionado anteriormente, a Carta da ONU é o ponto de partida na regulação contemporânea do uso da força. O Artigo 2(4) da Carta está no centro desta regulação. Ele proíbe, como regra geral, o uso da força nas relações internacionais:

Todos os Membros **deverão evitar** em suas relações internacionais a **ameaça ou o uso da força** contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas (grifo meu).

Este artigo foi considerado pela Corte Internacional de Justiça como a “pedra de toque”²⁶ da Carta,²⁷ com status de norma de *jus cogens*.²⁸ Este status da proibição do uso da força impõe um pesado fardo aos Estados que desejassem empregá-la.²⁹ Contudo, a doutrina e prática estatal estão divididas em relação a como esta previsão deve ser interpretada. Autores como Christine Gray,³⁰ Ian Brownlie,³¹ e Olivier Corten,³² entendem que o Art. 2(4) deve ser construído de forma a restringir ao máximo o uso da força entre os Estados. Outros autores entendem que o Art. 2(4) deve ser interpretado de forma a permitir o uso da força em um maior número de casos, que vão de legítima defesa antecipatória à legítima defesa contra atores não estatais, passando por intervenção humanitária e proteção de nacionais no exterior; exemplos destes incluem Thomas Franck,³³ Stephen Schwebel³⁴ e Michael Reisman.³⁵

23 CRAWFORD, 2012, p. 746.

24 GRAY, 2015, p. 115.

25 Como amostra da discussão, posts sobre as implicações das intervenções armadas na Ucrânia e Gaza no EJIL Talk! Blog (BETHLEHEM, 2022; KRISCH, 2022; ULFSTEIN, 2024).

26 “Cornerstone” (tradução livre).

27 CIJ, Armed Activities in the Territory of the Congo, Judgment of 19 December 2005, para. 148 (a partir daqui, *Atividades Armadas*).

28 CIJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment of 27 June 1986, para. 190 (a partir daqui, *Nicarágua*), citando a Comissão de Direito Internacional e a doutrina que consideram a proibição do uso da força como *jus cogens*.

29 TAMS, 2005, p. 373.

30 GRAY, 2015, b.

31 BROWNLIE, 1963.

32 CORTEN, 2021.

33 FRANCK, 2002.

34 SCHWEBEL, 1989.

35 REISMAN, 2015.

A proibição geral do uso da força do Artigo 2(4) não é absoluta. A própria carta lista exceções à proibição³⁶. A primeira das exceções expressamente articuladas na Carta é o uso da força autorizado pelo Conselho de Segurança da ONU. O Conselho, como órgão central no sistema da Carta para a manutenção da paz e da segurança internacionais, tem uma série de poderes. Dentre suas prerrogativas, cita-se o seu poder de ordenar medidas pacíficas para assegurar a paz; a Carta lhe garante, através do artigo 41, a possibilidade de utilizar medidas de coerção econômicas, medidas relativas a meios de comunicação e medidas diplomáticas para assegurar a paz e a segurança internacionais. O artigo 42 da Carta, ademais, garante ao Conselho de Segurança a possibilidade de utilizar medidas coercitivas contra ameaças de paz e segurança internacionais. Os artigos 25 e 48 dão às decisões do Conselho caráter vinculante, e o artigo 103 prevê que as obrigações advindas da Carta – e, conseqüentemente, as obrigações criadas pelo em Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança dentro do Capítulo VII da Carta – têm precedência sobre quaisquer outras obrigações internacionais dos Estados.

O monopólio de declaração do que é uma ameaça ou ofensa à paz e à segurança internacionais e de ordenar os Estados a cumprirem com medidas cabíveis é do Conselho. O que constitui uma ameaça à paz e à segurança é, no entanto, discricionário³⁷ e não precisa se ater a casos de legítima defesa ou de consentimento.³⁸ Portanto, em caso de entendimento pelo Conselho que certa conduta constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais – independentemente da classificação jurídica que tenha a ameaça em questão³⁹ –, este pode autorizar ou ordenar o uso da força em exceção à proibição geral prevista no Art. 2(4).⁴⁰

A segunda exceção à proibição geral do Artigo 2(4) prevista expressamente pela Carta é o direito à legítima defesa, contido em seu Artigo 51.⁴¹ Ele lê:

Nada na presente Carta prejudicará o **direito inerente de legítima defesa** individual ou coletiva **no caso de ocorrer um ataque armado** contra um Membro das Nações Unidas até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que

36 O consentimento do Estado contra o qual se está exercendo força também pode ser considerado como uma exceção amplamente aceita, ver, neste sentido, Cassese (CASSESE, 2005, p. 371). Ver também TAMS, 2005, p. 371.

37 CRAWFORD, 2014, para. 561.

38 BOTHE, 2003, p. 229.

39 TAMS, 2005, p. 375.

40 BOTHE, 2003, p. 229.

41 GRAY, 2008, p. 625; SCHWEBEL, 1989.

julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. (grifo meu)⁴²

A interpretação do artigo e seus desdobramentos são alvo de extensos debates. A única interpretação **incontroversa** deste artigo é que o uso da força em legítima defesa é legal quando **aconteceu um ataque armado** (uso de força militar que passe um certo grau de violência) **por parte de outro Estado**. Há inúmeras discussões e incertezas sobre o escopo da legítima defesa fora desta hipótese, inclusive sobre se há direito ao uso da força em legítima defesa em relação a ataques terroristas, ou ameaças de ataques terroristas. Este artigo analisará as diferentes interpretações sobre a legítima defesa nesse contexto, mais especificamente a questão sobre o *ratione personae* de ataques armados – quem pode cometê-los, de acordo com o direito internacional, para que se engatilhe o direito ao uso da força legal em legítima defesa.

C. A legítima defesa contra o terrorismo – quais são os debates⁴³

Como mencionado, a possibilidade de usar força em legítima defesa para responder a ataques – ou ameaças de ataques – terroristas é alvo de discussões extensas no campo. A doutrina se divide, grosseiramente, em dois campos: autores “expansionistas”, que defendem a expansão da legítima defesa de forma a melhor responder a ameaças terroristas, se opõe os autores “restritivistas”, que defendem que o direito a usar a força deve ser visto sob o prisma de sua restrição.⁴⁴

No campo da legítima defesa contra o terrorismo, estas divergências entre “expansionistas” e “restritivistas” se dão principalmente na definição do termo “ataque armado” no Artigo 51. A interpretação do que constitui um “ataque armado” está no coração do problema, pois a existência de um “ataque armado” é o que engatilha a possibilidade legal de uso da força em legítima defesa. Como afirma Tams, esta não é uma questão que pode ser perpassada,

42 “Article 51. Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security” (tradução livre).

43 Há inúmeros outros debates na doutrina, jurisprudência, e prática estatal em relação à legalidade do uso da força no direito internacional, para além do debate sobre legítima defesa contra atores não-estatais. Para uma visão geral do tema, ver Christine Gray (GRAY, 2018, pp. 200 e seguintes).

44 Os termos “restritivistas” e “expansionistas” vem da obra de Olivier Corten (CORTEN, 2021, 2005, 2009), mas são incorporados extensivamente no debate sobre o uso da força. Para uma crítica a essa divisão: “[scholarship] needs to move beyond the binary logic that draws the line between ‘two main camps’ of ‘expansionists’ and ‘restrictivists’...” (TAMS, 2019, p. 173).

pois tem caráter preliminar em relação a todas as outras quando determinando a legalidade do uso da força em legítima defesa em geral, e a legítima defesa contra atores não-estatais em particular.⁴⁵

Há divergências sobre se, do ponto de vista das fontes do direito internacional, deve-se olhar para o direito costumeiro internacional, ou para a “prática subsequente” através da qual se interpretam os termos de um tratado internacional. Neste artigo, me filio à visão de Christian Tams, que defende que o significado de “ataque armado” é uma questão de interpretação de tratados, e não de modificação de costume internacional,⁴⁶ já que a terminologia está presente em uma previsão de um tratado: o Artigo 51 da Carta da ONU.

A interpretação de tratados é regida pelas regras (também costumeiras) codificadas nos Artigos 31, 32 e 33 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. As regras da VCLT prescrevem que se inicie pelo sentido literal das palavras do texto dos Artigos 2(4) e 51 da Carta (Artigo 31 da Convenção de Viena), mas que também se leve em consideração o “objeto e propósito” da Carta, bem como a “prática subsequente” de Estados e de órgãos relevantes – neste caso o Conselho de Segurança da ONU e a CIJ – para construir o significado do termo “ataque armado”.⁴⁷

As principais controvérsias sobre a definição de “ataque armado” no contexto do uso da força contra o terrorismo são: (i) quem pode cometer um ataque armado, ou se algum ente que não um Estado (como uma célula terrorista independente) pode cometê-lo; (ii) o que constituiu um ataque armado, ou qual a extensão do uso da força necessário para que uma ação violenta atinja o patamar de ataque armado; (iii) se pode haver um conflito armado permanente contra grupos terroristas que se estende por todo o globo, e não um país ou região específicos; (iv) quando se considera que ocorreu um ataque armado, ou se a sua iminente ocorrência é suficiente.⁴⁸

Este trabalho se debruça somente sobre a primeira questão, que exige uma análise detalhada sobre quem está por trás de uma operação militar: qual o grau de envolvimento de um Estado nas ações de um grupo armado privado exigido pelo direito internacional para que as ações desse grupo configurem um “ataque armado”.

D. Quem pode cometer um ataque armado?

O esquema da Carta, mais especificamente o artigo 51, prevê que a legítima defesa pode ser exercida quando houver um ataque armado contra

45 TAMS, 2019, p. 91.

46 TAMS, 2019, p. 108.

47 TAMS, 2019, p. 109.

48 Para uma análise compreensiva de todos os demais elementos, ver o excelente livro de RUY, 2010.

um Estado. A Carta, contudo, omite menção expressa sobre **qual entidade é capaz de cometer este ataque armado** para que esse engatilhe o direito à legítima defesa. É incontroverso que ele pode ter sido cometido por **outro Estado**, mas há divergências na prática estatal, entre as opiniões de juízes da CIJ, e na doutrina, sobre se um ator não-estatal também pode cometer ataques armados. A pergunta é, então, se um ataque armado (ao qual pode-se responder legalmente com o uso da força em legítima defesa) **exige um grau de envolvimento de outro Estado**, e, se sim, qual este grau de envolvimento.

i. Ponto de partida: o caso *Nicarágua* e a exigência de “controle efetivo”/ envolvimento substantivo

Como na maioria das questões envolvendo o uso da força, parte-se da discussão pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Nicarágua*. Naquele caso, descrito como “o *leading case*” sobre o uso da força já decidido pela Corte,⁴⁹ a Nicarágua alegava que os Estados Unidos estavam violando a proibição ao uso da força por financiar, armar e coordenar os ataques de grupos paramilitares contra o governo Sandinista no poder, entre eles os *Contras*. Os Estados Unidos, de outra parte, alegavam que seu apoio aos grupos paramilitares era uma resposta legal de legítima defesa coletiva, em nome de El Salvador, Honduras e Costa Rica, por atividades violentas cometidas por forças irregulares financiadas e armadas pela Nicarágua nestes países. Esta defesa dos Estados Unidos foi rejeitada pela Corte. Segundo a Corte, o financiamento e armamento de grupos militares pela Nicarágua não constituía ataque armado ao qual os EUA poderiam responder em legítima defesa coletiva em prol daqueles países – “[t]al assistência [da Nicarágua] poderá ser vista como uma ameaça ou uso da força, ou configurar intervenção nos assuntos internos ou externos de outros Estados”⁵⁰, mas não ataque armado para fins de legítima defesa. Em suma, em *Nicarágua* a Corte considerou que é possível que atores não-estatais cometam um ataque armado, mas que um grau substantivo de envolvimento do Estado contra o qual se estará agindo em legítima defesa é exigido. Este grau de envolvimento, nos fatos do caso, deve ser maior do que o mero financiamento ou suprimento de armas. O fornecimento de armas e de apoio logístico a grupos paraestatais não configuraria, portanto, na opinião da Corte Internacional de Justiça, ataque armado – e, conseqüentemente, a resposta a tais atos não se encaixaria na definição de legítima defesa que permite o uso da força do Artigo 51. Esta interpretação Estado-cêntrica deriva da “Resolução da Assembleia Geral sobre a Definição de Agressão”⁵¹, que admite somente uma forma de

49 BORDIN, p. 77.

50 “Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the interna1 or external affairs of other States”, para. 195 (tradução livre).

51 Resolução da Assembleia Geral 3314 (1974), Art. 3(g).

“agressão indireta” – aquela em que há “envolvimento substantivo” de um Estado no uso da força por atores não-estatais.⁵²

Ao invés de desenvolver um teste específico para estabelecer se o envolvimento estatal configura “envolvimento substantivo” nas atividades de um grupo paramilitar para configurar “ataque armado”, a Corte em *Nicarágua* aplicou o teste de atribuição de responsabilidade dos Estados por atos ilícitos.⁵³ Este teste, conhecido como teste do “controle efetivo”⁵⁴, considera que, para que um Estado possa ser responsabilizado por um ato de violência de paramilitares – e, portanto, enseje a aplicação do artigo 51 da Carta que permite a legítima defesa –, o grau de envolvimento do Estado deve ser suficientemente forte para que os atores não-estatais sejam considerados seus “órgãos *de facto*”. Não basta que haja financiamento, fornecimento de armas ou treinamento, mas deve haver uma relação de completa dependência⁵⁵ por parte dos atores não-estatais para que suas ações sejam “atribuíveis a um Estado”, e, portanto, constituírem ataque armado ao qual se possa responder a eles legalmente dentro do regime de legítima defesa do Artigo 51. Isso não significa que o Estado que está apoiando os atores não-estatais em questão não seja responsável pela interferência em assuntos internos de outro Estado, mas os atos dos grupos armados em questão não serão diretamente atribuíveis a ele.

A implicação dessa asserção da Corte em *Nicarágua* no caso da legítima defesa contra o terrorismo é fundamental. Aplicando o entendimento da Corte, seria possível que um ator não-estatal (grupo paramilitar, grupo terrorista) cometesse um “ataque armado” contra o qual um Estado pode legalmente reagir em legítima defesa, mas **somente se houver provas suficientes de um envolvimento estatal substantivo** (maior do que o mero suprimento de armas e apoio logístico), o **controle efetivo** deste grupo paramilitar por parte do Estado. Caso um Estado esteja sofrendo incursões armadas de um grupo terrorista que não possua este grau de envolvimento estatal, o Estado-vítima não teria direito a responder unilateralmente com uso da força em legítima defesa no território do Estado no qual esse grupo paramilitar está localizado.

52 RATNER, 2013, p. 132. Além do envio de grupos armados *por* ou *através* de um Estado.

53 TAMS, 2019, p. 134.

54 Artigo 8, Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais, 2001.

55 *Nicarágua*, para. 110 (“the evidence available to the Court indicates that the various forms of assistance provided to the contras by the United States have been crucial to the pursuit of their activities, but is insufficient to demonstrate their complete dependence on United States aid” (grifo meu)).

ii. Uma virada paradigmática? O 11 de Setembro de 2001 em contexto

Após a discussão acima em *Nicarágua*, apesar de divisões na doutrina e algumas opiniões individuais de juízes no próprio caso,⁵⁶ aceitava-se de forma geral o requisito de envolvimento substantivo/controlado geral de um Estado para que um grupo não-estatal cometesse um ataque armado, engatilhando o direito de resposta legal em legítima defesa.⁵⁷ Após os ataques de 11 de setembro de 2001, organizados e executados pelo grupo terrorista *Al Qaeda*, surge uma onda não só de doutrina, mas de prática estatal e de organizações internacionais, defendendo uma mudança paradigmática nessa interpretação.⁵⁸ De Hoog afirma que alguns declararam o 11 de Setembro como o início de uma “mudança nas marés”⁵⁹ no campo do uso da força contra atores não estatais, enquanto Michael Scharf notoriamente cunha o termo “momento Grociano”⁶⁰ para se referir à mudança instantânea do direito internacional costumeiro sobre o tema.

Aqueles que defendem a mudança paradigmática após o 11 de Setembro da definição de ataque armado começam pela reação aos ataques do 11 de Setembro em si, analisando tanto a prática de Estados quanto de Organizações Internacionais sobre o assunto. Se destacam as Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 de 2001, adotadas logo após os ataques. Estas Resoluções mencionam expressamente o “direito inerente à legítima defesa” em relação ao grupo terrorista *Al Qaeda*. Concomitantemente, a OTAN invocou sua permissão de usar a força coletivamente de acordo com o Artigo 5º do Tratado do Atlântico Norte, e a Organização dos Estados Americanos invocou a legítima defesa coletiva.⁶¹

A prática estatal relativa ao 11 de Setembro citada por aqueles que defendem o movimento do direito internacional em direção à legítima defesa contra atores não-estatais é, primeiramente, a da coalisão de Estados que promoveu a Operação Liberdade Duradoura⁶² no Afeganistão em 2001, liderada pelos Estados Unidos e composta por tropas de diversos países. Cita-se também o apoio generalizado de outros países membros das Nações Unidas à operação como prática estatal favorável a essa nova interpretação de “ataque armado”.⁶³

56 *Nicarágua*, Dissenting Opinion Judge Schwebel, Separate Opinion Judge Jennings, CIJ 1986.

57 TAMS, 2009, p. 363.

58 Ou o início de uma mudança nesse sentido (GREEN, 2009, p. 157).

59 «[T]idal change» (DE HOOGH, 2016, p. 20)

60 SCHARF, 2016, p. 52, mudança esta que, segundo Scharf, somente se “cristalizou” de forma permanente com a resposta aos ataques do grupo Estado Islâmico, a partir de 2014.

61 GRAY, 2008, p. 193.

62 *Operation Enduring Freedom*, tradução livre. Ver, neste sentido, SCHARF, 2016; TAMS, 2021; TRAPP, 2007; BETHLEHEM 2012.

63 GRAY, a, p. 201.

Do outro lado do campo, autores “restritivistas” apoiam que a interpretação Estado-cêntrica de *Nicarágua* perdura até hoje, e interpretam o 11 de Setembro de 2001 e prática subsequente de outra forma. Corten considera que, aplicando-se uma metodologia rigorosa à análise da prática estatal sobre o tema,⁶⁴ se verifica que o direito internacional exige o envolvimento do Estado em “ataques armados”.⁶⁵ Avaliando a prática do 11 de Setembro em si, ele observa não somente a prática dos Estados interventores em isolamento – se houve ou não houve instâncias de uso da força contra atores não-estatais –, mas considera sistematicamente as justificativas públicas dadas pelos países interventores, bem como reações de terceiros países a essas afirmações.⁶⁶ Corten constata a partir desta análise que, em primeiro lugar, os Estados interventores buscaram fazer a conexão entre os ataques e o Estado em cujo território estavam intervindo, e não alegar legítima defesa diretamente contra a *Al Qaeda* em si. Ele lê as comunicações dos EUA ao Conselho de Segurança depois dos ataques e afirma que a organização *Al Qaeda* era apoiada pelo governo Taliban do Afeganistão, e que as medidas seriam tomadas tanto em relação à *Al Qaeda* quanto ao próprio Taliban⁶⁷. Ele interpreta as Resoluções 1368 e 1373 do Conselho de Segurança de forma semelhante; em primeiro lugar, entende que as Resoluções em si não poderiam modificar o texto da Carta. Em segundo lugar ele afirma que, apesar de mencionarem o direito à legítima defesa, as Resoluções também mencionam a obrigação de todos os Estados de não apoiar atos terroristas.⁶⁸ Além disso, Corten defende que o apoio indisputável da maioria dos Estados à *Operação Liberdade Duradoura* deve ser visto em um contexto em que o governo Taliban era considerado parcialmente responsável pelos ataques pelos EUA, pelo Conselho de Segurança, e por grande parte dos Estados.⁶⁹

Christine Gray, também um expoente da tradição “restritivista”,⁷⁰ utiliza o método semelhante ao de Corten⁷¹ ao analisar a situação do 11 de Setembro, mas chega a conclusões menos taxativas. Antes do 11 de Setembro de 2001, ela defende que a legítima defesa contra atores não-estatais era uma doutrina claramente “muito controversa”.⁷² Ao analisar as respostas ao 11 de Setembro

64 CORTEN, 2005; TALMON, 2015.

65 CORTEN, 2021, p. 472.

66 CORTEN, 2021, p. 179–183.

67 Carta de 7 de Outubro de 2001, S/2001/946, 7 October 2001 (CORTEN, 2021, p. 183).

68 CORTEN, 2021, p. 185–186.

69 CORTEN, 2021, p. 187.

70 CORTEN, 2021, p. 4, 2005, p. 820.

71 Que olha em detalhes para as justificativas jurídicas do Estado interventor, e as reações de terceiros Estados, e não somente as instâncias de prática de Estados interventores em isolamento. Para a discussão profunda sobre as particularidades de uma abordagem restritiva, ver (CORTEN, 2005, p. 816).

72 GRAY, 2008, p. 206.

de 2001 em si, Gray chega à conclusão que as justificativas dadas pelos Estados Unidos e Reino Unido em particular fazem alusão à participação do regime Taliban que governava o Estado do Afeganistão, e não à *Al Qaeda* isoladamente.⁷³ Ela também defende que a condenação do Taliban por Resoluções do Conselho de Segurança, e não a legítima defesa contra atores não-estatais em si, podem ter justificado a aceitação generalizada do uso da força unilateral naquela instância.⁷⁴ Ao contrário de Corten, contudo, ela não é categórica, e diz que é possível interpretar o efeito da prática do 11 de Setembro de diferentes formas, sem demonstrar claramente apoio a um ou outro campo.⁷⁵

iii. A prática subsequente ao 11 de Setembro de 2001 – quem pode cometer “ataques armados” e a questão do país hospedeiro “indisposto ou incapaz” de lidar com grupos armados no seu território

A literatura também examina em ora mais, ora menos detalhes, a prática estatal e do Conselho de Segurança após o 11 de Setembro de 2001 para determinar se estes provocaram uma mudança no direito internacional para expandir a definição de ataque armado além dos parâmetros inter-estatais do caso *Nicarágua*. Duas questões especialmente relevantes se destacam. Além da própria definição de “ataque armado” para abarcar violência cometida sem apoio estatal, ganha tração uma nova doutrina, a “doutrina do Estado indisposto ou incapaz”, para justificar o uso da força contra atores não-estatais. A doutrina do terceiro país “indisposto ou incapaz” é definida por Ashley Deeks como:

[É] legal que o Estado X, que tenha sofrido um ataque armado por um grupo insurgente ou terrorista, usar a força no Estado Y contra aquele grupo se o Estado Y estiver indisposto ou for incapaz de suprimir a ameaça.⁷⁶

Em outras palavras, um Estado que seja “indisposto ou incapaz” de controlar um grupo armado dentro de seu território, se abriria para que outros Estados utilizem a força contra ele legalmente, mesmo que o Estado hospedeiro não esteja diretamente e ativamente envolvido com esse grupo.⁷⁷ A justificativa para que a doutrina do Estado “indisposto ou incapaz” seja adotada, segundo seus proponentes, é simples: um Estado vítima de um ataque terrorista não deve ter suas mãos atadas caso o país hospedeiro seja indisposto ou incapaz a lidar com ameaças se desenvolvendo em seu território que cruzem suas fronteiras.

73 GRAY, a.

74 GRAY, a.

75 GRAY, a, p. 202.

76 DEEKS, [S.d.], p. 486, tradução livre.

77 Ver o Princípio 5 dos “Princípios de Bethlehem”, e a discussão subsequente de seus críticos, como Dire Tladi e Mahmoud Hmoud (BETHLEHEM, 2012; HMOUD, 2013; TLADI, 2013).

Kimberley Trapp⁷⁸ afirma que a doutrina se tornou parte do direito internacional por duas razões. Em primeiro lugar, pelo aumento da importância de atores não-estatais no direito internacional (no caso, grupos armados). Em segundo lugar, Trapp entende que a doutrina do “indisposto ou incapaz” acompanha uma nova onda no direito internacional que entende a soberania estatal não como um direito do Estado à não-intervenção, mas também uma responsabilidade de proteção de seus próprios cidadãos e daqueles de outros Estados, neste caso, indivíduos afetados por ataques terroristas⁷⁹.

A doutrina do “indisposto ou incapaz” é controversa⁸⁰ por uma série de razões. Em primeiro lugar, pois ignora como o direito à legítima defesa não existe em isolamento, mas deve ser construído à luz de outros princípios fundamentais do direito internacional, como a integridade territorial, a soberania, e a proibição geral ao uso da força.⁸¹ Um direito à intervenção armada contra um país inocente sem seu consentimento ou autorização pelo sistema da Carta é claramente em contravenção a estes outros princípios. Em segundo lugar, sua própria ascensão é controversa, já que esta doutrina foi pouco respaldada pela prática estatal - há poucas instâncias em que Estados empregam literalmente os termos “indisposto ou incapaz” para justificar intervenções armadas.⁸² Em terceiro lugar, surge a questão sobre quem seria competente para decidir se as atitudes, ou *falta de atitudes*, do Estado hospedeiro alcançariam o nível necessário de negligência para justificar a intervenção armada.⁸³ Se for uma competência unilateral do Estado interventor, há pouca diferença entre esta doutrina e o completo esvaziamento da proibição do uso unilateral da força criado no esquema da Carta.⁸⁴ Finalmente, o *pedigree* jurídico da doutrina do “indisposto ou incapaz” é, no mínimo, controverso: não é claro se o teste do “indisposto ou incapaz” operaria no plano da necessidade e proporcionalidade⁸⁵,

78 TRAPP, 2015, p. 200.

79 O movimento de soberania como responsabilidade pode ser visto na obra de autores como Eyal Benvenisti e Anne Peters (BENVENISTI, 2013; PETERS, 2009). TRAPP, 2015, p. 200.

80 Classificada como controversa por Gray (GRAY, a, p. 236). Até mesmo apoiadores da doutrina, como Kimberley Trapp, admitem seu caráter controverso (citando Kevin John Heller em particular, TRAPP, 2015, p. 221).

81 TLADI, 2013, p. 574.

82 Para uma análise aprofundada do uso da terminologia por Estados no caso da Síria, ver (CORTEN, 2016)

83 GRAY, 2015, p. 138.

84 CORTEN, 2016, p. 797.

85 A necessidade e proporcionalidade são elementos integrais e parte da regra costumeira relativa ao uso da força. Mesmo em casos claros de legítima defesa, a resposta armada de um Estado deve ser (1) necessária para repelir o ataque armado que este está sofrendo, e (2) proporcionalmente suficiente, mas não excessiva para repelir este ataque. Ver *Nicarágua*, para. 194. A “necessidade” é geralmente interpretada um teste de “última opção possível” – há outras opções que não o uso da força para repelir o ataque? O segundo braço do teste é a “proporcionalidade”, em que se avalia se a resposta foi suficiente para repelir o ataque e,

ou se operaria internamente como parte do conceito de “legítima defesa” do Artigo 51, proveniente da interpretação deste à luz da prática estatal.⁸⁶

A prática de intervenções contra grupos armados não-estatais depois do 11 de Setembro analisada pela doutrina é variada. Se destacam intervenções de Israel no Líbano e na Síria, além de intervenções na faixa de Gaza, contra os grupos terroristas Hezbollah e Hamas; incursões da Colômbia no Equador em combate às FARC; intervenções da Etiópia na Somália para combater grupos armados que cruzavam suas fronteiras; e intervenções da Turquia na Síria e Iraque contra o grupo separatista Curdo, o PKK.⁸⁷

A série de intervenções pontuais no território da Síria e do Iraque a partir de 2014 ocupado pelo Estado Islâmico, entidade também conhecida como ISIS, ISIL, ou Da'esh,⁸⁸ é talvez a instância mais relevante para os fins deste artigo. Em 2014, o Iraque pede auxílio para lidar com o avanço do Estado Islâmico em sua vizinha Síria. Mesmo não mencionando “ataque armado” ou o artigo 51 da Carta, o Iraque alegou que o grupo ameaçava a segurança e paz da região fora das fronteiras do próprio Iraque.⁸⁹ Ao responder ao pedido do Iraque, os Estados Unidos enviam uma carta ao Conselho de Segurança, justificando o uso da força na Síria contra o avanço do Estado Islâmico com base em legítima defesa e na doutrina dos “indispostos ou incapazes”: já que a Síria era “indisposta ou incapaz” de suprimir o avanço do Estado Islâmico, os EUA e outros países poderiam agir para suprimir o grupo no território Sírio, mesmo sem o seu consentimento, através do uso da força.⁹⁰ Após os ataques de 2015 na França atribuídos ao Estado Islâmico, outros países se juntaram à coalizão, e tiveram diferentes abordagens sobre o fundamento jurídico da intervenção⁹¹.

A doutrina interpreta de diferentes formas a prática estatal de uso da força contra atores não-estatais pós-11 de setembro mencionada acima, e chega a conclusões diversas sobre como esta prática informa o atual status da definição de “ataque armado”, e uma eventual ascensão da doutrina do “Estado indisposto ou incapaz”.

Corten defende que a prática após o 11 de Setembro não demonstra que houve uma mudança radical na definição de ataque armado, por pelo menos duas razões. Primeiro, olhando em detalhes as justificativas dos Estados

potencialmente evitar novos ataques, ou se foi excessiva. Ver GRAY, p. 157 et seq.

86 GRAY, a, p. 246.

87 Para uma análise detalhada dessas instâncias, ver CORTEN, 2021, p. 187–194; GRAY, a, p. 209–227. Também analisam uma combinação dessas instâncias em maior ou menor detalhe RUY, 2010; SCHARE, 2016; TAMS, 2019.

88 CORTEN, , p. 873.

89 GRAY, a, p. 237.

90 GRAY, a, p. 237.

91 Para uma análise detalhada dos diferentes campos de discussão, ver CORTEN, 2021, p. 881–884; GRAY, a, p. 237–24, 239–240.

interventores, se observa que eles, de maneira geral, não invocam a legítima defesa contra o ator não-estatal em si⁹², mas sim buscam demonstrar que o Estado hospedeiro tem suficiente grau de envolvimento com o grupo armado em questão para justificar a ação tomada em legítima defesa. Em segundo lugar, Corten afirma que a reação de terceiros Estados é contrária à essas instâncias de intervenção de maneira geral,⁹³ e que esta objeção impediria a cristalização da mudança na definição de “ataque armado”.

Na sua análise aprofundada de outras instâncias de uso da força contra grupos armados não-estatais, Gray é menos taxativa do que Corten sobre ao *status* atual da definição de ataque armado pós-11 de setembro. Ela levanta questionamentos sobre o direito de usar a força em legítima defesa contra atores não-estatais na ausência de envolvimento do Estado hospedeiro,⁹⁴ e afirma que análise da prática Estatal pós-11 de setembro sobre o assunto é “inconclusiva”.⁹⁵ A intervenção na Síria para combater o Estado Islâmico, especialmente após os atentados terroristas na França em 2015, parece pesar na análise de Gray.⁹⁶ Em seu Curso de Haia de 2015, anterior à edição de seu manual, Gray parece adotar uma visão mais categórica e contrária a teorias expansionistas, inclusive em relação à questão do ataque armado e atores não estatais.⁹⁷

Quanto à doutrina do Estado “indisposto ou incapaz”, tanto Corten quanto Gray tem uma visão claramente contrária.⁹⁸ Segundo Gray, “esta é uma doutrina unidirecional, e seria inimaginável que ela fosse invocada contra os EUA, ou até mesmo contra países Europeus que tenham demonstrado ser incapazes de agir contra ameaças terroristas em seu próprio território”.⁹⁹

Já Michael Scharf lê a prática pós-11 de setembro em geral, mas a ofensiva contra o Estado Islâmico em particular, como uma mudança radical no requisito de envolvimento estatal previsto em *Nicarágua*. Apesar do Conselho de Segurança na Resolução 2249 (2015) não mencionar justificativas legais para sua autorização do uso de “todos os meios necessários” para deter o Estado Islâmico¹⁰⁰, ele afirma que a autorização auxiliou na cristalização de uma norma

92 “[T]he exercise of [the use of force] against a State logically remains subordinate to the implication of its own responsibility”, CORTEN, 2021, p. 203.

93 Sobre a necessidade de observar não só a prática estatal em si, mas as reações dos demais Estados ao uso da força, ver por exemplo (CORTEN, 2021, p. 150, 182, 193).

94 GRAY, a, p. 241.

95 GRAY, a, p. 242.

96 GRAY, a, p. 242.

97 GRAY, 2015, p. 194.

98 E.g. CORTEN, 2016; Gray usa a terminologia “very problematic” para falar da doutrina, em GRAY, a, p. 244.

99 GRAY, a, p. 245, tradução livre.

100 “Calls upon Member States that have the capacity to do so to take all necessary measures, in compliance with international law, [...] on the territory under the control of ISIL also known as Da’esh, in Syria and Iraq, to redouble and coordinate their efforts to prevent and suppress

de direito internacional costumeiro que nasceu com o 11 de Setembro de 2001 permitindo o uso da força em legítima defesa contra atores não-estatais em territórios de terceiros Estados, inclusive aqueles “indispostos ou incapazes” a combater ameaças terroristas.¹⁰¹

Tams, analisando a mesma prática, atinge resultados mais permissivos do que Corten e Gray, mas ligeiramente mais restritivos do que Scharf. Ele aponta uma “gradual [...] mas palpável” mudança nas atitudes dos Estados nesta área.¹⁰² Apesar de argumentar que a prática Estatal e pronunciamentos dos Estados, inclusive na intervenção contra o Estado Islâmico a partir de 2015, flexibilizou a exigência de controle estatal para que ataques armados sejam configurados,¹⁰³ ele não defende veementemente que a doutrina dos “indispostos ou incapazes” seja parte do direito internacional hoje.¹⁰⁴

Tom Ruys, mesmo aplicando uma metodologia semelhante à de Gray e Corten em sua análise da prática pós-11 de setembro, também tem uma posição menos restritiva do que Gray e Corten. Ele afirma que *de lege lata* o direito internacional é ambíguo sobre o *ratione personae* dos ataques armados, citando a prática estatal observada por Gray e Corten e as reações de terceiros Estados.¹⁰⁵ Contudo, sua posição é que *de lege ferenda* o direito internacional deve, sob determinadas circunstâncias,¹⁰⁶ permitir que a definição de “ataque armado” se estenda a atores não-estatais, como grupos terroristas.¹⁰⁷ Quanto à doutrina do “indisposto ou incapaz”, Ruys acredita que esta não opera como parte do conceito de “ataque armado”, mas faz parte do teste de necessidade para estabelecer a legalidade do uso da força em legítima defesa.¹⁰⁸

iv. O dito e o não-dito: o que a CIJ diz sobre a legítima defesa contra atores não-estatais depois do 11 de Setembro de 2001

Posteriormente ao 11 de Setembro de 2001, a Corte Internacional de Justiça lidou com questões de legítima defesa envolvendo atores não-estatais (direta ou indiretamente) em dois casos¹⁰⁹: na *Opinião Consultiva sobre o Muro*

terrorist acts committed specifically by ISIL [...]and to eradicate the safe haven they have established over significant parts of Iraq and Syria”. O termo “to take all necessary measures”, ou “tomar todas as medidas necessárias”, se tornou um *term d’art* no Conselho de Segurança a autorizar o uso da força.

101 SCHARF, 2016, p. 66.

102 TAMS, 2019, p. 149.

103 TAMS, 2019, p. 157.

104 TAMS, 2019, p. 159.

105 RUYS, 2010, p. 531.

106 RUYS, 2010, p. 531–532.

107 RUYS, 2010, p. 531.

108 RUYS, 2015.

109 RUYS, 2010, p. 472.

no Território Ocupado Palestino, de 2004 (*Muro*)¹¹⁰, e em *Atividades Armadas no Território do Congo entre A República Democrática do Congo e Uganda (Atividades Armadas)*, de 2005¹¹¹.

No caso da Opinião Consultiva sobre o *Muro*, a Corte Internacional de Justiça, a pedido da Assembleia Geral, se pronunciou sobre a (i)legalidade da construção de um muro por Israel no Território Palestino Ocupado. Além de se pronunciar sobre questões de direitos humanos e direito humanitário relativos à construção do muro, Israel alegou, como parte da sua submissão, que a construção do muro seria um ato de legítima defesa contra-ataques terroristas, legal à luz das Resoluções 1368 e 1373 (2001) do Conselho de Segurança. A Corte rejeitou (de maneira extremamente breve¹¹²) o argumento de Israel no parágrafo 139 da decisão, dando duas razões. Primeiro, pois o Artigo 51 prevê o direito à legítima defesa em casos de ataque armado *de um Estado contra outro Estado*; em segundo lugar, pois a construção do muro se deu em território ocupado, e, portanto, não se encaixaria nas Resoluções 1368 e 1373 (2001) que lidam com ameaças advindas de terceiros Estados.

Em *Atividades Armadas*, uma das questões perante a Corte era se o uso da força pelas forças armadas da Uganda no território do Congo era legal no direito internacional¹¹³. Enquanto o Congo alegava uso ilegal da força por Uganda, Uganda alegava que suas incursões no território do Congo eram executadas em legítima defesa para se defender de ataques de grupos armados independentes que cruzavam a fronteira, entre eles o *Lord's Resistance Army (LRA)*.¹¹⁴ A Corte adotou uma posição ambígua. Por um lado, considerou que (1) Uganda estava sofrendo incursões por grupos irregulares vindos do Congo¹¹⁵, e (2) afirmou que Uganda não poderia alegar legítima defesa para justificar seus ataques ao Congo¹¹⁶, pelo menos em parte por que (3) os atos dos irregulares não podem ser atribuídos ao próprio Congo.¹¹⁷ Estas afirmações parecem confirmar a abordagem da Corte em *Nicarágua*, que exigem controle

110 CIJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004 (a partir daqui, *Muro*).

111 CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005 (a partir daqui, *Atividades Armadas*). Houve também um caso concomitante entre a República Democrática do Congo e Ruanda, em que o Congo alegava violação da proibição do uso da força por forças Ruandesas, e Ruanda alegava legítima defesa contra atores não-estatais vindos do Congo. A Corte dispensou esse caso por falta de jurisdição.

112 RUYS, 2010, p. 472; TAMS, 2005.

113 Para uma discussão detalhada dos complexos fatos deste caso, ver RUYS 2010, p. 480 et seq.

114 RUYS, 2010, p. 468

115 *Atividades Armadas*, paras. 132, 135, 302-303.

116 *Atividades Armadas*, para. 147.

117 *Atividades Armadas*, para. 132,146. Mas também por outras razões, como a Uganda não ter reportado suas reações ao Conselho de Segurança.

substantivo de um Estado para que atos de grupos armados configurem ataques armados aos quais se pode responder legalmente em legítima defesa. Logo em seguida, contudo, a Corte expressamente afirma que “não precisa responder aos argumentos das Partes sobre e em quais condições o direito internacional contemporâneo prevê um direito de legítima defesa contra-ataques em larga escala por forças irregulares”¹¹⁸.

Por um lado, ambas essas decisões parecem rejeitar *ipsis literis* que um ataque armado possa ser cometido por um ator não-estatal para fins de legítima defesa; na Opinião Consultiva do *Muro*, a Corte expressamente menciona “a existência de um direito inerente à legítima defesa no caso de um ataque armado **de um Estado contra outro Estado**” (grifo meu).¹¹⁹ No caso das *Atividades Armadas*, menciona a não-atribuição dos ataques dos paramilitares ao Congo como uma razão pela qual Uganda não poderia alegar legítima defesa.¹²⁰ Por outro lado, em ambos os casos a Corte também **expressamente** nega que suas conclusões tenham implicações na discussão sobre a legítima defesa contra atores não-estatais – “o Artigo 51 ... não tem relevância neste caso”¹²¹, e a Corte “não precisa responder aos argumentos das Partes sobre e em quais condições o direito internacional contemporâneo prevê um direito de legítima defesa contra-ataques em larga escala por forças irregulares”¹²².

Justamente por sua construção confusa, há diferentes interpretações sobre se a Corte manteve sua interpretação Estado-cêntrica do conceito de ataque armado firmada no caso *Nicarágua* após o 11 de Setembro, ou se de fato evitou o assunto. A leitura de Gray¹²³ é de que a Corte não se pronunciou claramente e evitou a questão da legítima defesa contra atores não-estatais.¹²⁴ Já Corten¹²⁵ e Scharf¹²⁶, apesar de se encontrarem em lados opostos do espectro sobre a desejabilidade desta posição, defendem que a Corte manteve seu entendimento em *Nicarágua* nestes dois casos. Ruys, de outra parte, diseca as idiosincrasias nas posições da Corte, e conclui que “a visão da Corte se mantém envolta em mistério”.¹²⁷

As opiniões dissidentes e separadas dos juízes nestes casos, apesar de não esclarecerem os pormenores da discussão, revelam uma preocupação em

118 *Atividades Armadas*, para. 147 (tradução livre).

119 *Muro*, para. 139, grifo meu.

120 *Atividades Armadas*, para. 132, 146.

121 *Muro*, para. 139.

122 *Atividades Armadas*, para. 147.

123 a, p. 209

124 GRAY, a, p. 209.

125 2021, p. Muro, 198; *Atividades Armadas*, 200.

126 2016, p. 36-37.

127 2010, p. 475, tradução livre.

discutir o tema. Isso parece indicativo que, apesar de suas expressas negações de estar lidando com o assunto, a Corte estava de fato indiretamente mantendo sua abordagem em *Nicarágua*.¹²⁸ Na Opinião Consultiva sobre o *Muro*, há um total de oito opiniões dissidentes/separadas pensadas, e destas três afirmam que há legítima defesa contra atores não-estatais: Higgins, Kooijmans e Buergenthal. Buergenthal afirma que as Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 (2001) não exigem que ataques armados sejam conectados a outros Estados para engatilhar o direito à legítima defesa.¹²⁹ Higgins defende que o Artigo 51 da Carta não impõe que ataques armados advenham *de Estados*, e que este critério teria sido introduzido pela própria Corte em *Nicarágua*; contudo, ela considera que o direito internacional atual (mesmo que contrário à sua preferência pessoal) exige certo grau de envolvimento Estatal para a constituição de ataque armado.¹³⁰ Já Kooijmans defende que a exigência de envolvimento estatal era a regra por cinquenta anos, mas que isto foi modificado radicalmente pelas Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 (2001).¹³¹

Em *Atividades Armadas*, o número total de dissidências/opiniões separadas foi sete, e, destas, três afirmam que há direito à legítima defesa contra atores não estatais: Kooijmans, Simma e o juiz *ad hoc* Kateka. Kooijmans, desta vez, defende que nada no Artigo 51 prevê que ataques armados têm de advir de outros Estados¹³². Simma afirma que a interpretação atual do Artigo 51 comporta ataques armados por atores não-estatais, e destaca as Resoluções do Conselho de Segurança 1368 e 1373 (2001) neste sentido¹³³. O Juiz *ad hoc* Kateka argumenta que a exigência da Corte de “envolvimento substantivo” de um Estado para a comissão de ataque armado engatilhando legítima defesa estimula a impunidade.¹³⁴

Desde *Atividades Armadas*, a Corte recebeu alguns casos que envolvem, de maneira central¹³⁵ e periférica¹³⁶, o uso da força; contudo, desde então não se pronunciou sobre o critério *ratione personae* de ataques armados.

128 Juízes da Corte tem o direito, de acordo com o Artigo 57 do Estatuto, de apensar opiniões individuais à decisão se o julgamento não representar, em parte ou totalmente, sua opinião pessoal. Apesar de não vincularem as partes e não gerarem obrigações, elas muitas vezes revelam quais foram as discussões internas entre juízes, e desvelam pontos nevrálgicos da decisão (HOFMANN; LAUBNER, 2012, p. 1397; SHAHABUDDEEN, 1996, p. 192).

129 *Muro*, Declaração Judge Buergenthal, para. 4-6.

130 *Muro*, Opinião Separada Judge Higgins, para. 33.

131 *Muro*, Opinião Separada Judge Kooijmans, para. 35.

132 *Atividades Armadas*, Opinião Separada Judge Kooijmans, para. 24.

133 *Atividades Armadas*, Opinião Separada Judge Simma, para. 11.

134 *Atividades Armadas*, Opinião Dissidente Judge *ad hoc* Kateka, para. 34.

135 CIJ, Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area, Judgment of 2 February 2018.

136 CIJ, Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial

III. CONCLUSÕES

O conceito de “ataque armado” é central para a definição do uso da força legal em legítima defesa, já que seu acontecimento é um pré-requisito para o uso legal da força em legítima defesa de acordo com o Artigo 51 da Carta da ONU. A Corte Internacional de Justiça em *Nicarágua* afirma que para que se configure “ataque armado”, é necessário o “envolvimento substantivo” de um Estado, que coincide com o teste do “controle efetivo” no direito da Responsabilidade dos Estados (Artigo 8, Comissão de Direito Internacional, Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos de 2001).

A partir dos ataques do 11 de Setembro de 2001 aos Estados Unidos organizados pelo grupo terrorista *Al Qaeda*, ganha força a visão de que atores não-estatais também podem cometer “ataques armados” que encadeiem o direito ao uso da força legal em legítima defesa. A prática de Estados e as reações de órgãos relevantes desde então, comparativamente, pode ser vista como “em fluxo” – o caso da intervenção na Síria em 2015 para evitar o avanço do Estado Islâmico em particular é particularmente significativo. Também surge após o 11 de Setembro o argumento de que países “indispostos ou incapazes” de lidar com uma ameaça terrorista em seu território se abrem para intervenção armada estrangeira, batizado de “doutrina dos indispostos ou incapazes”.

Contudo, aplicando-se uma metodologia rigorosa que leva em consideração não somente a prática do uso da força em si, mas também as justificativas expressas dadas pelos Estados interventores, e a reação de terceiros países, é defendido aqui que a definição de “ataque armado” continua próxima de *Nicarágua*. Estados interventores ainda buscam conectar o grupo armado não-estatal ao Estado hospedeiro de alguma forma, e terceiros Estados na grande maioria das vezes reafirmam a interpretação original da CIJ em 1986. O Movimento dos Não-Alinhados em particular se opõe a interpretações “expansionistas”¹³⁷ do critério *ratione personae* da definição de “ataque armado”. Quanto à “doutrina dos indispostos ou incapazes”, este quadro é ainda mais claro: apesar de algumas instâncias de prática estatal, esta tem pedigree jurídico dúbio e é amplamente rechaçada.¹³⁸

Além de doutrinariamente verificável, defende-se aqui que uma versão “restritivista” do conceito de “ataque armado” é desejável. Interpretações “expansionistas” do direito internacional neste campo são contrárias ao objeto

Discrimination, Judgment of 31 January 2024; CIJ, Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, Advisory Opinion of 19 July 2024; CIJ, Arbitral Award of 3 October 1899 (Judgment on the Merits pending); CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (Judgment on the Merits pending).

137 CORTEN, 2005.

138 CORTEN, 2016, p. 299.

e propósito da Carta das Nações Unidas; o sistema de segurança coletiva da ONU está predicado na redução da liberdade dos Estados de usar a força unilateralmente. Além disso, o aumento do escopo para o uso unilateral legal da força afeta desproporcionalmente Estados do Terceiro Mundo.¹³⁹

Por estas razões, conclui-se que se mantém uma interpretação Estado-cêntrica de “ataque armado” à lá *Nicarágua*, que não permite o uso unilateral da força em legítima defesa na ausência de “envolvimento substantivo” de um Estado.

REFERÊNCIAS

BENVENISTI, Eyal. Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders. *American Journal of International Law*, v. 107, n. 2, p. 295–333, 2013.

BETHLEHEM, Daniel. *Project 2100 — Is the International Legal Order Fit for Purpose?* Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/project-2100-is-the-international-legal-order-fit-for-purpose/>>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BETHLEHEM, Daniel. Self-Defense against Imminent Attack or Actual Attack by Non-state Actors. *AJIL*, v. 106, n. 4, p. 769–777, 2012.

BORDIN, Fernando Lusa. The Nicaragua v. United States Case: An Overview of the Epochal Judgments. In: OBREGON, EDGARDO SOBENES; SAMSON, BENJAMIN (Org.). *Nicarágua Before the International Court of Justice: Impacts on International Law*. [2018]: Springer.

BOTHE, Michael. Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 2, 2003.

BROWNLIE, Ian. Conclusions. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford; New York: OUP, 1963. p. 424–436.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law / by Ian Brownlie*. 7th ed. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd. ed. Oxford ; New York: OUP, 2005.

CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law - A Manifesto. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, 2018.

139 Apesar da diversidade de países que compõe o mítico “Terceiro Mundo”, e de caráter possivelmente anacrônico do termo, esse continua sendo um termo de arte utilizado na crítica do direito internacional para “dar vida” aos pleitos dos países que compartilham uma história de colonialismo, imperialismo, e subjugação econômica, ver (CHIMNI, , p. 5).

CORTEN, Olivier. *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*. Oxford: Hart, 2021. v. 1.

CORTEN, Olivier. *Méthodologie du droit international publique*. Brussels: Editions de L'Université de Bruxelles, 2009.

CORTEN, Olivier. Operations against the 'Islamic State' (ISIL or Da'esh) — 2014. In: RUYTS, TOM; CORTEN, OLIVIER; HOFER, ALEXANDRA (Org.). *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*. Oxford: Oxford University Press, Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL].

CORTEN, Olivier. The controversies over the customary prohibition on the use of force : a methodological debate. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 1–15, 2005.

CORTEN, Olivier. The “unwilling or unable” test: has it been, and could it be, accepted? *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 3, p. 777–799, 2016.

CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 8th ed. Oxford: OUP, 2012.

CRAWFORD, James. Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law, *Recueil des Cours*, v. 365, 2014.

DE HOOGH, André. Restrictivist Reasoning on the Ratione Personae Dimension of Armed Attacks in the Post 9/11 World. *Leiden Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 19–42, 2016.

DEEKS, Ashley S. “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense. *Virginia Journal of International Law*, v. 52, p. 483–550, [2012].

FRANCK, Thomas M. *Recourse to force : state action against threats and armed attacks*. Cambridge: CUP, 2002.

GRAY, Christine. *International Law and the Use of Force*, OUP, 2008.

GRAY, Christine. The Limits of Force. *Recueil des Cours*, v. 376, 2015.

GREEN, James A. *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*. London: Hart Publishing, 2009.

HATHAWAY, Oona Anne; SHAPIRO, Scott J. *The internationalists : how a radical plan to outlaw war remade the world*. New York: Simon & Schuster, 2017.

HIGGINS, Rosalyn. Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period. In: BULL, HEDLEY; KINGSBURY, BENEDICT; ROB-

ERTS, ADAM (Org.). . *Hugo Grotius and international relations*. New York: Clarendon Press, Oxford University Press, 1992.

HMOUD, Mahmoud. Are New Principles Really Needed? The Potential of the Established Distinction Between Responsibility for Attacks by Non-state Actors and the Law of Self-Defense. *American Journal of International Law*, v. 107, n. 3, p. 576–579, 2013.

HOFMANN, Rainer; LAUBNER, Tilmann. Article 57 - Separate and Dissenting Opinions. In: ZIMMERMANN, ANDREAS *et al.* (Org.). *Statute of the International Court of Justice: A commentary*. 2nd ed. Oxford: OUP, 2012. p. 1383–1400.

JESSUP, Philip C. Force under a Modern Law of Nations. *Foreign Affairs*, v. 25, n. 1, p. 90–105, 1946.

KRISCH, Nico. *After Hegemony: The Law on the Use of Force and the Ukraine Crisis*. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/after-hegemony-the-law-on-the-use-of-force-and-the-ukraine-crisis/>>. Acesso em: 2 jul. 2024.

LAUTERPACHT, Hersch. The Problem of the Revision of the Law of War. *British Yearbook of International Law*, v. 29, p. 360–382, 1952.

LUBELL, Noam. *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*. Oxford; New York: OUP, 2010.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law: a Treatise*. v. II, 1952.

ORAKHELASHVILI, Alexander; AKEHURST, Michael. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 9th ed. Oxford; New York: Routledge, 2022.

PETERS, Anne. Humanity as the Λ and Ω of sovereignty. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 3, p. 513–544, 2009.

RATNER, Steven R. Self-Defense against Terrorists: The Meaning of Armed Attack. In: SCHRIJVER, NICO; VAN DEN HERIK, LARISSA (Org.). *Counterterrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges*. Cambridge University Press, 2013. p. 334–355.

REISMAN, Michael. Editorial Comments: Coercion and Self-determination: Construing Charter Article 2(4). *American Journal of International Law*, v. 78, p. 642–645, 2015.

RUYS, T. ‘Armed attack’ and article 51 of the UN charter: Evolutions in customary law and practice. [S.l.]: CUP, 2010.

RUYS, T., ‘Self-Defence and Non-State Actors in the Cold War Era’ (*Opinio Juris*, 2015) <<https://biblio.ugent.be/publication/5914873>> Acessado em 19 Agosto 2024

SCHARF, Michael. How the War against ISIS Changed International Law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 48, n. 1–2, p. 15–67, 2016. Disponível em: <<http://theconversation.com/isis-has-changed-international-law-56781>>.

SCHWEBEL, S M. Aggression, intervention and self-defence in modern international law. *Recueil des Cours*, p. 413–498, 1989.

SHAHABUDDEEN, Mohammed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: CUP, 1996.

TALMON, Stefan. Determining customary international law: The ICJ's methodology between induction, deduction and assertion. *European Journal of International Law*, v. 26, n. 2, p. 417–443, 2015.

TAMS, Christian J. Light treatment of a complex problem: The law of self-defence in the wall case. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 963–978, 2005.

TAMS, Christian J. The use of force against terrorists. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 359–397, 2009.

TAMS, Christian J. Self-Defence against Non-State Actors: Making Sense of the 'Armed Attack' Requirement. In: TLADI, DIRE; TAMS, CHRISTIAN J.; O'CONNELL, MARY ELLEN (Org.). *Self-Defence against Non-State Actors*. Max Planck Trialogues. Cambridge University Press, 2019. p. 90–173.

TLADI, Dire. The Nonconsenting Innocent State: The Problem with Bethlehem's Principle 12. *The American Journal of International Law*, v. 107, n. 3, p. 570–576, 2013.

TRAPP, Kimberley N. Actor-pluralism, the 'turn to responsibility' and the jus ad bellum: 'unwilling or unable' in context. *Journal on the Use of Force and International Law*, v. 2, n. 2, p. 199–222, 2015.

ULFSTEIN, Geir. Does Israel have the right to self-defence – and what are the restrictions? – EJIL: Talk! *European Journal of International Law*, p. 1–10, 2024. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/does-israel-have-the-right-to-self-defence-and-what-are-the-restrictions/>>.

Recebido em: 22/08/2024

Aprovado em: 10/09/2024

UNIÃO ESTÁVEL: DA INEXISTÊNCIA À INSEGURANÇA

DE FACTO UNION: FROM NON-EXISTENCE TO LEGAL INSECURITY

OSVALDO JOSÉ GONÇALVES DE MESQUITA FILHO*
MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES**

RESUMO

A união estável, no contexto jurídico contemporâneo, apresenta-se como um tema desafiador de ser conceituado devido à ambiguidade de seus critérios. A linha entre a caracterização e a não caracterização deste instituto torna-se tênue, refletindo a oscilação jurisprudencial entre a flexibilização e a restrição de seus requisitos, bem como a crescente equiparação com o casamento. Essa insegurança jurídica é evidenciada na aplicação casuística do conceito, que ora reconhece a união estável em casos de convivência duradoura, ora a rejeita. Este artigo tem, portanto, como objetivo-geral, realizar uma análise crítica desse cenário, desde uma abordagem histórica até a investigação de casos concretos, especialmente julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). O método utilizado foi analítico, de forma a avaliar a regulação excessiva do Direito de Família, propondo-se a reflexão sobre a desregulação como possível solução. Como resultados, o trabalho aponta questões relacionadas à liberdade de escolha entre o casamento e a união estável, destacando-se como conclusão a necessidade de correções no atual panorama jurídico para mitigar a insegurança e as falhas presentes. O artigo contribui, assim, para o entendimento das lacunas e das contradições na aplicação da união estável, evidenciando a transição da inexistência para a insegurança jurídica neste contexto.

ABSTRACT

In the contemporary legal context, the de facto union presents itself as a challenging subject to be conceptualized due to the ambiguity of its criteria. The line between characterization and non-characterization of this institution becomes thin, reflecting the jurisprudential oscillation between the flexibilization and restriction of its requirements, as well as the increasing equivalence with marriage. This legal uncertainty is evidenced in the casuistic application of the concept, which sometimes recognizes the de facto union in cases of long-term cohabitation, while other times rejects it. This article, therefore, aims to conduct a critical analysis of this scenario, from a historical approach to the investigation of specific cases, especially those judged by the Superior Court of Justice (STJ). The method used was analytical, aiming to evaluate the excessive regulation of Family Law, proposing reflection on deregulation as a possible solution. As results, the study points out issues related to the freedom of choice between marriage and de facto union, highlighting as a conclusion the need for corrections in the current legal landscape to mitigate the insecurity and present flaws. The article thus contributes to understanding the gaps and contradictions in the application of de facto union, evidencing the transition from non-existence to legal insecurity in this context.

* Doutorando e Mestre em Direito Urbanístico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC-MG. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pelo CEDIN-MG/Faculdade Arnaldo. Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC-MG. Registrador Civil das Pessoas Naturais. E-mail: mesquita.osvaldo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0826-3457>.

** Pós-Doutor pela Università di Verona - Dipartimento di Scienze Giuridiche. Doutor e Mestre pela UFMG. Professor Associado de Direito Civil na UFMG. Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: marcelo.milagres@uol.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4007-6416>.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. União estável. Convivência duradoura. Insegurança jurídica.

KEYWORDS: *Family law. De facto union. Long-term cohabitation. Legal insecurity.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Evolução legislativo-jurisprudencial da união estável. 3 União estável *versus* namoro qualificado: posição da jurisprudência. 4 A “equiparação” ao casamento: proteção ou insegurança, sob o viés jurisprudencial?. 5 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conceituar a união estável, no atual contexto fático-jurídico, é uma tarefa bastante árdua. Talvez para os leigos, seja mais simples: é aquela situação em que duas pessoas vivem juntas, passando a impressão de que são uma família, em comunhão de vida e ainda muito ligado à ideia de “morar juntos”. O que parece fácil, contudo, está longe de ser, especialmente com a construção jurisprudencial atual, que ora flexibiliza os requisitos para a caracterização da união estável e ora restringe, enquanto, cada vez mais, procura equiparar o instituto ao casamento.

Tem-se um cenário de insegurança, em que a conceituação/caracterização do que é união estável é bastante casuística, ao mesmo tempo em que a jurisprudência e a doutrina chancelam os chamados “namorados qualificados”. Por outro lado, houve a equiparação da união estável ao casamento em diversas situações, bem como a flexibilização dos requisitos para a conversão da união estável.

Inicialmente, será demonstrado que a importância atribuída ao casamento na sociedade brasileira tem raízes profundas na premissa patriarcal que marcou historicamente o país. Esse contexto influenciou diretamente o reconhecimento e a regulamentação das uniões estáveis, que, apesar de sempre existirem de fato, demoraram a ser chanceladas pelo ordenamento jurídico. Até o advento da República em 1889, apenas o casamento religioso cristão era reconhecido para a atribuição de direitos patrimoniais, excluindo os não católicos do acesso ao matrimônio e aos direitos correlatos por mais de 300 anos.

Com a Proclamação da República, houve a regulamentação do casamento civil por meio do Decreto nº 181/1890, ratificado pela Constituição de 1891, mantendo-se o casamento como a única forma de constituição de família. Este cenário perdurou até a edição do Código Civil de 1916, que refletia uma família de viés patriarcal e influenciada pela religião, reconhecendo apenas a família constituída pelo “sagrado matrimônio”. Nesse contexto, as uniões estáveis não tinham reconhecimento jurídico, sendo diferenciadas em concubinato puro e impuro, refletindo um tratamento pejorativo e excludente às relações

extramatrimoniais, que só começaram a ser reconhecidas e regulamentadas após mudanças jurisprudenciais significativas nas décadas seguintes.

A partir de casos concretos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), discute-se a diferenciação entre união estável e namoro qualificado, evidenciando a falta de segurança jurídica na atual regulamentação da união estável. No primeiro caso a ser apresentado, o STJ reconheceu a união estável entre Severino Bananeira e Lúcia, apesar das múltiplas relações concomitantes de Severino, argumentando que as relações extraconjugais não tinham caráter de constituição familiar. No entanto, em um segundo julgamento envolvendo Maria, outra mulher que teve um relacionamento de mais de 20 anos com Severino e três filhos, o STJ não reconheceu a união estável, destacando a falta de exclusividade no relacionamento e caracterizando-o como concubinato. Essa disparidade nas decisões demonstra a subjetividade e o casuísmo presentes na caracterização da união estável, questionando a existência de parâmetros objetivos que possam guiar tais julgamentos.

Outro exemplo emblemático é o caso do jogador de futebol famoso, onde a análise da relação com sua parceira demonstrou a quase equiparação da união estável ao casamento, gerando discussões sobre a segurança jurídica dessa equiparação. Demonstra-se, ainda, o caso de um casal que viveu junto na Polônia antes de se casar no Brasil, o qual foi considerado como namoro qualificado pelo STJ, destacando a intenção de constituir família no futuro e não no presente. A complexidade e variação nos julgados sobre a união estável e o namoro qualificado indicam a necessidade de critérios mais objetivos para a análise dessas relações, visando uma maior consistência nas decisões e, conseqüentemente, mais segurança jurídica para os envolvidos.

A crescente prevalência de uniões estáveis, preferidas por muitas pessoas pela simplicidade e menor formalidade em comparação com o casamento, levanta questões significativas sobre os direitos e deveres decorrentes dessas relações. As incertezas jurídicas se manifestam, sobretudo, quando se questiona se preceitos legais aplicáveis ao casamento também se aplicam à união estável. A jurisprudência brasileira tem se esforçado para acompanhar essas questões, enfrentando desafios que vão desde a sucessão até a partilha de bens e a conversão de união estável em casamento.

Este artigo examina a equiparação entre casamento e união estável sob o viés da jurisprudência, destacando situações em que essa equiparação é reconhecida e seus efeitos legais. Discute-se, também, a flexibilização dos requisitos para a conversão de união estável em casamento, e a conseqüente (in)segurança jurídica que essas mudanças trazem para os envolvidos e para a sociedade em geral. Para tanto, analisam-se casos emblemáticos decididos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo STJ.

A introdução de novas leis, como a Lei nº 14.382/2022, e regulamentações administrativas que buscam flexibilizar e facilitar a conversão da união estável em casamento, suscitam debates sobre a necessidade de proteção jurídica versus a promoção de insegurança jurídica. Em última análise, o texto visa explorar a complexa relação entre as duas formas de união e as implicações dessa equiparação, oferecendo uma análise crítica sobre a adequação das normas vigentes à realidade social contemporânea.

Por todo o estudo jurisprudencial e doutrinário que será feito, adotando a metodologia de análise bibliográfica, o presente ensaio se insere na crítica ao cenário atual da união estável, em que falta segurança jurídica à forma como o instituto vem sendo aplicado. Em um primeiro tópico, apresenta-se o tema, de forma propedêutica e histórica, desenvolvendo-se a sua conceituação/aplicação desde antes do Código Civil de 1916 (CC/16) até o Código Civil de 2002 (CC/02). Adiante, será feita a análise de casos concretos e julgados, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e que são correlatos com a crítica a ser feita.

2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVO-JURISPRUDENCIAL DA UNIÃO ESTÁVEL

A exaltação da importância do casamento¹ está muito ligada à premissa patriarcal de sociedade, marca histórica do Brasil. Como decorrência dessa conjuntura, as uniões estáveis – faticamente, sempre existentes – demoraram a ser chanceladas e regulamentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Até o advento da República em 1889, o instituto de união interpessoal que reconhecia direitos patrimoniais era somente o casamento religioso cristão. Sendo assim, por mais de 300 anos os não católicos que viviam em terras brasileiras foram excluídos do acesso ao matrimônio e aos direitos correlatos.

Com a Proclamação da República, os laços entre o Estado e a Igreja Católica mantiveram-se fortes, mas houve a regulamentação do casamento civil. Surgido com o Decreto nº 181/1890 e ratificado pela Constituição de 1891, o casamento se manteve como a única forma de constituição de família.

Dias² contextualiza o período da seguinte forma:

Quando da edição do Código Civil de 1916, havia um único modo de constituição de família: pelo casamento. A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. A influência religiosa persistiu. Somente era reconhecida a família unida pelos “sagrados laços do matrimônio” por ser considerado um sacramento: sagrado em sua origem. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência

1 Por casamento, termo utilizado neste artigo, entende-se o vínculo estabelecido entre duas pessoas. Importante diferenciá-lo de matrimônio, que é um dos sacramentos da Igreja Católica. Por todos, Cf. ALVES; AMORIM, 2021, p. 392-409.

2 DIAS, 2022, p. 486.

do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, via de consequência, impedia novo casamento.

Em um primeiro momento, o leitor pode imaginar que as relações interpessoais à época somente se davam por meio do casamento – civil ou religioso –, o que não é verdade. As relações de união estável existem “desde que o mundo é mundo”, o que não existia era a sua regulamentação, seja legislativa ou jurisprudencial. A inexistência não era fática, mas jurídica.

A estrutura patriarcal manteve presente todo esse período, inclusive durante a vigência do Código Civil de 1916 (CC/16). O princípio da monogamia encontrava-se imbricado em toda a normativa, o que ficou evidenciado com a tipificação penal da conduta de bigamia³. A despeito de continuarem existindo, as relações extramatrimoniais eram taxadas de forma pejorativa, sendo alvo de repúdio social, legal e judicial⁴.

A doutrina passa a diferenciar as relações de concubinato em próprios/puros ou impróprios/impuros. Tal construção é uma forma de diferenciar situações distintas, as quais deveria ser dado, ou não, direitos aos envolvidos. Nesse sentido, vale colacionar o seguinte trecho de Dias⁵ que explicita tal diferenciação:

[...] passou-se a distinguir o concubinato puro, quando não existia impedimento para as pessoas se casarem, e o concubinato impuro, vínculo mantido entre as pessoas impedidas de se casar. A jurisprudência acabou cunhando a expressão companheiro para identificar os concubinatos puros, que passaram a receber aceitação no meio social. A palavra concubinato continuou identificando os amores mantidos fora do casamento. Vínculos clandestinos sem reconhecimento de qualquer direito.

Pedrotti acrescenta a expressão do concubinato livre, também utilizado para referir-se às situações de pessoas que não se encontram impedidas para o casamento, quando haveria qualquer obstáculo matrimonial⁶. Também vale destacar a classificação de Santos⁷ sobre a temática:

[...] divide-se o concubinato em duas espécies, natural e o espúrio. Natural é o concubinato entre pessoas desimpedidas para o casamento, e espúrio é

3 Art. 235 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento [...])

4 “As expressões para identificar a concomitância de entidades familiares são muitas, todas pejorativas. O concubinato chamado de adúlterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinação, é alvo do repúdio social, legal e judicial. Mas nem assim essas uniões deixam de existir, e em larga escala. No entanto, não lhes outorga quaisquer direitos, o que atenta contra a dignidade dos partícipes e dos filhos porventura existentes.” (DIAS, 2022, p. 664).

5 DIAS, 2022, p. 470.

6 PEDROTTI, 1997, p. 3.

7 SANTOS, 1996, p. 10.

aquele em que ambos os concubinos ou apenas um deles está impossibilitado legalmente de contrair matrimônio, podendo ser adúlterino ou incestuoso.

O CC/16, a despeito de não ter regulamentado as uniões estáveis, traz algumas passagens sobre o concubinato, mais ligadas à proteção do patrimônio e das mulheres casadas em detrimento das concubinas. Imperioso destacar a normativa:

Art. 248 do CC/16 - A mulher casada pode livremente:

IV. Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina.

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, ns. I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I. Se o tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai.

Art. 1.719. Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários:

III. a concubina do testador casado.

Partindo desse paradigma do CC/16 – de inexistência de direitos aos concubinatos e de falta de regulamentação dessas uniões –, houve a necessidade de regulamentação da temática, que se deu como um processo histórico de flexibilização das amarras morais e jurídicas. Foram os Tribunais Superiores, a partir de casos concretos, que inicialmente reconheceram direitos às relações não matrimoniais.

Destacam-se alguns julgados a seguir:

Recurso extraordinário. Matéria de prova. Sociedade de fato. Concubinato. Não é caso de recurso extraordinário, quando a justiça local, limitando-se à apreciação da prova, decidiu pela inexistência de uma sociedade de fato. O concubinato, por si só, não atribui a qualidade de sócio ou meeiro na formação da economia doméstica⁸.

Concubino, viúvo, fez transferir aparelho telefônico para a casa de sua companheira. Falecido, sucessores, pretenderam desfazer a transferência; não obtiveram êxito na via judicial. Tratar-se-ia de liberalidade não viciada⁹.

Por volta de 1960, houve significativa mudança no entendimento jurisprudencial, reconhecendo-se direitos patrimoniais às relações advindas de concubinato. Foram editados alguns verbetes de Súmulas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), destacando-se os mencionados a seguir:

Enunciado da Súmula nº 35 do STF – Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o casamento.

8 BRASIL, 1946.

9 PRUNES, 1976, p. 39; p. 255-257.

Enunciado da Súmula nº 380 do STF – Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Há, ainda, o verbete 382 de Súmula do STF, que dispensa a coabitação como requisito indispensável para a caracterização do concubinato¹⁰. A *ratio* desse julgado está ligada à legitimidade dos chamados “filhos ilegítimos” para a propositura de ação de reconhecimento de filiação. No caso do art. 363, I, do CC/16, os filhos teriam legitimidade “se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai”, e para tal relação de concubinato, o STF entendeu que não haveria a obrigatoriedade da coabitação. Sendo assim, os chamados “filhos ilegítimos”, mesmo aqueles em que a mãe concubina não coabitava com o pretenso pai, poderiam ajuizar a ação de reconhecimento de filiação.

Atualmente, esse é o fundamento jurisprudencial dominante nos casos envolvendo coabitação e união estável, mas a *ratio* por detrás do verbete não contempla tais situações. À época desse julgado, o contexto – social, legal e jurisprudencial – era totalmente diferente, não havendo se quer a regulamentação das uniões estáveis.

A evolução no reconhecimento de direitos, especialmente patrimoniais, às relações de concubinato pode ser creditada à Lei nº 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada. Tal normativa regulamentou alguns direitos de mulheres casadas, dando margem de liberdade à jurisprudência para a proteção de algumas situações no concubinato. As decisões a seguir são exemplificativas:

CONCUBINATO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS AO AMASIO QUE NÃO ERA CASADO. INDENIZAÇÃO. AÇÃO CONTRA O ESPÓLIO JULGADA PROCEDENTE. JURISPRUDÊNCIA SUPERADA.¹¹

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCUBINATO. AÇÃO DA COMPANHHEIRA, CONTRA ESPÓLIO DO CONCUBINO, QUE NÃO DEIXOU DESCENDENTES, SENDO O PATRIMÔNIO CONSTITUÍDO POR UM SÓ IMÓVEL, ONDE RESIDIA O CASAL. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE. METADE DO IMÓVEL DEFERIDA, PORQUE RECONHECIDA A SOCIEDADE DE FATO. AS DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS ASSEGURARAM A CONCUBINA, TAMBÉM, A OUTRA METADE, A TÍTULO DE SERVIÇOS PRESTADOS.¹²

A jurisprudência passou a reconhecer a legitimidade da concubina para a declaração de convivência, assim como a partilha de alguns bens na vigência da relação, desde que ambos tivessem contribuído para a formação

10 Súmula 382 do STF – A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável para a caracterização do concubinato.

11 BRASIL, 1962.

12 BRASIL, 1988.

do patrimônio. Em alguns casos, houve a fixação de indenização por serviços prestados. Sedimentou-se, então, que o concubinato não produzia efeitos patrimoniais automáticos, dependendo necessariamente da prova de existência do relacionamento e do esforço comum¹³.

A despeito da evolução jurisprudencial no reconhecimento de direitos patrimoniais ao concubinato, os vínculos matrimoniais ainda não haviam sido reconhecidos. Toda a relação se fundava no campo obrigacional, não havendo que se falar em Direito de Família. Segundo Dias, tratavam-se tais relações como sociedades de fato¹⁴, o que são, na realidade, sociedades de afeto¹⁵.

Com o passar dos anos, a legislação brasileira foi se adequando à realidade, consolidando direitos aos concubinos/companheiros e se moldando ao que vinha decidido pela jurisprudência, especialmente o STF¹⁶. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi paradigmática, especialmente ao reconhecer a união estável como entidade familiar¹⁷. Findou-se, então, o período de “cegueira legislativa” na temática dessas relações, como bem expõe Hironaka¹⁸:

[...] Que o direito não permaneça alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes, às mudanças sociais importantes que, sem dúvida, têm se multiplicado na história das famílias. Cerrar os olhos, talvez seja mais um dos inúmeros momentos de hipocrisia que a sociedade, o Legislativo e o Judiciário têm deixado, às vezes, acontece, numa era em que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves.

O instituto da união estável, até então ligado ao direito obrigacional, é considerado entidade familiar, amparada pela proteção estatal inerente a tal campo. A necessidade de regulamentação e de proteção dessas relações é questionada no tópico final, mas não se pode negar a importância de tal previsão constitucional, especialmente pela aceitação social e proteção dos envolvidos.

A literalidade da norma constitucional trouxe discussões jurídicas e insegurança quanto à aplicação/caracterização do instituto da união estável. Destaca-se o entendimento do STF pela aplicação prospectiva (*ex nunc*) da previsão:

13 RIZZARDO, 1985, p. 163.

14 Cf. BRASIL, 1972.

15 DIAS, 2022, p. 667.

16 Destaca-se: Lei n.º 4.297/1963, com possibilidade de a companheira ser o beneficiário de pensão para ex-combatente; Lei n.º 4.862/1965 e Lei n.º 4.242/1963, instituindo a possibilidade de o companheiro ser beneficiário de provento; Decreto n.º 72.771/1973, com diversas previsões sobre o companheiro na Previdência Social; Decreto-Lei n.º 1.493/1976, regulamentou a possibilidade de o companheiro ser dependente na Receita Federal; Lei n.º 8.213/1991 e Decreto n.º 357/1991, em que o companheiro passa a ser opção de beneficiário da Previdência Social.

17 Art. 226, §3º, da CF/88 – Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

18 HIRONAKA, 2019, p. 27-97; p. 92.

EMENTA: *Concubinato*. Pretensão de aplicação do disposto no artigo 226, § 3o, da Constituição Federal. - Os dispositivos constitucionais, quando auto-aplicáveis, exceto se expressamente determinarem que as suas normas alcançam os fatos consumados no passado (retroatividade máxima), só se aplicam para o futuro, podendo, nesse caso, ter eficácia retroativa mínima, por alcançarem também os efeitos, que se produzem posteriormente à promulgação da Constituição, embora decorrentes de fatos ocorridos anteriormente a ela, mas que persistem como causa produtora desses efeitos. No caso, tendo o *concubinato* em causa terminado antes da promulgação da atual Carta Magna, não poderia ele ser alcançado pelo preceito - ainda que se pretendesse ser ele auto-aplicável - do § 3o do artigo 226 desta que criou um instituto jurídico novo e que não dispôs fosse aplicado aos *concubinatos* já findos. Recurso extraordinário não conhecido.¹⁹

Algumas leis foram editadas para regulamentar a temática, que é bastante ampla e possui diversas nuances, não sendo passível de regulação por apenas um parágrafo da Constituição Federal. Destaca-se a Lei nº 8.971/1994, que dispôs sobre o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão; assim como a Lei nº 9.278/96, a qual regulamentou por completo a temática. Essa última teve grande impacto no processo legislativo do Código Civil de 2002 (CC/02), com algumas de suas disposições sendo replicadas no diploma civilista.

É importante mencionar que o Projeto de Lei original do CC/02 não previa a união estável, que foi introduzido após a previsão constitucional do instituto²⁰. Da forma como é prevista no CC/02, a união estável é a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família²¹.

Há, então, requisitos objetivos para a sua configuração – uma relação pública, contínua e duradoura –, critérios que serão examinados caso a caso, mas que são mais facilmente deduzíveis por um terceiro. Até mesmo esses critérios dito objetivos podem ser difíceis de aferição, o que dificulta e sobreleva o papel da jurisprudência nesses casos.

O critério subjetivo, também chamado de anímico, é a intenção de constituição de família, que é de difícil constatação e é dele que surgem as principais controvérsias, especialmente analisadas nos próximos tópicos. Como forma de conceituação desse elemento, vale colacionar o seguinte trecho de Veloso²²:

[...] O pressuposto subjetivo, a convicção de que se está constituindo uma família, vivendo numa entidade familiar, deve ser comum aos conviventes. Se apenas um deles entende assim, ou só um está convicto disso, o elemento não está cumprido, pois não pode ser unilateral. Mas, como se trata de pressupos-

19 BRASIL, 1998.

20 BRASIL, 2022.

21 Art. 1.723 do CC/02.

22 VELOSO, 2022.

to interno, anímico, psicológico, é de verificação tormentosa, intrincada, e de difícilíssima comprovação.

Assim como acontece com o próprio instituto do casamento, o conceito de união estável e/ou concubinato é variável de acordo com o contexto histórico e/ou sociológico estudado. Por isso, é importante apresentar essa evolução do instituto, como forma de introduzir e preparar a discussão vindoura. Do ponto de vista fático, essas relações sempre existiram, mas, no campo do Direito, saíram de um cenário de “inexistência” para um de insegurança jurídica, nos moldes que serão trabalhados.

3. UNIÃO ESTÁVEL *VERSUS* NAMORO QUALIFICADO: POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A partir de casos concretos, alguns julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e um que foi amplamente noticiado, desenvolve-se o presente tópico, com o intuito de fundamentar e embasar a crítica pela falta de segurança jurídica na atual aplicação/regulamentação da união estável.

No primeiro subtópico, a pergunta que fica é: do seu ponto de vista, qual dos dois casos concretos é mais semelhante ao que você entende como união estável? A partir dessa inquietação, constrói-se o raciocínio que fundamenta a crítica da dificuldade de caracterização do que é união estável na atualidade, tendo em vista o casuísmo na interpretação dos seus requisitos.

Em um segundo momento, apresenta-se um caso amplamente noticiado nos últimos meses, em que se divulgou o “casamento” de um famoso jogador de futebol. A partir da análise do caso, discute-se a equiparação da união estável ao casamento em diversos pontos, o que é tormentoso do ponto de vista da segurança jurídica. Nesse mesmo sentido, serão discutidas as mudanças legislativas visando à facilitação da conversão de união estável em casamento.

Antes de iniciar a apresentação dos casos concretos, a pergunta central para a análise de ambos é: qual das situações é mais semelhante ao que se entende como união estável? A partir da construção – legislativa, doutrinária e jurisprudencial – feita no primeiro tópico, se o leitor tivesse que escolher apenas um, qual dos casos seria classificado como uma união estável?

O primeiro é um julgado do STJ – Recurso Especial (REsp) nº 1.974.218-AL –, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que se entendeu pelo reconhecimento da união estável, a despeito da violação dos deveres de fidelidade e lealdade. De forma didática, optou-se por apresentar os casos em seu contexto fático, com detalhes concretos, para, ao final, tecer considerações sobre as questões jurídicas envolvidas.

A situação envolvia Severino²³, mais conhecido como “Severino Bananeira”, empresário do ramo da agropecuária e transportes, uma espécie de “rei das Alagoas”²⁴, seu estado natal. No ano de 2007, Severino morreu, deixando 23 filhos, oriundos de relacionamentos com 9 mulheres diferentes. Juridicamente casado, mas em situação de separação de fato, Severino tinha todas essas relações de forma concomitante. Em determinadas épocas, alguns de seus filhos nasceram em períodos próximos, com mulheres grávidas simultaneamente. Além disso, também adotou alguns filhos, inclusive com Lúcia, que foi quem buscou o reconhecimento da união estável no caso concreto.

Lúcia alegou que viveu em união estável por mais de 20 anos, desde 1980, e que era notória a separação de fato de Severino, não havendo impedimento legal para a convivência. Tiveram um filho e iniciaram a adoção de outros dois. Lúcia alega que as outros relacionamentos eram apenas “casos amorosos”, “relacionamentos extraconjugais”, “relacionamentos concomitantes”, em que não havia qualquer intenção de constituir família, ao contrário do seu.

É importante ressaltar que somente no período da alegada união estável com Lúcia, Severino teve 18 filhos com 7 mulheres diferentes. Com relação à esposa de Severino, de quem era separado de fato, eles tiveram 11 filhos e ela também discutia a questão no STJ, alegando que não poderia haver a caracterização de união estável enquanto havia um casamento existente e válido, uma vez que o direito brasileiro consagra o princípio da monogamia. Tal argumento não foi acolhido pelo STJ, havendo jurisprudência consolidada de que podem coexistir casamento e união estável, desde que o convivente casado esteja separado de fato, o que era o caso²⁵.

Contudo, o debate é outro: houve, de fato, o preenchimento dos requisitos para a configuração da união estável entre Lúcia e Severino? Independente do entendimento do STJ sobre a aplicação dos deveres de fidelidade/lealdade às uniões estáveis, o relacionamento foi público, contínuo, duradouro, estável e com o intuito de constituir família? Mais do que isso, existem parâmetros de ordem objetiva para tal análise ou, tão somente, de ordem subjetiva? Há algo que pode/deve ser feito para evitar julgamentos casuísticos, evitando-se, assim, um cenário de insegurança jurídica?

O STJ decidiu, de forma colegiada, pelo reconhecimento da união estável entre Lúcia e Severino, entendendo que os deveres de fidelidade/lealdade não seriam requisitos imprescindíveis para a caracterização da relação convivencial. É imperioso colacionar alguns trechos do acórdão em comento:

23 Optou-se por não trazer o nome completo, com prenome e sobrenome, para fins de preservação, mesmo que mínima, da identidade dos envolvidos.

24 Informação retirada do vídeo da sessão do Youtube, do voto da Min. Nancy Andrighi. (<https://www.youtube.com/watch?v=EvGcRfYH3ZI>)

25 Cf. BRASIL, 2022; 2020.

4 - A lealdade ao convivente não é um elemento necessário à caracterização da união estável, mas, ao revés, um valor jurídico tutelado pelo ordenamento que o erige ao *status* de dever que decorre da relação por eles entabulada, isto é, a ser observado após a sua caracterização.

5 - Se o descumprimento dos deveres de lealdade ou de fidelidade não necessariamente implicam em ruptura do vínculo conjugal ou convivencial, justamente porque está na esfera das partes de liberar sobre esse aspecto da relação, *a fortiori* somente se pode concluir que a pré-existência ou observância desses deveres também não é elemento essencial para a concretização do casamento ou da união estável.

6 – Dados que os deveres de fidelidade e de lealdade são bastante abrangentes e indeterminados, exige-se que a sua exata conformação a partir da realidade que vier a ser estipulada por cada casal, a quem caberá, soberanamente, definir exatamente o que pode, ou não, ser considerado um ato infiel ou desleal no contexto de sua específica relação afetiva, estável e duradoura.

7 – Na hipótese, conquanto tenham sido numerosas as relações extraconjugais mantidas por um dos conviventes na constância do seu vínculo estável, da qual resultou prole igualmente extensa (23 filhos), ficou demonstrado, a partir de robustos e variados elementos de fato e de prova, a existência da união estável entre as partes desde dezembro de 1980 até a data do falecimento de um dos conviventes e que as relações extraconjugais por um deles mantidas com terceiros foram eventuais e sem o propósito de constituição de relação estável e duradoura.

O voto da relatora Ministra Nancy Andrighi menciona que os deveres de fidelidade e lealdade são relevantes para impedir eventual infringência ao princípio da monogamia, não havendo como reconhecer mais de uma relação estável e duradoura de forma simultânea. Contudo, no caso em tela, entendeu-se que as relações mantidas concomitantemente não tinham tal caráter, uma vez que uma era estável/duradoura – a de Lúcia e Severino –, ao revés das demais, que eram eventuais, não estáveis, não duradouras.

Diante da jurisprudência consolidada do STJ pela impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório em recursos especiais²⁶, como compreender a qualificação/valoração dada às relações afetivas de Severino? Como o STJ, em seu âmbito de atuação, poderia ter qualificado a relação de Lúcia e Severino como estável, duradoura e com intuito de constituir família? E o que diferenciou tal relação das demais? Vale lembrar que, somente no período da suposta união com Lúcia, Severino teve filhos com outras 8 mulheres.

A situação fica ainda mais conflituosa ao se analisar o Recurso Especial nº 1.477.320/AL, em que Maria, uma das outras mulheres a ter relacionamento com Severino, também postula o reconhecimento da união estável. Segundo alegado, a relação teria perdurado por mais de 20 anos, com todos os caracteres de união estável, e, conforme restou comprovado, tiveram 3 filhos juntos.

26 Súmula 07 do STJ – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

De maneira inversa ao caso anterior, o STJ entendeu que não havia união estável, uma vez que não estiveram presentes seus requisitos. Para elucidar a questão, vale trazer trechos do julgado²⁷:

[...] Analisado os autos, verifica-se que, de fato, a autora/apelante teve três filhos com o Sr. S. J. Da S. e que existiu um relacionamento amoroso entre os dois. Entretanto, é **incontroverso o fato de que este relacionamento não era exclusivo e que de modo concomitante, o falecido mantinha vínculos com outras mulheres, com as quais, também teve filhos**. Assim, a questão posta sob análise reside no exame acerca da natureza do vínculo que existia entre a apelante e o de cujus.

O fato é que não há evidência de que esta relação continha os requisitos para caracterização da união estável, isso porque a existência de filhos em comum advindos desta relação não é, por si só, suficiente à caracterização do vínculo. Até mesmo porque, de forma peculiar, o falecido mantinha uma grande quantidade de relacionamentos amorosos concomitantes, tendo mais de uma dezena de filhos, de mulheres diferentes.

É possível identificar, assim, que a união estável nasce da convivência. O que se exigem, segundo Maria Berenice Dias, é a efetiva convivência *more uxório*, com caracteres de união familiar, **por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum** entre os assim compromissados.
[...]

No caso, vê-se claramente que não restam preenchidos os requisitos para o reconhecimento da união estável, pois o senhor Severino e a apelante não mantinham relacionamento com o intuito de constituição de família. Isso porque o de cujus mantinha ao mesmo tempo diversas relações amorosas, algumas duradouras.

O conjunto probatório contido nos autos demonstra que o falecido mantinha, portanto, uma relação de concubinato com a apelada.

São julgados díspares em situações com grandes semelhanças: ambas relações perduraram por mais de 20 anos; adveio prole em ambos os casos; nenhuma das duas mulheres vivia com exclusividade com Severino, que mantinha diversas outras relações. Inclusive, se o critério fosse o número de filhos, Maria teve mais filhos com Severino do que Lúcia – três *versus* um. Por outro lado, a relação de Lúcia foi mais longa, ressaltando que o critério temporal não foi o motivo pelo qual restou reconhecida a sua união estável. Qual foi, então, a diferença entre esses relacionamentos? O que fez Lúcia ser reconhecida como companheira de Severino?

Prevaleceu, no caso concreto, o conjunto fático-probatório das instâncias inferiores. Em determinado momento da instrução processual, Severino afirmou que “Lúcia era a sua companheira de vida”, que teriam vivido juntos desde

27 BRASIL, 2019.

a sua separação de fato e concordou/aceitou o seu reconhecimento como companheira. Por esse motivo, o acórdão do STJ entendeu que as demais relações seriam instáveis, não duradouras, meros “casos amorosos passageiros”. Não haveria que se falar em uniões estáveis concomitantes, visto que somente a relação com Lúcia preenchia os requisitos legais.

É importante ressaltar que a decisão do STJ foi destoante do Tribunal de origem. Em 2ª instância, entendeu-se pela não caracterização da união estável, nos seguintes termos:

No caso, vê-se claramente que não restam preenchidos os requisitos para o reconhecimento da união estável, pois o senhor Severino José da Silva e a senhora Lúcia Maria Lira de Almeida/apelada não mantinham relacionamento com o intuito de constituição de família. Isso porque o de cujus mantinha ao mesmo tempo diversas relações amorosas, algumas duradouras. O conjunto probatório contido nos autos demonstra que o falecido mantinha uma relação de concubinato com a apelada.

[...]

Depreende-se, portanto, que a relação entre o de cujus e a apelada era de concubinato impuro, apesar de ter mantido uma relação com a apelada, de onde adveio um filho em comum. Todavia, impede ressaltar que a existência de filho em comum não é pressuposto de reconhecimento de união estável, nos moldes da legislação pátria, como visto alhures, **especialmente quando se mantém diversas relações extraconjugais, às quais não se pode reconhecer união estável, pois incontestemente a natureza do concubinato.**

O STJ alegou que houve nova capitulação/interpretação jurídica dos elementos probatórios construídos na instrução processual, não havendo violação à jurisprudência da Corte. Será, mesmo, que não houve reexame de prova no caso em tela? O STJ estaria apto a considerar um relacionamento como união estável – contínuo, duradouro e com intenção de constituir família – em detrimento de outros concomitantes?

A análise dos julgados nos mostra que a caracterização da união estável é bastante casuística, não havendo critérios objetivos para a sua aferição. Em situações simultâneas envolvendo uma mesma pessoa, o resultado dos julgamentos foi diverso, o que evidencia o casuísmo e subjetivismo.

Vale ressaltar que Severino ainda tinha relações/filhos com outras mulheres, que, até o momento, não buscaram o reconhecimento de qualquer união estável. Como ficaria a situação caso todas buscassem o Judiciário? E se alguma outra obtivesse procedência em eventual ação de reconhecimento? Como o caso seria solucionado à luz da jurisprudência consolidada?

O outro caso é o Recurso Especial nº 1.454.643/RJ²⁸, de um homem e mulher que tinham uma relação amorosa e viveram sob o mesmo teto: em um primeiro momento, na Polônia, de janeiro de 2004 até meados de 2005; e de

28 BRASIL, 2015b.

julho de 2005 até o fim do relacionamento, no Rio de Janeiro/RJ. No mês de setembro de 2006, casaram-se. Durante todo o período anterior ao casamento, “moraram juntos”, com relacionamento público, estável, contínuo e duradouro. Em 2009, a relação findou-se e a mulher buscou o reconhecimento/dissolução da união estável, cumulada com partilha de bens, pelo período compreendido antes do casamento (de fevereiro de 2004 até setembro de 2006). Mais uma vez, a pergunta central foi: restaram configurados os elementos caracterizadores da união estável?

Para se ter um panorama geral da situação narrada, segue trecho do acórdão do STJ:

Para tanto, a autora noticiou, em suma, que, após um ano de namoro com o requerido, este, a trabalho, mudou-se para a cidade de Varsóvia, na Polônia (agosto de 2003). Aduziu a demandante que, em janeiro de 2004, após concluir a faculdade de psicologia, também foi para a Polônia, a fim de concretizar o propósito, por ambos manifestado, de constituir família. Afirmou a demandante que, em outubro de 2004, o requerido externou a intenção de casar, formalizando, assim, a união que já viviam. Segundo alegado, em janeiro de 2005, durante o período de férias, o casal veio ao Brasil para visitar os familiares, hospedando-se na casa dos pais da autora, ocasião em que adquiriu o imóvel, ainda em construção, situado na Rua Gilberto Amado, n. 951, apt. 202, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. Narrou a autora, ainda, que, em julho de 2005, o contrato de trabalho do requerido foi encerrado e o casal, um mês depois, retornou ao Brasil, vindo a residir, num primeiro momento, na casa do tio do réu, e, após a entrega do apartamento (novembro de 2005), no imóvel adquirido. De acordo com a narrativa, em setembro de 2006, “após mais de dois anos de convivência, o casal converteu a união estável em casamento, [...], o que corrobora a intenção que tinham de constituir família durante todo o período que conviveram”. Por fim, noticia que, a partir de dezembro de 2007, a relação do casal passou a deteriorar-se, culminando com a separação de fato do casal em setembro de 2008. (e-STJ, fls. 3-13).

A narrativa acima é da parte que alega ter vivido em união estável. Doutro lado, o requerido afirma que não se tratava de união estável, mas tão somente de um namoro. Afirmo que recebeu a proposta de trabalho na Polônia e mudou-se sozinho, tendo sido acompanhado alguns meses depois, porque a dita namorada decidiu estudar a língua inglesa no país e, posteriormente, iniciou um mestrado em universidade local. Vale colacionar o seguinte trecho dos seus argumentos:

[...] Aduziu, em suma, que, a despeito de namorar com a requerente na ocasião em que recebeu o convite de trabalho na Polônia, para lá seguiu sozinho, em agosto de 2003. Alegou que, somente no ano seguinte a autora foi para o mencionado país, com passagens de ida e volta compradas, tendo por objetivo estudar a língua inglesa. Afirmou, outrossim, que a demandante apenas não retornou para o Brasil porque conseguiu cursar um mestrado. Nesse contexto, sustentou que o relacionamento então mantido, sob a mesma residência, era de simples namoro, circunstância absolutamente comum nos tempos

atuais que, por si só, não tem o condão de configurar uma entidade familiar. [...] Consignou, por mim, que a autora e o réu, antes do casamento (setembro de 2006), nunca ostentaram socialmente o *status* de entidade familiar [...]. (grifos nosso)

O STJ, em decisão colegiada, entendeu que a relação não teve os requisitos caracterizadores da união estável, tratando-se, na verdade, de um “namoro qualificado”. Para os julgadores, a intenção de constituir família – requisito subjetivo da união estável – tem de ser verificada no “momento presente, e não para o futuro”, ou seja, o fato de o casal ter se casado depois demonstra que a intenção de constituição de família estar-se-ia configurada no futuro e não no período pretendido pela autora, quando se tratava, na verdade, de namoro.

Imperioso ressaltar os seguintes trechos do julgado:

2. Não se denota, a partir dos fundamentos adotados, ao final, pelo Tribunal de origem (por ocasião do julgamento dos embargos infringentes), **qualquer elemento que evidencie, no período anterior ao casamento, a constituição de uma família**, na acepção jurídica da palavra, em que há, necessariamente, o compartilhamento de vidas e de esforços, com integral e irrestrito apoio moral e material entre os conviventes. A só projeção da formação de uma família, os relatos das expectativas da vida no exterior com o namorado, a coabitação, ocasionada, ressalta-se, pela contingência e interesses particulares de cada qual, tal como esboçado pelas instâncias ordinárias, afiguram-se insuficientes à verificação da *affectio maritalis* e, por conseguinte, da configuração da união estável.

2.1 **O propósito de constituir família**, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - **a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado “namoro qualificado” - , não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família.** É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

[...]

3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento **projetaram para o futuro – e não para o presente –, o propósito de constituir uma entidade familiar**, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento.

Tal diferenciação entre a união estável e os chamados “namoros qualificados” é bastante tênue, cabendo questionar: é correto, sob o prisma da segurança jurídica, que tal análise seja tão casuística? Não seria correto estabelecer parâmetros objetivos para tal aferição? Se sim, quais seriam esses paradigmas?

Outro caso bastante emblemático envolvendo essa temática é o da modelo Luiza Brunet e o empresário Lirio Parisotto, brasileiro listado na lista *Forbes* com patrimônio estimado de 2,3 bilhões de dólares²⁹. Os tiveram um relacionamento entre 2012 e 2015, e, após o término, a mulher buscou o reconhecimento judicial da união estável, com partilha de bens e fixação de alimentos³⁰. O empresário defendeu-se alegando que a relação deles era de namoro, sem a presença dos requisitos caracterizadores da união estável.

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela caracterização do relacionamento como namoro, não havendo que se falar em entidade familiar e, conseqüentemente, sem qualquer tipo de partilha patrimonial ou fixação de alimentos. Vale colacionar alguns trechos desse acórdão³¹:

Desta forma, para o reconhecimento da união estável se mostra indispensável que o **relacionamento se revista de estabilidade**, ou seja, que haja aparência de casamento consistente em uma **convivência pública, notória, duradoura, apresentando sinais evidentes e indubitáveis de relacionamento familiar, notoriedade de afeições recíprocas e uso comum do patrimônio, hipóteses estas não configuradas nos autos**, já que analisando-se o extenso conjunto probatório produzido nos autos, não é possível realmente reconhecer que a relação havida entre as partes tenha caracterizado união estável.

[...]

A convivência *more uxório* deve ser notória, ou seja, os conviventes deverão tratar-se como marido e mulher socialmente, relevando a intenção de constituir família, o que implica em uma comunhão de vida e de interesses, mesmo que inexistam prole comum. E, na espécie, em que pese tenha sido comprovado o namoro entre as partes, não houve a comprovação da intenção de constituição de família e de esforço comum material para a aquisição de bens.

Denota-se, então, que um dos argumentos principais para a não caracterização da união estável foi a falta de estabilidade do relacionamento, uma vez que, a despeito de ser público/duradouro, teve reiteradas “idas e vindas”, sendo bastante conturbado. Essa estabilidade que falta ao caso é a mesma que foi reconhecida como existente no relacionamento entre Severino e Lúcia, mesmo diante de tantos outros “romances” e filhos do referido.

Para grande parte das pessoas, a configuração da união estável ainda está ligada à coabitação, o que já foi rechaçado pela jurisprudência, conforme

29 LIRIO, 2024.

30 “[...] A requerente afirma que começou a namorar com o réu em 2011 e, em maio/2012, decidiram transformar o simples namoro em união estável, passando a conviver intensamente durante 4 anos, trocando confidências, alegrias e angústias, participando juntos de compromissos sociais e profissionais de ambos, havendo pedido de casamento, viagem de lua de mel e cuidados com os filhos um outro. [...] Insiste que a primeira notícia que se tem de rompimento entre as partes data de outubro/2015, de maneira que pode-se dizer que de maio/2012 a pelo menos tal ocasião as partes mantiveram relacionamento contínuo sem interrupções, sendo que o recorrido mudou sua tese defensiva ao final do processo, buscando provar que era um grande namorado.”

31 SÃO PAULO, 2020.

mencionado acima. Tal elemento, a despeito de não ser um requisito obrigatório, deve ser analisado em conjunto com todo o caso. Na relação da modelo Luiza Brunet, valorou-se negativamente o fato de não coabitarem³², enquanto no caso do casal que viveu junto na Polônia, a coabitação não fez qualquer diferença na caracterização da união estável³³.

Como explicitado acima, a *ratio* por trás do verbete 382 de Súmula do STF foi deturpada ao longo dos anos, utilizando-se da jurisprudência para quaisquer situações envolvendo a união estável, quando, na realidade, foi editada para as situações de investigação de paternidade, com campo de incidência bem mais reduzido. Partindo desse pressuposto, defende-se que o STJ deveria analisar a questão em sede de repercussão geral, definindo se a coabitação é ou não requisito para a configuração da união estável. É uma forma de revisitar/atualizar a súmula editada anteriormente pelo STF, identificando a *ratio* do julgamento com as situações que, de fato, ensejarão a sua aplicação, como forma de fomentar a segurança jurídica na aplicação do Direito.

É importante ressaltar que o STJ determinou a anulação do acórdão acima referido, entendendo que o Tribunal de origem – Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) – deixou de analisar questões essenciais nos embargos de declaração interposto em face da decisão colegiada de 2ª instância. Haverá, então, novo julgamento do caso em questão, conforme ficou assentado pelo STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. OFENSA AOS ARTS. 489, § 1º, I e IV, E 1.022, II, DO NCPC. CONFIGURAÇÃO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n.º 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Quando os temas suscitados nos embargos de declaração são relevantes ao deslinde da controvérsia e o Tribunal estadual não se pronuncia acerca de tais questões, imprescindível a anulação do acórdão para que outro seja proferido, ante a contrariedade aos arts. 489 e 1.022, ambos do NCPC.

32 “E, sob tal aspecto, causa estranheza que diversas vezes quando o réu ia para o Rio de Janeiro não ficava na casa da autora, mas sim em hotel (fls. 663/666), o mesmo ocorrendo com a autora quando vinha a São Paulo que, em algumas ocasiões, se hospedava no Hotel Emiliano.” (SÃO PAULO, 2020, p. 07-08)

33 “[...] 2.2. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social.” (BRASIL, 2015b)

3. Recurso especial parcialmente provido.³⁴

Portanto, o caso ainda está em aberto, a ser julgado novamente com o reexame do conjunto fático-probatório. Da análise jurisprudencial realizada no artigo, evidencia-se a importância de uma boa instrução processual, com o exitoso cumprimento do ônus probatório. Um exemplo de valoração da prova testemunhal é retirado do acórdão acima, oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que um depoimento é importante subsídio para a caracterização do relacionamento como namoro:-

[...] A folhas 2050/2054, depôs a última testemunha do réu, Sr. Manoel Carlos Marques, funcionário do restaurante Fasano, local frequentado pelas partes pelo menos uma vez ao mês. Afirmou que as pessoas viam as partes e, inicialmente, achavam que estavam ficando e, posteriormente, consideravam namoro. Muitas pessoas do meio social das partes segundo o depoente, inclusive amigos do réu que iam ao restaurante, comentavam que o relacionamento entre Luiza e Lírio se trava de namoro. Confirmou, outrossim, que participou da festa de aniversário de sessenta anos do réu cuidando dos vinhos e bebidas da festa, tendo observado que a autora teve participação como convidada e circulou naquela oportunidade como namorada do aniversariante. Disse a testemunha que quem coordenou as operações da festa foram as secretárias do réu. [...] Já nos encontros de confrarias, o depoente disse que raramente encontrava com a autora, todavia, o réu comentava com a testemunha sobre as rupturas do relacionamento e, por vezes, aparecia com outras namoradas ou mulheres que estava ficando.³⁵

Seria irresponsável e incorreto afirmar que tal depoimento foi a única fonte probatória, pelo contrário, o conjunto de provas é extenso e a requerente (a modelo Luiza Brunet), não conseguiu satisfazer o seu ônus de prova, segundo decidiu o TJSP³⁶. Contudo, foi dada uma sobrelevada importância ao depoimento da testemunha, muito em vista da dificuldade de caracterização e da falta de requisitos objetivos para se determinar o que é união estável. Será que uma testemunha – alheia ao relacionamento amoroso e funcionário de um famoso restaurante no qual o empresário bilionário é assíduo frequentador – seria capaz de determinar a natureza do relacionamento?

Faltam critérios objetivos para a definição do que é união estável, assim como para a caracterização dos seus requisitos. Faltam parâmetros para diferenciar-lhe dos chamados “namoros qualificados” ou, até mesmo, dos “namoros simples”. Buscando subsídios na doutrina, vale o destaque para o trecho de Maluf e Maluf:

34 BRASIL, 2022.

35 SÃO PAULO, 2020, p. 13.

36 “[...] Ademais, se realmente tivessem vivido em união estável durante o período de 05 anos seria fácil para a recorrente trazer aos autos outros indícios que demonstrassem tal circunstância, ônus, aliás, que lhe incumbia, como, por exemplo, contas bancárias e cartões de créditos conjuntos, existência de economia doméstica comum, entre outras.” (SÃO PAULO, 2020, p. 13).

[...] A doutrina divide o namoro simples e qualificado. O namoro simples é facilmente diferenciado da união estável, pois não possui sequer um de seus requisitos básicos. Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra, e por vezes até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado. Muito embora as semelhanças existentes entre ambos, o que os diferenciar é o objetivo precípuo de constituir família – presente na união estável e ausente no namoro qualificado³⁷.

Veloso menciona a importância do requisito da *affectio maritalis*, que seria a deliberação, vontade, propósito, compromisso pessoal e mútuo de constituir família³⁸. Segundo o autor, a presença ou não desse elemento deveria ser definida pelo juiz, diante das circunstâncias peculiares de caso concreto³⁹. Por outro lado, na linha pretendida por esse ensaio, questiona-se a insegurança jurídica ocasionada por essa aferição caso a caso, que dá margem a subjetivismos e questionamentos diversos.

A seguir, inicia-se o estudo das situações em que a união estável foi equiparada ao casamento, questionando-se tal direcionamento legislativo e jurisprudencial.

4. A “EQUIPARAÇÃO” AO CASAMENTO: PROTEÇÃO OU INSEGURANÇA, SOB O VIÉS JURISPRUDENCIAL?

Diversos canais de comunicação divulgaram notícias sobre o casamento de Adriano “Imperador”, famoso jogador de futebol, com carreira no futebol brasileiro, internacional e na seleção brasileira. O dito casamento teria sido com Micaela Mesquita, ocorrido no início de novembro de 2023. Em todas essas notícias, a foto é a mesma: o jogador e a “esposa”, felizes e posando com uma folha de papel em mãos⁴⁰.

Contudo, para a surpresa de todos, talvez até mesmo do jogador e “esposa”, não houve qualquer casamento. A análise detida e com *zoom* da

37 MALUF; MALUF, 2013, p. 371-374.

38 [...] E quanto a esses aspectos, ou elementos externos, objetivos, a situação pode se assemelhar – e muito – a uma união estável. Parece, mas não é! Pois falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento interior, anímico, subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de “namoro qualificado”, os namorados por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível que os antigos chamavam de *affectio maritalis*. Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo do tal namoro qualificado –, não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo.” (VELOSO, 2024).

39 VELOSO, 2024.

40 MARQUES, 2022; MARIDO..., 2022.

foto nos mostra que o papel ostenta os seguintes dizeres: “Escritura pública de reconhecimento de união estável”. Tal ato pode até parecer, especialmente nos dias de hoje, mas não é – ao menos, ainda – equiparado ao casamento.

Talvez pela facilidade da divulgação do fato, os canais de notícia optaram por tratar o fato como casamento ou, até mesmo, pela própria falta de conhecimento sobre a temática. Não se sabe se os envolvidos tinham consciência da natureza do ato, mas é certo que ambos noticiaram e trataram o fato em suas redes sociais como um casamento.

Tal situação não é, nem de longe, exclusividade do jogador Adriano e de sua companheira, uma vez que o número de pessoas em situação convivencial aumenta ano a ano, crescendo também as pessoas que deliberadamente optam por tal construção familiar em detrimento do casamento. Casar-se exige uma série de formalidades, iniciadas pelo procedimento de habilitação até o deslinde na celebração matrimonial, as quais são evitadas na união estável.

Com o crescimento dessas situações de união estável, a jurisprudência e a doutrina têm se deparado com problemas que tem uma raiz comum: determinado preceito legal/jurisprudencial que se aplica ao casamento também tem aplicação na união estável? Se o regime é o casamento, isso se aplica (ou não se aplica), mas como isso se dá na união estável?

Nesse sentido, o objetivo desse tópico é destacar algumas situações em que a resposta anterior é positiva, ou seja, em que há a equiparação do regime do casamento às situações de união estável. Em seguida, discute-se a flexibilização/facilitação dos requisitos para a conversão da união estável em casamento. Em ambos, discute-se o cenário de (in)segurança jurídica inerente ao contexto.

Vale iniciar o tópico pelo regime sucessório, em que o STF entendeu pela inconstitucionalidade do regime sucessório diferenciado ao companheiro, previsto no art. 1.790 do CC/02. Ficou sedimentado que as regras de sucessão deveriam ser as mesmas aplicáveis ao cônjuge, não havendo que se falar em diferenciação pela natureza da relação. Tais julgados foram os Temas 489⁴¹ e 809⁴², ambos do STF: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/02, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/02.”

Não é o objetivo do artigo esmiuçar os argumentos que ensejaram tais julgados, mas é importante destacar que um dos fundamentos principais foi a inexistência de diferença entre as entidades familiares. A ideia de hierarquização dos núcleos familiares – formados pelo casamento ou pela união estável – não seria compatível com a CF/88, devendo-se, então, aplicar o mesmo regime

41 BRASIL, 2019.

42 BRASIL, 2018.

sucessório, haja vista que o regime legal dos companheiros garantia menos direitos que os oriundos do casamento.

Apesar de importantes, tais julgados não foram perfeitos. Não houve qualquer menção sobre alguns temas: se o companheiro passaria a ser herdeiro necessário, equiparando-se ao cônjuge no art. 1.845 do CC/02⁴³; se o companheiro teria direito à quota mínima de $\frac{1}{4}$ (um quarto) em caso de concorrência com filhos comuns, previsto no art. 1.832 do CC/02⁴⁴; e se o companheiro faria jus ao direito real de habitação, regulamentado em favor do cônjuge⁴⁵.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) questionou tais omissões no julgado, por meio de embargos de declaração, os quais, infelizmente, foram conhecidos e não providos, decidindo-se que a decisão embargada não continha qualquer omissão. Sendo assim, o cenário que persiste é o de insegurança, uma vez que se sabe que o regime sucessório do companheiro deve ser equiparado ao cônjuge, mas não se tem clareza sobre o âmbito de abrangência/aplicação da jurisprudência.

Uma das principais controvérsias sobre a equiparação, ou não, do regime do casamento às uniões estáveis é a discussão sobre a imposição do regime legal do casamento às relações convivenciais. O texto legal determina que em alguns casos específicos seja obrigatória a fixação do regime de bens como o da separação obrigatória de bens, por isso conhecido como “regime da separação legal”. É o caso daqueles que se casam em inobservância de alguma das causas suspensivas para o casamento⁴⁶; de todos aqueles que dependem de suprimento judicial para se casar⁴⁷; e da pessoa maior de setenta anos⁴⁸.

Com relação às pessoas maiores de setenta anos, em específico, buscou-se consolidar a temática com o verbete 655 de Súmula do STJ, nos seguintes termos: “Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum.” Equiparou-se, então, o regime da união estável e do casamento para aqueles que se relacionam após setenta anos, o que privilegia jurisprudência anterior, que cabe ser mencionada:

“[...] DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXTAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258,

43 Art. 1.845 do CC/02 - São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

44 Art. 1.832 do CC/02 - Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

45 Art. 1.831 do CC/02 - Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

46 Art. 1.641, I, do CC/02.

47 Art. 1.641, III, do CC/02.

48 Art. 1.641, II, do CC/02.

II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. [...] Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, **impõe-se o regime da separação obrigatória de bens**. 2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.⁴⁹

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À DADA PELA LEI 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESTIGIAR A UNIÃO ESTÁVEL EM DETRIMENTO DO CASAMENTO. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. INEXISTÊNCIA. BENFEITORIA EXCLUÍDA DA PARTILHA. [...] Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. 2. De acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. 3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha.⁵⁰

Como fundamento principal, figurou a impossibilidade de diferenciação entre a união estável e o casamento, não havendo a possibilidade de “privilegiar-se” a união estável com a não aplicação de uma regra restritiva. Entender-se em sentido diverso acabaria por fomentar as relações de união em detrimento do casamento, haja vista a possibilidade de pactuação livre do regime se não se entendesse dessa forma.

É importante ressaltar que tal construção jurisprudencial não foi, nem de longe, unânime. Em lado oposto, o STJ já entendeu reiteradas vezes que os maiores de setenta anos poderiam pactuar livremente o regime de bens, desde que declarasse que já conviviam em união estável em período precedente à formalização da convivência. Segue julgado exemplificativo dessa corrente:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. MATRIMÔNIO CONTRAÍDO POR PESSOA COM MAIS DE 60 ANOS. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. CASAMENTO PRECEDIDO DE LONGA UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE TAL IDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, previa como sendo obrigatório o regime de separação total de bens entre os cônjuges quando o casamento envolver

49 BRASIL, 2015a.

50 BRASIL, 2014b.

noivo maior de 60 anos ou noiva com mais de 50 anos. 2. Afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fúgazes por interesse exclusivamente econômico. 3. Interpretação da legislação ordinária que melhor a compatibiliza com o sentido do art. 226, § 3º, da CF, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. 4. Recurso especial a que se nega provimento⁵¹.

Pela própria natureza da súmula, compreendida como um precedente a ser obedecido, os julgados nesse sentido tendem a se tornar escassos. Contudo, cabe questionar: é correta a aplicação obrigatória da separação legal às uniões estáveis? No caso dos maiores de setenta anos, não há espaço para a liberalidade na fixação do regime de bens, especialmente em relações que já perduram por tanto tempo?

A constitucionalidade desta imposição do regime da separação obrigatória aos septuagenários foi julgada pelo STF. Em sede de repercussão geral, a Suprema Corte fixou o seguinte entendimento: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública.”⁵²

O fundamento do julgado é o anacronismo da previsão de obrigatoriedade da separação legal aos septuagenários, uma vez que as pessoas maiores de setenta anos têm plena capacidade para o exercício da vida civil. O presente artigo coaduna com tal linha de raciocínio e é importante que tal julgado tenha abarcado as uniões estáveis ao lado do casamento.

Passada essa análise, vale destacar a flexibilização/facilitação dos requisitos para a conversão da união estável em casamento, especialmente introduzida pela Lei nº 14.382/2022. A CF/88, em sua previsão sobre a temática, é clara ao dispor que a lei deverá facilitar tal processo de conversão⁵³, o que deve ter sido a tônica na elaboração da recente normativa⁵⁴.

51 BRASIL, 2016.

52 BRASIL, 2024.

53 Art. 226, §3º, da CF/88.

54 Art. 70-A da Lei nº 6.015/1973 - A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos companheiros perante o oficial de registro civil de pessoas naturais de sua residência.

§ 1º Recebido o requerimento, será iniciado o processo de habilitação sob o mesmo rito previsto para o casamento, e deverá constar dos proclamas que se trata de conversão de união estável em casamento.

§ 2º Em caso de requerimento de conversão de união estável por mandato, a procuração deverá ser pública e com prazo máximo de 30 (trinta) dias.

§ 3º Se estiver em termos o pedido, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de autorização judicial, prescindindo o ato da celebração do matrimônio.

É importante destacar a novel previsão de dispensa de autorização judicial no procedimento, em contraposição à disposição expressa do CC/02, que determinava a obrigatoriedade de solicitação judicial⁵⁵. Restou clara a intenção do legislador de facilitar o procedimento ao dispensar a intervenção judicial, mas é cabível debater: a participação do juiz era, de fato, indispensável e desnecessária no processo?

O papel dos magistrados era o de proteger a situação pretérita ao casamento, ou seja, resguardar os direitos patrimoniais/pessoais das partes no período que antecedeu a conversão da união estável em casamento. Só se pode fixar a data do início da união estável e, respectivamente, dos seus efeitos jurídicos por pronunciamento judicial ou pelo recém-criado procedimento de certificação eletrônica, a ser realizado no Registro Civil das Pessoas Naturais. Sem a participação do juiz ou do registrador, conforme a disposição atual, não se fixa o período de união estável precedente, ou seja, os seus efeitos jurídicos só existirão “dali em diante”, não havendo que se falar em situação de união estável anterior.

Essa facilitação/flexibilização dos requisitos para a conversão da união estável em casamento se esquece dos aspectos patrimoniais inerentes aos casos, que serão, então, ignorados. Inúmeras situações, tal como essa, chegarão ao Judiciário, num demonstrativo que, por muitas vezes, facilitar/flexibilizar é sinônimo de insegurança jurídica, tanto para as partes envolvidas, que se verão desprotegidas, assim como para a sociedade no geral, haja a vista a pluralidade de casos hipotéticos que poderão envolver terceiros interessados.

Como uma forma de “burlar” o ordenamento vigente e permitir que as partes fixem cláusulas contrárias à ordem jurídica, a Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro regulamentou novas disposições acerca das escrituras públicas de união estável⁵⁶. Para elucidar a questão, vale colacionar a normativa:

§ 4º O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro B, sem a indicação da data e das testemunhas da celebração, do nome do presidente do ato e das assinaturas dos companheiros e das testemunhas, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento.

§ 5º A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime patrimonial de bens, na forma dos preceitos da lei civil.

§ 6º Não constará do assento de casamento convertido a partir da união estável a data do início ou o período de duração desta, salvo no caso de prévio procedimento de certificação eletrônica de união estável realizado perante oficial de registro civil.

§ 7º Se estiver em termos o pedido, o falecimento da parte no curso do processo de habilitação não impedirá a lavratura do assento de conversão de união estável em casamento.”

55 Art. 1.726 do CC/02 – A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

56 Tal regulamentação se deu em 19 de Dezembro de 2022, com a edição de novo Código de Normas do Extrajudicial, que, entre outras temáticas, introduziu mudanças no tocante à escritura pública de reconhecimento de união estável.

Art. 390, §1º - Caso as partes optem pelo regime da separação absoluta de bens e estabeleçam retroagir os seus efeitos à data de início da relação, o tabelião deve adverti-las quanto à possível anulabilidade da cláusula, o que deverá constar expressamente do ato.

Art. 390, §3º - A cláusula de renúncia ao direito concorrencial (art. 1.829, I, do CC) poderá constar do ato a pedido das partes, desde que advertidas quanto à sua controvertida eficácia.

A previsão é suscetível de críticas, já que a regulamentação administrativa permite a infringência de normativa de ordem pública, prevista em lei federal. Permite-se que o companheiro renuncie ao direito sucessório, situação que só é permitida *post mortem* e de forma expressa⁵⁷. De forma sucinta, não se pode renunciar algo que ainda não é seu, não sendo necessário dissecar as minúcias jurídicas para se fazer entender as críticas à normativa.

Em situação parecida, envolvendo a pactuação de renúncia recíproca de direitos sucessórios em pacto antenupcial, a 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo/SP entendeu pela nulidade absoluta da escritura pública, em razão de infringência expressa de disposição legal. Vale colacionar o seguinte trecho do julgado:

No título em análise, escritura pública de pacto antenupcial, verifica-se que há item que contraria expressa previsão legal. [...] De fato, os contratantes, na cláusula 3.7, estipulam sobre a herança de pessoas vivas, o que não é admitido por nosso sistema jurídico (aquela do artigo 426 do Código Civil), ainda que façam ressalva quanto à futura aplicabilidade da previsão (fl. 27). [...] Justamente por isso, a estipulação é nula de pleno direito (artigo 1.655 do Código Civil) e não pode ingressar no fôlio real⁵⁸.

Há, ainda, a possibilidade de fixação retroativa do regime da separação absoluta, retroagindo os efeitos do regime à data do início da união estável. Tal disposição contraria jurisprudência consolidada do STJ, na qual se decidiu pela imposição de efeitos prospectivos (*ex nunc*) na mudança de regime de bens, não havendo que se falar em efeitos retroativos da mudança de regime de bens. Nesse sentido, imperioso trazer a ementa do julgado em tela:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. TERMO INICIAL DOS SEUS EFEITOS. EX NUNC. ALIMENTOS. RAZOABILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 1 - Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2 - **Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamen-**

57 Art. 1.806 c/c art. 1.807, ambos do CC/02.

58 SÃO PAULO, 2022.

to (“ex nunc” ou “ex tunc”) e do valor dos alimentos. 3 - Reconhecimento da eficácia “ex nunc” da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1639, § 2º, do CC/2002. 4 - Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 07/STJ. 5 - Precedentes jurisprudenciais do STJ. 6 - Recurso Especial parcialmente provido⁵⁹.

Sendo assim, os efeitos da mudança do regime de bens só poderiam prospectivos, e não retroativos, como dispôs a norma. É uma construção jurídica anômala, em que se busca a lavratura da escritura de união estável mesmo que expressamente infringindo preceitos legais. Determinar que o tabelião deverá “advertir as partes sobre a controvertida eficácia” ou “quanto à possível anulabilidade da cláusula” não desonera a sua responsabilidade de observância e fiscalização do regramento legal⁶⁰, cabendo questionar e criticar a permissividade de norma administrativa em face de preceito de lei ordinária.

O cenário é de insegurança jurídica. Uma vez que se equipara a união estável ao casamento em alguns casos, mitiga-se a importância do formalismo inerente ao matrimônio. É uma chancela estatal às relações de união estável, que, enxergadas, num primeiro momento, como positivas e “vanguardistas”, acabaram por se mostrar insuficientes, inseguras e potencializadoras do descumprimento da lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Brilhantes doutrinadores já teceram comentários sobre a impropriedade e a inadequação da regulação excessiva em matéria de Direito de Família. O italiano Jemolo, mencionado por Milagres, comentando algumas normas concernentes à temática comparou, poeticamente, a família a uma ilha que “o mar do Direito pode somente tocar superficialmente”⁶¹. Milagres afirma que extremos devem ser evitados, já que o “o mar do Direito deve banhar – e não invadir – a família, como garantia e proteção da própria pessoa”⁶².

Seria a desregulação a solução para a temática? Deixar-se que a união estável ficasse no campo das relações sociais, no mundo dos fatos, sem o furor regulamentário que lhe é inerente⁶³? Villela afirma que quem, podendo se casar,

59 BRASIL, 2014a.

60 Art. 31, I, da Lei nº 8.935/1994.

61 MILAGRES, 2013, p. 297.

62 MILAGRES, 2013, p. 299.

63 “[...] Especialmente grave tem sido nos últimos anos o furor regulamentatório da República em matéria das chamadas *uniões estáveis*. Não há na Constituição uma só palavra de onde se possa derivar a suposta necessidade de submeter essas formações espontâneas à cravelha da lei. O que quis e quer a Constituição é, por óbvias razões de justiça social, estender a tais construções informais o manto protetor da lei, especialmente os benefícios da seguridade social.” (VILLELA, 1999, p. 15-30; p. 23)

prefere a união livre, deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou⁶⁴.

Muitas são as perguntas que padecem de soluções/respostas, mas não há dúvidas das falhas no atual cenário brasileiro envolvendo a união estável. Problemas criados pela legislação e jurisprudência, assentados, quase que sempre, em doutrinadores diversos. Não é momento de procurar culpados, é hora de corrigir o presente e seguir adiante. O primeiro passo é a demonstração e a compreensão do que está falho, objetivo cumprido pelo presente artigo, que deixou claro que se migrou da inexistência para a insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.477.320/AL**. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dje: 10 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.171.820/PR**. Rel. Min. Raul Araújo. Dje: 21 set. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.300.036/MT**. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dje: 20 maio. 2014a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.318.281/PE**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Dje: 07 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.369.860/PR**. Rel. Min. Sidnei Beneti. Dje: 4 set. 2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.454.643/RJ**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Dje: 10 mar. 2015b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.019.137/SP**. Rel. Min. Moura Ribeiro. Dje: 13 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 12.991**. Rel. Min. Lafayette de Andrade. Data do julgamento: 15 out. 1946.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº1.309.642 (Tema 1.236)**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 2 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 161.320**. Rel. Min. Moreira Alves. Data julgamento: 25 ago. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 50.150**. Rel. Min. Gonçalves de Oliveira. Data do julgamento: 13 dez. 1962.

64 VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. *Anais do I Congresso Brasil do IBDFAM*. Belo Horizonte, p. 15-30, 1999, p. 26.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721**. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Dje: 27 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Dje: 09 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

HIRONAKA, Giselda. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direitos das Famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019, p. 27-97.

LIRIO Parisotto. **Lista Forbes**. Disponível em: <https://www.forbes.com/profile/lirio-parisotto/?sh=7b73aa7119f8>. Acesso em: 12 maio 2024.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas de Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIDO és! Adriano Imperador se casa no civil com Micaela Mesquita. **Lance**, 9 nov. 2022. Disponível em: <https://www.lance.com.br/fora-de-campo/marido-es-adriano-imperador-se-casa-no-civil-com-micaela-mesquita.html>. Acesso em: 12 maio 2024.

MARQUES, Carol. Adriano imperador adianta papelada e se casa com Micaela Mesquita no civil: festa será em dezembro. **Extra**, 9 nov. 2022. Disponível em: <https://extra.globo.com/famosos/adriano-imperador-adianta-papelada-se-casa-com-micaela-mesquita-no-civil-festa-sera-em-dezembro-25606432.html>. Acesso em: 12 maio 2024.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Família e liberdade: direito pessoal e direito patrimonial de família. **Revista de Direito Privado**, v. 56, p. 297-309, out. 2013.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Concubinato e união estável**. São Paulo: LEUD, 1997.

PRUNES, Lourenço Mário. **O concubinato na prática judiciária**. São Paulo, 1976.

SANTOS, Gizelda Maria Scalon Seixas. **União estável e alimentos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1VRPSP. **Processo nº 1118160-89.2022.8.26.0100**. Rel. Luciana Mahuad. Dje: 01 dez. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1094671-33.2016.8.26.0100**. Rel. Erickson Gavazza Marques. Data do julgamento: 21 ago. 2020.

VELOSO, Zeno. **É namoro ou união estável?** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 12 maio 2024.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. **Anais do I Congresso Brasil do IBDFAM**. Belo Horizonte, p. 15-30, 1999.

Recebido em: 12/05/2024

Aprovado em: 13/07/2024

IL RAPPORTO TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO AMMINISTRATIVO NELL'ESPERIENZA ITALIANA

THE RELATIONSHIP BETWEEN ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND PROCESS IN THE ITALIAN EXPERIENCE

PAOLO DURET*

RIASSUNTO

Il saggio si propone di analizzare un tema che ha tradizionalmente impegnato la migliore dottrina italiana, ma riveste una perdurante attualità come i rapporti tra procedimento e processo amministrativo in Italia.

Per una più efficace comprensione delle problematiche che esso implica, trattate nella parte finale dello scritto, essa è preceduta, oltre che da una premessa recante alcune precisazioni terminologiche, da una prima parte riguardante nozione e aspetti essenziali del procedimento amministrativo nella dottrina e nella legislazione italiana (legge 7 agosto 1990, n. 241) e da una seconda parte contenente una breve analisi delle caratteristiche del processo amministrativo in Italia.

Nella terza parte si analizzeranno in particolare tre modelli di rapporto tra procedimento amministrativo e processo: quello della separazione-indifferenza, quello dell'alternatività e quello della complementarietà-integrazione. Si terrà conto inoltre dell'evoluzione della tematica alla luce delle modificazioni intervenute nel corso del tempo nella legge n. 241, per accennare in conclusione agli sviluppi sollecitati dai fenomeni di automazione dei processi decisionali delle amministrazioni.

PAROLE CHIAVE: Procedimento amministrativo. Processo amministrativo. Processi decisionali automatizzati.

ABSTRACT

The essay aims to analyze a theme that has traditionally engaged the best Italian doctrine, but has an enduring relevance such as the relationship between administrative procedure and process in Italy.

For a more effective understanding of the issues it entails, discussed in the final part of the paper, it is preceded, in addition to a preface containing some terminological clarifications, by a first part concerning the notion and essential aspects of the administrative procedure in Italian doctrine and legislation (law 7 August 1990, n. 241) and by a second part containing a brief analysis of the characteristics of the judicial review in Italy.

In the third part, three models of relationship between administrative procedure and trial will be analyzed in particular: that of separation-indifference, that of alternativity and that of complementarity-integration.

The evolution of the topic will also be taken into account in light of the changes that have occurred over time in Law No. 241, to finally mention the developments prompted by the phenomena of automation of decision-making processes in public administration.

KEYWORDS: Administrative procedure. Judicial review. Automated decision making.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il procedimento amministrativo in Italia - 2.1 La dottrina sul procedimento - 2.2 La codificazione del procedimento - 3. Il processo amministrativo in Italia - 4. Procedimento e processo.

* Professor Ordinario di Diritto amministrativo - Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona. E-mail: paolo.duret@univr.it.

PREMESSA

Quello dei rapporti tra procedimento e processo amministrativo è un tema che ha tradizionalmente impegnato la migliore dottrina italiana, ma riveste una perdurante attualità alla luce dell'evoluzione (legislativa, dottrinale, giurisprudenziale) dei due poli della relazione stessa.

Per una più efficace comprensione delle problematiche che esso implica, trattate nella parte finale di questo scritto, si è scelto di farla precedere da una prima parte riguardante nozione e aspetti essenziali del procedimento amministrativo nella dottrina e nella legislazione italiana (legge 7 agosto 1990, n. 241) e da una seconda parte contenente una breve analisi delle caratteristiche del processo amministrativo in Italia.

È inoltre necessario fare sin da subito alcune fondamentali precisazioni sui termini impiegati perché possono creare un po' di confusione e dei fraintendimenti: nel sistema italiano quello che chiamerò "procedimento" corrisponde a quello che nell'ordinamento brasiliano viene generalmente chiamato "processo amministrativo"¹.

Del resto il termine "processo amministrativo" come sinonimo di "procedimento amministrativo" si ritrova ora anche nella Costituzione federale brasiliana del 1988 e nella legislazione, in particolare nella Lei Paulista n. 10.177 de 30 de dezembro de 1998² e nella Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n° 9.784/99 de 29 de janeiro 1999)³, che sostanzialmente corrispondono in Italia alla citata legge n. 241 del 1990 di cui tra poco mi occuperò.

1 A questo proposito vorrei richiamare alcuni passi di due noti studiosi brasiliani di diritto amministrativo: "A despeito do difundido uso do termo procedimento no âmbito da atividade administrativa, mais adequada se mostra a expressão processo administrativo. A resistência ao uso do vocábulo processo no campo da administração pública, é explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou da função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere a determinado processo." (MEDAUAR Odete, *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, 2008, p. 44); "No Brasil, prefere-se a terminologia "processo administrativo" ao invés de "procedimento administrativo", com o fundamento de que "processo" designa o todo teleológico do instituto enquanto que o termo "procedimento" designa apenas a mecânica do enquadramento das fases do processo...". (PERLINGEIRO Ricardo, *Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica*, in *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, p. 93-126, Jul./Ago. 2011).

2 In tale legge si ritrovano entrambe i termini: infatti nel titolo si precisa che tale legge "*Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual*" e nell'art. 1 che "*regula os atos e procedimentos administrativos*".

3 In proposito cfr. SUNFELD Carlos Ari, *Processo e procedimento administrativo no Brasil*, in SUNFELD Carlos Ari – MUÑOZ Guillermo Andrés (Coordenadores), *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*, Malherois, 2000, pp. 17 ss. Sulla lei n° 9.784/99 cfr. BACELLAR FILHO Romeu Felipe - PIVETTA Saulo Lindorfer, *O regime jurídico do processo administrativo na Lei n° 9.784/99*, in *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, pp. 107-135, out./dez. 2014.

Viceversa quello che chiamerò “processo amministrativo” corrisponde a quello che nell’ordinamento brasiliano viene generalmente chiamato “processo judicial”, tenendo presente che in Italia, come meglio si vedrà tra poco, accanto al giudice che viene definito “ordinario” (giudice civile o penale) esiste un giudice “speciale”, il giudice amministrativo davanti al quale si svolge un apposito “processo amministrativo”⁴ ed è a quest’ultimo che io farò riferimento perché le controversie tra il cittadino e l’amministrazione sono decise prevalentemente proprio in questo processo.

2. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO IN ITALIA

2.1 LA DOTTRINA SUL PROCEDIMENTO:

Dal punto di vista strutturale la problematica del procedimento è stata affrontata dalla dottrina, nelle prime elaborazioni organiche, “quasi per dilatazione” di quella dell’atto – che costituiva il punto di vista privilegiato secondo la metodologia di matrice pandettistica – in ragione dell’insufficienza di tale approccio tradizionale a spiegare un effetto che si collega non tanto a un singolo atto, ma alla concorrenza di una pluralità di atti e operazioni necessari e dunque tutti rilevanti ai fini della produzione dell’effetto stesso⁵.

Si passa così, sulla scorta delle elaborazioni della teoria generale in tema di fattispecie degli anni Trenta del secolo scorso, dall’atto amministrativo al modello della fattispecie a formazione progressiva (o successiva).

In questa chiave la prima ricostruzione è avvenuta con una monografia del 1940 di Aldo Sandulli⁶.

Si è parlato in proposito di una *concezione formale* del procedimento: l’Autore infatti analizza la struttura del procedimento, differenziandolo dall’atto complesso e avviandone l’articolazione in fasi, studia l’ordine di successione degli elementi delle singole fasi e gli effetti dei singoli atti rispetto alla produzione finale dell’effetto giuridico, esamina le ripercussioni “delle imperfezioni e delle irregolarità” procedurali sul provvedimento, approfondendo i profili dell’impugnazione degli atti interni al procedimento e dei procedimenti oggi definiti di secondo grado⁷.

4 Sulla differenza con il modello della giurisdizione unica vigente in Brasile cfr. ANDRADE Erico, Il cd. *mandado de segurança* individuale nel diritto processuale civile brasiliano, in Rivista di diritto processuale, n. 3/2010, pp. 631 ss.

5 SALA Giovanni - VILLATA Riccardo, voce Procedimento amministrativo, in Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Vol. XI, Torino, UTET, 1996, pp. 578-579; SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, in Diritto processuale amministrativo, n. 3, 2006, pp. 591-592.

6 SANDULLI Aldo Mazzini, Il procedimento amministrativo, Giuffrè, Milano, 1940.

7 Per questi rilievi cfr. PATRONI GRIFFI Filippo, Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani, in Federalismi.it, n. 5/2015, pp. 6-7.

È stato scritto efficacemente che “Sandulli ha spiegato cosa era il procedimento, gli Autori venuti dopo hanno spiegato a che cosa serve il procedimento”⁸.

Nel passaggio da una prospettiva “strutturale” a una prospettiva “funzionale” circa l’analisi del fenomeno del procedimento⁹ fondamentale risulta il contributo di Feliciano Benvenuti.

Nella sua *concezione funzionale* del procedimento¹⁰ quest’ultimo si configura come la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in un atto (questo è infatti ciò che Benvenuti intende per “funzione” = la trasformazione del potere astrattamente previsto dalla norma in un atto concreto) e insieme la sua manifestazione sensibile, la “epifania della funzione”. Se dunque il procedimento serve a rendere visibile questa trasformazione, la rende anche controllabile e sindacabile.

Nella *concezione organizzativa* di Mario Nigro infine il valore primario del procedimento è di tipo organizzativo: il procedimento “appartiene al mondo dell’organizzazione, non al mondo dell’atto, e nemmeno, in generale, dell’attività amministrativa”; esso non si limita infatti a “legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi in una trama che è anzitutto organizzativa”¹¹.

D’altra parte, si è opportunamente osservato che in un ordinamento pluralista è nel procedimento che si attua quella sintesi delle valutazioni dei diversi centri esponenziali degli interessi che l’amministrazione accentrata risolveva nel principio gerarchico¹².

Pertanto secondo Nigro è nel procedimento amministrativo e mediante esso che si provvede alla identificazione degli *interessi* che sono coinvolti nell’azione della pubblica amministrazione e dei *soggetti* titolari di questi. Così il procedimento diviene una forma di legittimazione del potere e un metodo per rea-

8 MORBIDELLI Giuseppe, Il procedimento amministrativo, in *Diritto amministrativo* (a cura di Mazarroli e altri), Bologna, Monduzzi, 2005, p. 539.

9 Per il significato della distinzione, nello studio del procedimento, tra prospettiva *strutturale* e prospettiva *funzionale* si rinvia alla già citata voce di SALA Giovanni - VILLATA Riccardo, *Procedimento amministrativo*, p. 578.

10 BENVENUTI Feliciano, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 128.

11 NIGRO Mario, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale* (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in *Rivista di diritto processuale*, 1980, p. 273. Va rilevato che già nella fondamentale monografia Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione, Milano, Giuffrè, 1966, l’Autore aveva fatto cadere la tradizionale partizione del diritto amministrativo in “organizzazione” e “attività”, il “diaframma della tralattizia – e fin troppo comoda – distinzione fra momento organizzativo e momento dell’attività sostanziale” (così da ultimo il contributo della Vicepresidente emerita della Corte costituzionale italiana DE PRETIS Daria, Mario Nigro. *Giurista della complessità*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, n. 3/2023, p. 7), sostenendo l’esistenza di “un processo continuo organizzazione-attività-interessi nel quale maggiormente risalta la strumentalità [...] dell’organizzazione” (ivi, p. 121).

12 SALA Giovanni - VILLATA Riccardo, *Procedimento amministrativo*, p. 577.

lizzare una nuova legalità, una “legalità-procedimentale”¹³: infatti non si tratta più solo di controllare e assicurare la conformità dell’attività amministrativa alle norme, bensì di “dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi”¹⁴.

Tale ultima concezione è particolarmente significativa perché negli anni Ottanta del secolo scorso Nigro presiederà poi la Commissione incaricata di elaborare lo schema successivamente divenuto la fondamentale legge n. 241 del 1990.

2.2 LA CODIFICAZIONE DEL PROCEDIMENTO

La disciplina italiana sul procedimento si pone in una posizione intermedia tra i due modelli positivi (ed estremi) di “codificazione” del procedimento.

Da una parte il modello austriaco, e, sia pure in misura inferiore, quello tedesco “di impostazione essenzialmente processuale e di derivazione positivistico-kelseniana”¹⁵; in particolare nei contenuti della legislazione austriaca del 1925 – considerata la prima codificazione organica del procedimento amministrativo – si riconosce una derivazione dal processo, avendo il legislatore ripreso gli orientamenti già affermati dal Tribunale Amministrativo di Vienna¹⁶.

Dall’altra parte c’è legislazione statunitense del *Federal Administrative Procedure Act* del 1946: da questo modello la legge italiana riprende la struttura snella, un’impostazione per principi e un’attenzione verso la disciplina della partecipazione procedimentale degli interessati “nella prospettiva di una co-determinazione degli interessi”¹⁷.

La scelta del legislatore italiano è stata quella di non ha disciplinare minuziosamente il procedimento amministrativo, circoscrivendo a limitate ipotesi le formalità dirette a guidare l’esercizio del potere amministrativo e dettando “poche ma forti regole procedimentali”, lo spirito della legge non essendo stato soltanto l’introduzione di una normativa generale sul procedimento amministrativo, ma l’introduzione di “una nuova concezione dell’amministrazione, finalmente in linea con la Costituzione”¹⁸.

13 RAMAJOLI Margherita, Dal provvedimento al procedimento amministrativo e ritorno. Rileggendo Mario Nigro, in *Nomos*, Le attualità nel diritto, n. 1/2024, p. 4.

14 NIGRO Mario, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale, pp. 261-262. La concezione del procedimento come sede per l’acquisizione di tutti gli interessi rilevanti collegata al tema della “discrezionalità” – intesa come ponderazione comparativa degli interessi – si ritrova anche nel pensiero di un altro maestro della dottrina italiana, GIANNINI Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993.

15 PATRONI GRIFFI Filippo, Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani, pp. 9-10.

16 SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, pp. 573-574.

17 PATRONI GRIFFI Filippo, Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani, p. 10.

18 CHIEPPA Roberto, Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2010, p. 677.

Infatti, più che un vero e proprio “codice” dell’azione amministrativa tale legge è stata definita uno “statuto” dei diritti e doveri del cittadino e dell’amministrazione.

Essa nasce come una legge breve, con pochi articoli se paragonata ad altre codificazioni¹⁹: fissa alcuni “principi”²⁰ (che si rifanno a quelli espressi nella Costituzione Italiana²¹) e alcuni “modelli organizzativi” e riconosce alcuni “diritti” allo scopo di ridisegnare i rapporti tra cittadino e amministrazione.

Fra i “modelli organizzativi”, finalizzati a dare concreta attuazione ai principi suddetti, vanno segnalati in particolare:

a) l’introduzione della figura del “responsabile del procedimento”²², ritenuto una delle *best practices* nel contesto dell’Unione Europea: esso è considerato come il “signore della fase istruttoria” per una guida unitaria tesa ad una condotta rapida di ogni procedura e come un “ausiliare degli amministrati”, garante dei loro diritti procedurali e “facilitatore” di un dialogo multilaterale²³;

b) la previsione di termini precisi e differenziati per la conclusione dei procedimenti²⁴, alla quale è stata successivamente aggiunta la previsione di una “responsabilità da ritardo” a carico dell’amministrazione inadempiente²⁵;

c) l’introduzione della “conferenza dei servizi”²⁶ per realizzare la concentrazione delle procedure relative alla medesima attività e ai medesimi risultati²⁷;

d) la semplificazione dei rapporti tra chi deve rilasciare pareri o valutazioni tecniche e chi deve decidere²⁸;

19 Si pensi, a titolo di esempio, alle centinaia di articoli che compongono la recente codificazione francese, il *Code des relations entre le public et l’administration* del 2015.

20 Cfr. in particolare l’art. 1, comma 1 della legge n. 241: “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”.

21 Cfr., in particolare, il comma 2 dell’art. 97 della Costituzione: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione”.

22 Cfr. gli articoli 4 e 5 della legge n. 241.

23 FREDIANI Emilio, Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento, in *Diritto e società*, 2017, pp. 697 ss.

24 Cfr. l’articolo 2 della legge n. 241.

25 Cfr. l’articolo 2-bis della legge n. 241.

26 Cfr. gli articoli da 14 a 14-quinquies della legge n. 241.

27 PASTORI Giorgio, The origins of law no. 241/1990 and foreign models, in *Italian Journal of Public Law – Special Issue*, n. 2/2010, pp. 266-267.

28 Cfr. gli articoli 16 e 17 della legge n. 241.

e) l'introduzione della figura del silenzio-assenso come garanzia degli interessati rispetto all'inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte²⁹;

Fra i "diritti" riconosciuti dalla legge si segnalano in particolare:

a) la generalizzazione di un diritto (e corrispondente obbligo dell'amministrazione) alla motivazione dei provvedimenti amministrativi³⁰;

b) il diritto di partecipare al procedimento³¹, in sintonia con la descritta concezione organizzativa di Nigro; in questo contesto in particolare si colloca (ancorché non con la ricchezza di articolazioni che l'Autore aveva originariamente ipotizzato) il riconoscimento della possibilità per l'amministrazione di ricorrere a degli accordi con i privati sul contenuto o addirittura al posto del provvedimento finale³²;

c) il diritto di accesso ai documenti formati o detenuti dall'amministrazione³³;

d) il diritto (nelle procedure di natura vincolata) di intraprendere determinate attività sulla base di una semplice dichiarazione dell'interessato³⁴, senza dover attendere il provvedimento preliminare di assenso da parte dell'amministrazione (con l'elisione quindi del relativo procedimento) e salva la possibilità di un successivo controllo e di misure interdittive da parte di quest'ultima: si è aperta così la strada a una "auto-amministrazione"³⁵ o "auto-responsabilità" dei privati.

Nel testo originario della legge n. 241 vi sono due linee che si intersecano: la linea delle *garanzie* (democrazia) e la linea della *semplificazione/efficienza* (il risultato).

29 Cfr. l'art. 20 della legge n. 241.

30 Cfr. l'art. 3 della legge n. 241.

31 Cfr. il Capo III della legge n. 241.

32 Cfr. l'art. 11 della legge n. 241. Questi accordi sembrano corrispondere almeno in parte agli *Acordos administrativos*: disciplinati dall'artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB — Decreto-Lei n° 4.657/1942, na redação introduzida pela Lei n° 13.655/2018, ma con una portata verosimilmente più ampia perché non hanno solo lo scopo di "eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público", ma sono previsti ora come un generale sbocco alternativo del procedimento (in tal senso si veda già NIGRO Mario, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione* (a proposito di un recente disegno di legge), in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1/1989, p. 18).

33 Cfr. l'art. 10 e il Capo V della legge n. 241.

34 Cfr. l'art. 19 della legge n. 241. La dichiarazione di provenienza privata, sostitutiva dell'atto amministrativo di assenso, ha subito differenti denominazioni: "Denuncia di Inizio Attività" (DIA), successivamente "Dichiarazione di Inizio Attività" (ancora DIA) e da ultimo "Segnalazione Certificata di Inizio Attività" (SCIA).

35 In proposito cfr. DURET Paolo, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004.

Queste corrispondono ai fondamentali principi costituzionali dell'*imparzialità* e del *buon andamento*: per es., accanto al diritto alla partecipazione o all'obbligo di motivazione, riconducibili alle esigenze di imparzialità, ci sono le previsioni in tema di responsabile del procedimento o di conferenza dei servizi, funzionali al buon andamento.

La legge ha tuttavia subito continue modifiche negli anni successivi ad opera di un legislatore affetto da una "ansia riformatrice"³⁶ (ovvero da "bulimia" legislativa³⁷) che ne hanno in parte snaturato l'aspetto originario.

Tali modifiche sul piano dell'impostazione (e della stessa lunghezza della legge 241) denotano uno spostamento del baricentro dal procedimento al provvedimento a differenza di quanto previsto nella disciplina originaria della legge³⁸.

In verità, secondo Nigro, come s'è visto uno degli ispiratori della futura legge n. 241, una disciplina del procedimento doveva al contrario servire a spostare il baricentro dell'azione amministrativa dall'atto finale all'istruttoria procedimentale³⁹. Illuminante la metafora dell'Autore che paragona l'atto amministrativo terminale della sequenza procedimentale al bilancio di un'azienda, che riassume le scritture contabili offrendone tuttavia una rappresentazione sintetica e statica⁴⁰; dunque l'atto di decisione finale, il provvedimento, possiede "più il carattere di un riepilogo preformato -- almeno nella parte essenziale -- nelle fasi precedenti del procedimento stesso"⁴¹, segnatamente nella fase istruttoria.

In più riprese, si è osservato, si era tentato di importare in Italia il modello tedesco, che disciplina in dettaglio il provvedimento e si ispira alla corrente dottrinale della pandettistica e della postpandettistica, "in quanto volto ad elaborare una disciplina dell'atto amministrativo sul modello di quella del negozio giuridico"⁴².

Con una legge n. 15 del 2005 si inserisce nella legge n. 241 un nuovo Capo dedicato appunto alla validità ed efficacia del provvedimento⁴³ e si disciplinano

36 CELOTTO Alfonso, L'ansia riformatrice, il Gattopardo e il nuovo articolo 29 della legge 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 69 del 2009, in www.giustamm.it, n. 9/2009.

37 PATRONI GRIFFI Filippo, Cittadino e potere a 25 anni dalla legge n.241 del 1990, in www.giustamm.it, n. 10/2015, p. 5.

38 Sul punto cfr. PATRONI GRIFFI Filippo, Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani, p. 11.

39 RAMAJOLI M., Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto, e processo, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2010, p. 462.

40 NIGRO Mario, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, pp. 268.

41 NIGRO Mario, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, pp. 268, con richiamo a SCHMITT GLAESER Walter, *Il procedimento amministrativo e la sua legge* (un'osservazione introduttiva), in MASUCCI Alfonso (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania*, Napoli, Formez, 1979, p. 426.

42 RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento*, p. 469.

43 Cfr. il Capo IV *bis* della legge n. 241.

l'annullamento d'ufficio⁴⁴ e la revoca⁴⁵, due poteri generali dell'amministrazione che chiaramente esprimono una posizione di supremazia e di privilegio dell'amministrazione e che rappresentano due provvedimenti cd. di "secondo grado", perché l'amministrazione interviene su un proprio precedente provvedimento per annullarlo, se illegittimo, o per impedire che produca ulteriori effetti, se divenuto contrario all'interesse pubblico.

La stessa legge del 2015 assoggetta inoltre le attività dell'amministrazione nazionale non solo ai principi stabiliti dalla legge n. 241, ma anche ai principi del diritto europeo, come la proporzionalità, il legittimo affidamento, la protezione delle aspettative, la concorrenza, la sostenibilità, la prevenzione e la precauzione (principi, questi ultimi, rilevanti nei procedimenti ambientali).

Le due linee – della garanzia e del risultato – presenti come s'è visto nel testo originario, hanno continuato a svilupparsi nel corso delle modifiche della legge, ma, a una valutazione complessiva, si nota che le ragioni della garanzia – se non predominanti, quanto meno equamente bilanciate con quelle orientate al risultato nell'impostazione originaria della legge n. 241 – sono ora spesso postergate a queste ultime; ciò che oggi conta maggiormente sembra essere decidere e decidere in fretta, con il rischio, tuttavia, in preda a questa "ansia del decidere"⁴⁶, di una considerazione inadeguata dei differenti interessi pubblici e privati coinvolti nel processo decisionale dell'amministrazione e dunque di un'indebita costrizione di questioni complesse che però sono spesso destinate a riemergere in altra sede, in particolare nel processo davanti al Giudice, determinando così una *litigation explosion*.

Si possono conclusivamente evidenziare taluni limiti della legge n. 241:

a) la partecipazione è contemplata solo in forma cartacea, senza alcun contraddittorio orale;

b) la legge disciplina i procedimenti che in inglese si direbbero di *adjudication*, cioè per l'emanazione di provvedimenti puntuali, ma non si estende ai procedimenti di *rulemaking* (ossia per l'emanazione di atti normativi e amministrativi generali) che sono espressamente esclusi⁴⁷, ma per i quali sono tuttavia previste regole specifiche in varie leggi di settore;

c) la digitalizzazione dell'amministrazione è disciplinata in un codice a parte;

d) è previsto un diritto di accesso, ma è solo *difensivo*, cioè legato ad un "need to know", ossia alla necessità di tutelare una particolare situazione

44 Cfr. l'art. 21-*nonies* della legge n. 241.

45 Cfr. l'art. 21-*quinquies* della legge n. 241.

46 CASETTA Elio, La difficoltà di «semplificare», in *Diritto amministrativo*, 1998, p. 345.

47 Cfr. l'art. 13 della legge n. 241.

di diritto o interesse che bisogna dimostrare nella richiesta di accesso⁴⁸. Più di recente è stato introdotto anche un accesso che spetta a chiunque, legato a un obbligo di trasparenza dell'amministrazione come "casa di vetro" e quindi come espressione di un "right to know", nella linea del *Freedom of Information Act* inglese o degli Stati Uniti; questo però è avvenuto al di fuori della legge n. 241⁴⁹ e ciò crea ora una sovrapposizione di modelli di accesso⁵⁰.

Nonostante le molteplici variazioni conosciute dalla legge, ulteriori interi settori di disciplina procedurale si sono sviluppati al di fuori di tale normativa, *trend* accentuato poi da un anomalo ricorso a un "diritto amministrativo dell'emergenza", tanto che ci si può domandare se: la legge n. 241 si possa oggi considerare una legge, sia pure non onnicomprensiva, comunque "generale" sul procedimento.

3. IL PROCESSO AMMINISTRATIVO IN ITALIA

Il sistema italiano di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione prevede:

- a) una tutela davanti al giudice "ordinario";
- b) una tutela davanti al giudice amministrativo mediante i "ricorsi giurisdizionali amministrativi";
- c) una tutela mediante i "ricorsi amministrativi" (cioè alla stessa amministrazione);
- d) da ultimo si vanno affermando i meccanismi di *Alternative Dispute Resolution* (ADR), specie davanti alle Autorità Amministrative Indipendenti, di regolazione o di garanzia⁵¹, come ad esempio la Banca D'Italia, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – Antitrust – (corrispondente al Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – brasiliano), il Garante delle comunicazioni (ANATEL in Brasile) o il Garante per la protezione dei dati personali, etc.

In Europa troviamo:

48 Cfr. gli artt. 22 e 24 della legge n. 241.

49 Cfr. l'art. 5 del D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che disciplina l'accesso cd. "civico".

50 Su tale problematica cfr., anche nell'ottica del rapporto tra procedimento e processo, GORGERINO Francesco, L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa, in *federalismi.it*, n. 5/2022, pp. 96 ss., specie pp. 104 ss.

51 In argomento cfr. DOMENICHELLI Vittorio, La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.1/2020, pp. 55 ss.

- sistemi monistici, come ad esempio in Gran Bretagna (analogia con l'ordinamento brasiliano nel quale la giurisdizione unica è in vigore dal 1891, sul modello degli Stati Uniti);
- sistemi dualistici (come ad esempio in Francia, Germania, etc.)

All'inizio del sistema italiano di tutela si verifica un avvicinamento al modello monista in conseguenza dell'All. E della legge 20 marzo 1865 n. 2248 "Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia" (appena sorto nel 1861), che radica la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Tale legge, pur ispirata a principi liberali, presentava tuttavia un duplice limite: sotto il profilo del limite cd. "esterno" assicurava una tutela giurisdizionale solo in presenza di "*diritti civili e politici*"⁵² (sostanzialmente quando fossero in gioco "diritti soggettivi"), escludendola per quelle distinte situazioni soggettive denominate "interessi legittimi" che tuttavia ricomprendono nella realtà italiana la gran parte delle vicende che vedono il cittadino contrapposto all'amministrazione; sotto il profilo del limite cd. "interno", poi, una rigorosa interpretazione del principio della separazione dei poteri determinava l'impossibilità per il giudice ordinario, anche una volta riconosciuta la sua giurisdizione, di incidere sull'atto amministrativo, che non poteva "*essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative [...]*"⁵³.

L'insoddisfazione per questo assetto di tutela giurisdizionale solo parziale espressa dalla cultura del tempo più sensibile porta alla nascita nel 1889 della giurisdizione amministrativa e del relativo processo, con la creazione della Quarta sezione (giurisdizionale) del Consiglio di Stato⁵⁴.

In origine tutto questo processo ruota intorno alla tutela contro il provvedimento, che costituisce esclusivo oggetto del sindacato giurisdizionale⁵⁵: si

52 Cfr. l'art. 2 dell'All. E: "*Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*".

53 Cfr. l'art. 4 dell'All. E: "*Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso*".

54 Cfr. la legge 31 marzo 1889, n. 5992.

55 Verosimilmente ciò costituisce un riflesso dell'essere il processo amministrativo nato in verità come una "trasformazione di procedimenti (amministrativi) contenziosi di secondo grado in attività giurisdizionale" (CAIANIELLO Vincenzo, Rapporti tra procedimento amministrativo e processo, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/1993, p. 247), ed essendosi "solo successivamente affermata la convinzione della natura giurisdizionale, e non solamente giustiziale, del nuovo rimedio" (SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, p. 574), ciò che lasciato in esso tuttavia un'impronta indelebile" (NIGRO Mario, *Processo amministrativo*, voce dell'Enciclopedia giuridica italiana, Treccani, p. 2), testimoniata anche dalla circostanza, sia pure formale, che il Consiglio di Stato denomini la proprie pronunce come "decisioni".

impugna l'atto amministrativo per chiedere al giudice di annullarlo; il ricorso non sospende automaticamente gli effetti dell'atto, ma si può chiedere la cd. "sospensiva" perché la situazione del ricorrente non sia pregiudicata nel tempo necessario per arrivare alla decisione sulla richiesta di annullamento (la cd. "tutela cautelare", che si esaurisce però in quest'unica misura, ciò che conferma la centralità dell'atto). Si tratta peraltro di una misura che evidentemente non basta quando non ci si oppone a un atto dell'amministrazione, ma l'amministrazione non risponde alla propria istanza e quindi non si ottiene il provvedimento necessario, ad esempio, per intraprendere una certa attività.

Si identificano sin da allora tre vizi di legittimità che possono inficiare l'atto, determinandone l'annullamento: l'incompetenza, la violazione della legge e l'eccesso di potere che, in particolare, riguarda un uso gravemente scorretto del potere discrezionale da parte dell'amministrazione e pertanto investe il contrasto dell'atto con alcuni principi generali, con alcune "regole" che via via la giurisprudenza individua come espressione di una "deontologia"⁵⁶ della discrezionalità medesima.

Dopo l'avvento della Costituzione, dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato l'evoluzione della giustizia amministrativa dalla dimensione "oggettiva" (incentrata sulla tutela sull'interesse pubblico) a quella "soggettiva" (preordinata alla tutela delle situazioni soggettive).

Si sottolinea poi una seconda evoluzione del processo amministrativo da "giudizio sull'atto" – la cui centralità viene dunque a ridimensionarsi – a "giudizio sul rapporto" che si instaura tra l'amministrazione e il cittadino, o a giudizio teso a stabilire se al ricorrente spetti o meno un certo bene della vita (come ad esempio la salvaguardia della proprietà a fronte di un'espropriazione, la possibilità di svolgere una certa attività o professione, rispetto all'autorizzazione o concessione richiesta, etc.).

Questo si rispecchia nell'attuale Codice del processo amministrativo (intervenuto solo nel 2010)⁵⁷:

a) le azioni ammissibili non sono più solo quella di annullamento del provvedimento impugnato, ma anche – vigendo un principio di atipicità delle azioni – l'azione di nullità, quella di condanna, anche al risarcimento del danno, l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, l'azione contro il silenzio dell'amministrazione, l'azione a tutela del diritto di accesso, cui si aggiunge l'azione per l'efficienza dell'amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi (c.d. "*class action*" pubblica), collocata al di fuori del Codice⁵⁸,

56 PASTORI Giorgio, Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in Foro amm., 1987, pp. 3165 ss., specie p. 3167.

57 Cfr. l'allegato al D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, recante il Codice del processo amministrativo.

58 D. Lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

mentre un rito speciale abbreviato riguarda le procedure relative ai contratti pubblici;

b) in modo simmetrico, anche la tutela cautelare non si esaurisce più nella sola “sospensiva”, ma si allarga oggi a tutte quelle misure “*che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*”⁵⁹.

Il processo amministrativo si svolge in primo grado davanti ai TAR (Tribunali Amministrativi Regionali presenti nelle 20 regioni italiane, talora con sedi staccate) e in grado di appello davanti al Consiglio di Stato con sede a Roma.

Permane poi, e continua a essere disciplinato dall’All. E, il giudizio dinanzi al giudice ordinario, al quale si possono richiedere sentenze di condanna al risarcimento del danno, ma solo se, come s’è anticipato, è stata lesa una situazione riconosciuta come diritto soggettivo; permane anche il divieto per tale giudice di annullare o modificare gli atti amministrativi (salvo una serie di eccezioni oggi previste da leggi di settore), né può tale giudice ordinare all’amministrazione di emanare un provvedimento.

A parte c’è il sistema dei ricorsi amministrativi⁶⁰: ricorso gerarchico e in opposizione (sostanzialmente corrispondenti ai *recursos administrativos* previsti dagli artigos 56 e seguenti della Lei brasiliana del 1999) e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, eredità della “giustizia del Re”; in tale ambito tuttavia non c’è esercizio della funzione giurisdizionale e l’atto finale non è una sentenza, ma un particolare tipo di provvedimento amministrativo, una decisione, a sua volta impugnabile davanti al giudice amministrativo.

4. PROCEDIMENTO E PROCESSO

Secondo gli studiosi della Scuola di Vienna (Merkel, Kelsen), in base alla *Stufenbaulehre*, o teoria gradualista, attività giurisdizionale e attività amministrativa si riconducevano ad un unico e indifferenziato momento di produzione giuridica⁶¹; la giurisdizione veniva parificata all’amministrazione in quanto essa pure *legis executio*, talché Merkel le considerava entrambe figlie rispetto alla legislazione e sorelle tra di loro⁶². Essi pertanto avevano ricondotto il processo nella unitaria categoria del procedimento per innestare in quest’ultimo le garanzie da tempo associate al primo: così la legislazione austriaca pubblicata il 21 luglio

59 Cfr. l’art. 55 del Codice del processo amministrativo.

60 Cfr. il D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

61 SALA Giovanni - VILLATA Riccardo, *Procedimento amministrativo*, p. 580.

62 Lo ricordano SALA Giovanni - VILLATA Riccardo, *Procedimento amministrativo*, p. 582, richiamandosi a SANDULLI, Aldo Mazzini, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 32.

1925⁶³ riproduceva «quanto del codice di procedura civile era utilizzabile anche per i procedimenti amministrativi»⁶⁴.

Ma, è possibile differenziare procedimento e processo?

La distinzione tradizionale si basa su un punto di vista *funzionale* o *oggettivo*: il processo, pur essendo a sua volta un procedimento, è il luogo di esercizio della funzione giurisdizionale⁶⁵. Il procedimento è il *genus* e il processo la *species*: il processo è il procedimento nel quale si svolge la funzione giurisdizionale.

Sia tra i processualisti che tra gli amministrativisti si è tuttavia affermata anche un'altra concezione che ritiene più significativa la distinzione tra le due figure sotto il profilo *strutturale*⁶⁶.

Questo è avvenuto nella dottrina italiana soprattutto ad opera di due studiosi, Elio Fazzalari e Feliciano Benvenuti, che hanno influenzato anche il dibattito nella dottrina brasiliana⁶⁷.

Per Fazzalari si ha processo quando si ha un procedimento fondato sul contraddittorio e quindi al percorso di formazione dell'atto partecipano, oltre al suo autore, anche i destinatari degli effetti dell'atto: dove non c'è contraddittorio non c'è processo⁶⁸.

Per Benvenuti, pure sul presupposto di una comune natura dei due fenomeni, si ha procedimento in senso stretto “quando gli atti che lo compongono, pur provenendo da soggetti diversi, tendono fondamentalmente a realizzare l'*interesse sostanziale* dell'autore dell'atto conclusivo” e quindi determinano effetti nei confronti sia dell'autore che dei destinatari, a differenza di quelli processuali che sono posti nel solo interesse dei destinatari⁶⁹; dal punto di vista formale poi,

63 Si trattava in verità di un *corpus* di ben 4 leggi: la Legge di introduzione alle leggi sul procedimento amministrativo; la Legge sul procedimento amministrativo generale; la Legge amministrativa penale; la Legge sull'esecuzione amministrativa (in tema cfr. PASTORI Giorgio, La procedura amministrativa, Vicenza, Neri Pozza, 1964, pp. 97 ss.)

64 SCHIMA H., Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1953, pp. 757 ss. Tale legislazione costituiva infatti, come s'è già anticipato, la codificazione di “regole frutto dell'esperienza giurisprudenziale del Tribunale amministrativo di Vienna mediata dalla rielaborazione culturale del Tezner che ne fu a lungo il presidente” (così SALA Giovanni - VILLATA Riccardo, Procedimento amministrativo, p. 580).

65 CAIANIELLO Vincenzo, Rapporti tra procedimento amministrativo e processo, p. 241.

66 CAIANIELLO Vincenzo, Rapporti tra procedimento amministrativo e processo, p. 241.

67 Cfr. MOTTA Fabrício, CARDUCCI Michele, L'influenza del diritto amministrativo italiano sulla costruzione delle basi dogmatiche del diritto amministrativo brasiliano, in Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 114 | pp. 129-160 | jan./jun. 2017.

68 FAZZALARI Elio, Procedimento e processo (Teoria generale), in Enc. dir., XXXVI, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 819 ss.: c'è dunque processo, secondo l'Autore “quando nell'*iter* di formazione di un atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla fase di ricognizione dei presupposti sul piede di reciproca e simmetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere ma non obliterare” (cfr. p. 869). Cfr. inoltre dello stesso Autore Istituzioni di diritto processuale, VIII ed., Padova, Cedam, 1996.

69 CAIANIELLO Vincenzo, Rapporti tra procedimento amministrativo e processo, p. 243 che

la revocabilità è il tratto proprio del provvedimento risultante dal procedimento amministrativo e l'irrevocabilità quello della sentenza.

L'analisi storica ha portato all'individuazione di tre modelli di rapporto tra procedimento amministrativo e processo: quello della separazione-indifferenza, quello dell'alternatività e quello della complementarità-integrazione⁷⁰.

Il primo, della "separatezza", considera procedimento e processo amministrativo come due mondi diversi, nettamente separati, reciprocamente indifferenti, ciascuno con proprie regole in funzione di specifici scopi. Nello schema della separazione, il processo tutela la libertà riconosciuta al cittadino dalla legge, il procedimento disciplina l'esercizio dei poteri nell'interesse dell'Amministrazione⁷¹. Secondo le parole del Nigro "[i]n netta distinzione dal mondo della tutela giurisdizionale, il mondo del procedimento è il mondo dell'atto, il mondo dell'esercizio della potestà amministrativa mediante l'atto"⁷².

Nella diversa concezione della "alternatività" fra procedimento e processo, c'è la tendenza a dare al procedimento amministrativo "struttura paragiurisdizionale e funzione giustiziale, a garanzia degli interessi dei cittadini nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, in alternativa – e, sovente, in concorrenza – alla tutela giurisdizionale"⁷³. Qui infatti "[p]rocedimento amministrativo e tutela giurisdizionale sono ancora due settori separati, ma il procedimento amministrativo passa dal mondo dell'atto al mondo della giustizia"⁷⁴. Questo modello richiede che ci sia un forte procedimento laddove c'è una debole tutela giurisdizionale e, viceversa, svaluta la funzione, di tutela, del procedimento in presenza di un'efficiente protezione giurisdizionale dei cittadini⁷⁵.

richiama BENVENUTI Feliciano, Funzione amministrativa, procedimento, processo, p. 133.

70 NIGRO Mario, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale. L'opzione che qui si opera in favore di questa ricostruzione che appare come lo schema più efficace e consolidato non può far pretermettere lo spettro delle molteplici diverse interpretazioni offerte dalla dottrina in ordine a tale rapporto nel segno dell'*interdipendenza*, della *subordinazione*, della *connessione*, della *convergenza*, della *continuità* (cfr. MONTEDURO Massimo, Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate", in *Diritto amministrativo*, n. 1/2010, pp. 103 ss., specie pp. 108 ss., con ampi richiami alla bibliografia).

71 SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, pp. 575-576.

72 NIGRO Mario, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale, p. 254.

73 SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, p. 576.

74 NIGRO Mario, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale, p. 257.

75 NIGRO Mario, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale, p. 258. Oltre agli esempi dell'Austria e degli Stati Uniti, citati dall'Autore, con riguardo alla realtà europea significative appaiono per un verso l'esperienza inglese, caratterizzata da una risalente tradizione di regole (non scritte) di *fair procedure* a fronte di un più ridotto ruolo del giudice (ordinario e non speciale) e, all'opposto, l'esperienza francese che, altrettanto tradizionalmente, pone il fulcro della tutela nel prestigio del giudice amministrativo, il *Conseil d'État*, mentre solo recentemente ha avvertito la necessità di una complessiva codificazione della disciplina procedimentale (cfr. nota n. 19).

Il terzo modello è quello della “integrazione-complementarietà” tra procedimento e processo ed è stato sviluppato dalla dottrina italiana, soprattutto nell’ultimo ventennio del secolo scorso.

a) Un primo profilo di questa integrazione riguarda l’individuazione degli *interessi* che sono coinvolti nell’azione amministrativa e dei *soggetti* titolari di questi interessi. Attraverso il procedimento – in particolare mediante la partecipazione allo stesso – i titolari degli interessi diventano in qualche modo componenti dell’organizzazione amministrativa e, come parti del procedimento, essi sono identificati anche quali idonee parti del processo giurisdizionale⁷⁶, il che può utilmente contribuire inoltre a risolvere la problematica della giustiziabilità degli interessi “diffusi”⁷⁷.

b) Un secondo profilo riguarda l’istruttoria, intesa come la definizione degli elementi di diritto e di fatto dell’episodio amministrativo. S’è visto che per Nigro l’atto amministrativo finale è come il bilancio di un’azienda, tuttavia se si vuole conoscere la situazione contabile dell’azienda nella sua completezza bisogna ricorrere alle scritture contabili; ora il procedimento (e la sua fase istruttoria) sono strettamente funzionali alla completezza e profondità della comprensione da parte del giudice. Infatti “solo dal procedimento amministrativo possono scaturire gli elementi necessari al giudice per la verifica dei fatti così come posti a base del provvedimento” e “solo il procedimento amministrativo può rendere noti al giudice i parametri di ragionevolezza, di giustizia e di efficienza concretamente assunti nella vicenda dall’amministrazione [...]”⁷⁸.

76 NIGRO Mario, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale, p. 267.

77 Si tratta di quegli interessi che, in quanto comuni a una pluralità indifferenziata di soggetti, si presentano come “adespoti”, ossia privi per definizione di un soggetto che possa rivendicarne la titolarità esclusiva, potendo al più avere dei “portatori” (come, ad esempio, le associazioni di tutela ambientale o dei consumatori o degli utenti dei servizi pubblici) e che, proprio in ragione di tale caratteristica, hanno trovato (e in parte tuttora trovano) difficoltà a essere ammessi nel “sacro recinto” del processo, secondo una suggestiva immagine ancora di Mario Nigro (Esperienze e prospettive del processo amministrativo, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1981, p. 403). Con riguardo al processo amministrativo tale traguardo risulta infatti accessibile, nella tradizione italiana, solo ai titolari dei già ricordati “interessi legittimi”, intesi come interessi “differenziati” rispetto alla generalità dei cittadini alla stregua di criteri variamente individuati dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza. Nel modello dell’integrazione, ad esempio, la partecipazione ad uno specifico procedimento può rappresentare uno strumento idoneo a differenziare i suoi protagonisti, proiettandosi così anche sulla loro legittimazione a impugnare il provvedimento finale del procedimento che abbia visto il loro intervento, ma che sia poi risultato comunque lesivo degli stessi: per approfondimenti cfr. DURET Paolo, Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale, Torino, Giappichelli, 1996.

78 NIGRO Mario, Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge), pp. 20-21. La rilevanza della vicenda procedimentale ai fini dell’interpretazione dell’atto amministrativo (e quindi anche del sindacato giurisdizionale) è posta in luce da ultimo anche da DE PRETIS Daria, L’interpretazione dell’atto amministrativo, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024, specie pp. 7-8. Come osserva ancora la medesima studiosa, sintetizzando la posizione del Nigro, “è il procedimento come luogo del dispiegarsi della formazione della volontà dell’amministrazione ciò che soprattutto rende possibile il pieno controllo da parte del giudice amministrativo, che attraverso esso può

Non è un caso allora che la legge italiana dedichi ampia attenzione proprio alla fase istruttoria del procedimento nella quale trovano posto molti degli istituti disciplinati dalla stessa.

Si noti che già una norma della legge del 1889 – che, come s'è visto, ha determinato la nascita del giudice amministrativo – configurava l'istruttoria nel processo come continuazione ed integrazione dell'istruttoria del procedimento: secondo l'art. 16 *“se la Sezione riconosce che l'istruttoria dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti”*, può richiedere all'Amministrazione nuovi schiarimenti o documenti oppure ordinare verificazioni⁷⁹.

In linea di massima dunque ora il rapporto tra procedimento amministrativo e processo è di autonomia riguardo al processo civile e di interdipendenza/integrazione riguardo al processo amministrativo⁸⁰, anche perché quest'ultimo si trova inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa come un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa⁸¹: il giudice amministrativo deve ripercorrere la strada seguita dall'amministrazione nel procedimento e anche l'amministrazione, nel ripercorrere la fase procedimentale dopo l'annullamento di quella precedente da parte di tale giudice, è condizionata dalle risultanze del processo⁸².

Questa “circolarità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo”, si verifica, come sottolinea la giurisprudenza, *“non solo in seguito all'emissione della sentenza e per l'effetto conformativo che dalla medesima deriva nella nuova edizione del potere da parte della P.A., ma anche all'esito dell'ordinanza cautelare volta a sollecitare il riesercizio del potere”*⁸³, come av-

ripercorrere il processo decisionale, verificare l'effettivo ingresso in esso degli interessi rilevanti, apprezzarne la considerazione, cogliere le reali motivazioni della decisione. Tutti elementi necessari al pieno dispiegarsi della funzione giurisdizionale di controllo del corretto esercizio del potere” (Mario Nigro. *Giurista della complessità*, pp. 10-11).

79 Sulle problematiche dell'istruttoria, viste anche nel prisma del rapporto procedimento/processo, cfr. VILLATA Riccardo, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1995, pp. 195 ss., specie pp. 230-233 e, più di recente, SANDULLI Maria Alessandra, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Diritto e società*, n. 2/2020, pp. 195 ss. (ivi anche riferimento all'istituto del “*remand*” e del cd. “*soccorso istruttorio*”, procedimentale e processuale – ovvero l'intervento al fine di consentire al privato di colmare talune carenze di tipo informativo o documentale, imputabili al privato stesso – in cui, secondo la studiosa, “l'incessante interrelazione tra procedimento e processo” appare particolarmente evidente e densa di criticità).

80 CAIANIELLO Vincenzo, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, p. 265.

81 RAMAJOLI Margherita, *Lo statuto del provvedimento*, p. 474.

82 CAIANIELLO Vincenzo, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, p. 265.

83 Cfr., ad esempio, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 9/6/2021 n. 3909. Con l'espressione “effetto conformativo” ci si riferisce alla circostanza che la sentenza di annullamento, oltre a rimuovere l'atto impugnato e i suoi effetti retroattivamente e a produrre un eventuale effetto ripristinatorio, crea un vincolo in capo all'amministrazione qualora questa emani un nuovo provvedimento in sostituzione di quello annullato; l'ampiezza di tale effetto varia in funzione dei motivi di ricorso dedotti in giudizio e alla base della sentenza di annullamento.

viene nella tecnica del “*remand*”: il giudice, mediante queste ordinanze, dette anche “propulsive”, sollecita l’Amministrazione, eventualmente anche nell’ottica di un’integrazione e di una correzione del procedimento amministrativo, a rimettere in gioco l’assetto di interessi definiti con l’atto impugnato e a riprenderne l’esame così da giungere a un atto senza i vizi riscontrati dal Giudice amministrativo in sede cautelare (quindi prima della sentenza). Il Consiglio di Stato italiano ha osservato che tramite queste ordinanze di *remand* “*si realizza una piena integrazione fra processo e procedimento*”, imponendosi all’amministrazione di “*riprendere in esame l’interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale*”⁸⁴, instaurandosi dunque “*un dialogo tra la giurisdizione e l’amministrazione*”⁸⁵.

Tuttavia, nel corso del tempo il quadro dei rapporti procedimento/processo si è fatto più complesso, anche alla luce delle modifiche introdotte nella legge n. 241.

Nel 2005 si è introdotta la previsione dell’obbligo per il responsabile del procedimento o per l’autorità competente di comunicare a chi ha presentato un’istanza per ottenere un provvedimento i motivi che ostano all’accoglimento della domanda prima della formale adozione di un provvedimento negativo, così da consentirgli di replicare entro un breve termine mediante delle osservazioni scritte⁸⁶: una soluzione che, si è osservato, valorizzando ulteriormente il contraddittorio procedimentale, se ben interpretata da amministrazione, privato e giudice, consente una più equilibrata relazione tra procedimento e processo⁸⁷.

Una norma che invece ha fatto molto discutere (e che è stata ripresa dalla legge tedesca del 1976) stabilisce: “*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. [...]*”⁸⁸.

Le due previsioni esprimono una tendenza antiformalista, l’opzione per una prevalenza della sostanza sulla forma e la valorizzazione del risultato dell’amministrare.

84 Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 giugno 2006, n. 4239.

85 Consiglio di Stato, Sezione V, 19 febbraio 2007, n. 833.

86 Cfr. l’art. 10-*bis* della legge n. 241, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

87 RAMAJOLI Margherita, Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2022, pp. 595 ss.

88 Cfr. l’art. 21-*octies*, comma 2.

Tuttavia, ci si è opportunamente domandati se si possa “valutare meritevole di conservazione un atto amministrativo a prescindere dalla sua legalità procedimentale”⁸⁹. Il punto è stato oggetto di ampio dibattito nella dottrina italiana, considerando che, secondo Jhering, “[l]a forma è la nemica giurata dell’arbitrio e la sorella gemella della libertà”⁹⁰.

Qui il modello del rapporto tra procedimento e processo, s’è detto, parrebbe “tornato quello, da un lato, della separatezza-indifferenza: nel senso che l’ordinamento guarda al risultato della funzione non al modo del suo esercizio. Se il risultato può ritenersi realizzato, il come diviene recessivo”⁹¹. Emerge anche una nuova alternatività tra procedimento e processo: non nel senso, come s’è visto, dello “sviluppo di una forte tutela procedimentale degli interessi a fronte di una più timida garanzia processuale ma, per l’attività vincolata, della sostituzione del processo al procedimento”, con il rischio però che il secondo divenga, come s’è detto con efficace immagine, la “officina di riparazione” del primo, venendo il contraddittorio nel processo a surrogare la mancanza di contraddittorio nel procedimento⁹² e verificandosi uno “spostamento”, o meglio una “duplicazione”, dell’attività istruttoria propria del procedimento nel processo fino alla sostanziale rinnovazione del procedimento stesso⁹³.

Il rischio che il processo si trasformi in “una sorta di procedimento di riesame condotto sotto mentite spoglie processuali” e divenga “un improprio succedaneo del procedimento amministrativo”⁹⁴ si verifica anche se si accetta l’orientamento, per la verità non pacifico nella dottrina e giurisprudenza italiana, favorevole ad ammettere la “motivazione postuma”, ossia la possibilità per l’amministrazione di integrare la motivazione dei provvedimenti (o addirittura di renderla nota per la prima volta) nel corso del giudizio.

Questa impostazione, secondo la quale “il processo diviene una sorta di camera di compensazione delle violazioni procedimentali”, in forza di un “gioco di compensazioni tra procedimento e processo”, si verifica anche seguendo le posizioni espresse dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel contenzioso relativo alla legittimità delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti: la Corte da un lato afferma che il procedimento sanzionatorio condotto dall’Autorità ha un carattere sostanzialmente penale, dall’altro sostiene la possibilità di compensare adeguatamente le eventuali carenze di imparzialità riscontrabili

89 SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, p. 594.

90 Cfr. JHERING Rudolph Von, *Geist del römischen Rechts*, IV ed., Leipzig 1888, II.2, §45, p. 471 (“*Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit*”).

91 SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, p. 607.

92 Per questi rilievi cfr. nuovamente SALA Giovanni, Procedimento e processo nella nuova legge 241, pp. 607-608.

93 GENNAI Margherita, La legittimazione all’impugnativa dell’atto collegiale nella nuova dialettica fra procedimento e processo, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2021, p. 565.

94 RAMAJOLI Margherita, Lo statuto del provvedimento, pp. 473-474.

nel procedimento amministrativo per mezzo di una fase giurisdizionale che sia contrassegnata dal pieno rispetto delle garanzie del giusto processo (la cd. *full jurisdiction*)⁹⁵.

Qui però, più che una “integrazione tra procedimento e processo”, è il processo che diviene un improprio “sostituto” del procedimento amministrativo.

Mi sembra però che anche nella giurisprudenza brasiliana non manchi la posizione favorevole a una “convalida giudiziale degli errori *processuali* della sfera amministrativa (extragiudiziale), accontentandosi della tesi secondo la quale gli interessati o le autorità pubbliche possono sopperire ad essi qualora vi sia l’opportunità di agire o di difendersi giudizialmente”⁹⁶.

Per finire si può ricordare l’introduzione nella disciplina del procedimento, in seguito alla normativa anti-corruzione italiana, di modelli processuali, come la “decisione semplificata” con una motivazione sintetica, qualora le amministrazioni ravvisino «*la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda*»⁹⁷ – che importa quasi testualmente una disposizione del codice del processo amministrativo sulla “sentenza semplificata” – o la regola dell’astensione obbligatoria del funzionario procedente⁹⁸, di nuovo secondo un modello analogo a quello previsto per il giudice⁹⁹.

In conclusione vorrei accennare al rapporto procedimento/processo in relazione a una recente problematica che sta fortemente investendo anche il

95 TROPEA Giuseppe, Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 1/2021, pp. 334-335; l’Autore, che descrive dunque una parabola “dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo”, osserva peraltro criticamente che la sede processuale diviene allora “l’unico contesto in cui il cittadino possa effettivamente pretendere il rispetto delle garanzie procedurali, che tali in definitiva non sono (più), giacché il loro rilievo finisce per manifestarsi a procedimento ormai concluso” (ivi, p. 335). In argomento cfr. altresì, sempre in chiave critica, ALLENA Miriam, L’art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 2/2018, pp. 25 ss.

96 PERLINGEIRO Ricardo, Il due process previo alle decisioni amministrative e la tutela giurisdizionale effettiva nel Brasile, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 1/2017, p. 494 (testo originariamente pubblicato in portoghese nella Revista de Processo. San Paolo: Revista dos Tribunais, gen. 239 [2015]: 293-331), che richiama Tribunal Regional Federal da 2ª Região, AC2003.51.03.002508-3 (sentenza del 16 dicembre 2008) secondo cui: “*Não obstante a sentença e, agora, a r. decisão agravada tenham reconhecido a ocorrência de irregularidade no ato administrativo que desdobrou a pensão em favor da companheira, no que toca à falta da notificação da viúva, tal irregularidade restou totalmente superada ao passar pelo crivo do Poder Judiciário, inexistindo óbice, portanto, para à convalidação do referido ato*”

97 Cfr. l’art. 2, comma 1, secondo inciso, della legge n. 241 del 1990.

98 Cfr. l’art. 6 *bis* della legge n. 241 del 1990: “*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*”

99 PERFETTI Luca Raffaello, Sulla distinzione tra procedimento e processo. Diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma del procedimento amministrativo introdotta dalla legislazione anti-corruzione, in Nuove Autonomie, n. 3/2014, pp. 501-502.

mondo dell'amministrazione e ponendo nuovi interrogativi: i processi decisionali automatizzati, o l'*Automated decision-making* (ADM).

Il crescente ricorso a procedure automatizzate, affidate cioè ad algoritmi, a *software* predisposti da società informatiche, specie per procedimenti di natura seriale, ha determinato un ampio dibattito in Italia, dal momento che il ricorso al “funzionario-robot” – eventualmente assoggettato poi al sindacato di uno speculare “giudice-robot” – rischia di svuotare molte delle garanzie che sono previste nell'ordinario procedimento davanti al funzionario umano (si pensi, ad esempio, alla partecipazione, alla motivazione, etc.)¹⁰⁰.

In assenza di norme specifiche nell'esperienza italiana¹⁰¹ è stato il Consiglio di Stato ad aver fissato alcune condizioni minimali da rispettare, tra le quali:

a) sul piano amministrativo, una “*declinazione rafforzata*” della trasparenza (che consenta dunque la conoscibilità dell'algoritmo in tutti gli aspetti), nonché il rispetto dei principi di “*non esclusività*” della decisione algoritmica (cd. *human in the loop*)¹⁰² e di “*non discriminazione*” algoritmica¹⁰³;

b) sul piano giurisdizionale la necessità che la regola algoritmica sia soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

A mio avviso, tuttavia entrambi questi aspetti paiono piuttosto problematici a fronte degli algoritmi cd. di auto-apprendimento o di *machine learning* e di *deep learning*, nonché delle nuove frontiere dell'intelligenza artificiale generativa.

Sia procedimento che processo amministrativo sono comunque chiamati a un'ulteriore evoluzione, anche nella loro interrelazione.

100 Cfr. in argomento ESPOSITO Gianluca Maria, Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2019, pp. 39 ss.; GALETTA Diana-Urania, Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 501 ss.; da ultimo DIACO Daniele, La forma come garanzia di sostanza “umana”: l'impatto dell'automazione procedimentale sull'art. 21-octies, co. 2, della legge n. 241 del 1990, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2024, pp. 223 ss.; ESPOSITO GIUSELLA, Intelligenza artificiale. Quali regole, Bologna, Il Mulino, 2024.

101 Segnalo che da ultimo il Parlamento europeo ha approvato il 6 marzo 2024 la “Legge sull'intelligenza artificiale” (regolamento[UE] 2024/1689).

102 Sulla necessità di garantire una “riserva di umanità” nel contesto di tali decisioni cfr. GALLONE Giovanni, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, Cedam, 2023.

103 Queste garanzie sono state da ultimo recepite nell'art. 30 del più recente Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

BIBLIOGRAFIA

ALLENA Miriam, L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, pp. 25 ss.

ANDRADE Erico, Il cd. *mandado de segurança* individuale nel diritto processuale civile brasiliano, in *Rivista di diritto processuale*, n. 3/2010, pp. 631 ss.

BACELLAR FILHO Romeu Felipe - PIVETTA Saulo Lindorfer, O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99, in *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, pp. 107-135, out./dez. 2014

BENVENUTI Feliciano, Funzione amministrativa, procedimento, processo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, pp. 118 ss.

CAIANIELLO Vincenzo, Rapporti tra procedimento amministrativo e processo, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/1993, pp. 241 ss.

CASSETTA Elio, La difficoltà di «semplificare», in *Diritto amministrativo*, 1998, pp. 335 ss.

CELOTTO Alfonso, L'ansia riformatrice, il Gattopardo e il nuovo articolo 29 della legge 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 69 del 2009, in *www.giustamm.it*, n. 9/2009

CHIEPPA Roberto, Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2010, pp. 667 ss.

DE PRETIS Daria, Mario Nigro. Giurista della complessità, in *Nomos*, *Le attualità nel diritto*, n. 3/2023, pp. 1 ss.

DE PRETIS Daria, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024

DIACO Daniele, La forma come garanzia di sostanza “umana”: l'impatto dell'automazione procedimentale sull'art. 21-octies, co. 2, della legge n. 241 del 1990, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2024, pp. 223 ss.

DOMENICHELLI Vittorio, La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.1/2020, pp. 55 ss.

DURET Paolo, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, Giappichelli, 1996

DURET Paolo, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004

ESPOSITO Gianluca Maria, **Al confine tra algoritmo e discrezionalità. Il pilota automatico tra procedimento e processo**, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2019, pp. 39 ss.

ESPOSITO GIUSELLA, **Intelligenza artificiale. Quali regole**, Bologna, Il Mulino, 2024

FAZZALARI Elio, **Procedimento e processo (Teoria generale)**, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 819 ss.

FAZZALARI Elio, **Istituzioni di diritto processuale**, VIII ed., Padova, Cedam, 1996

FREDIANI Emilio, **Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento**, in *Diritto e società*, 2017, pp. 697 ss.

GALETTA Diana-Urania, **Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali**, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, pp. 501 ss.

GALLONE Giovanni, **Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo**, Milano, Cedam, 2023

GENNAI Margherita, **La legittimazione all'impugnativa dell'atto collegiale nella nuova dialettica fra procedimento e processo**, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2021, pp. 538 ss.

GIANNINI Massino Severo, **Diritto amministrativo**, Giuffrè, Milano, 1993

GORGERINO Francesco, **L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa**, in *federalismi.it*, n. 5/2022, pp. 96 ss.

JEHRING Rudolph Von, **Geist del römischen Rechts**, IV ed., Leipzig 1888, II.2, §45

MEDAUAR Odete, **A processualidade no direito administrativo**, São Paulo, 2008

MONTEDURO Massimo, **Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"**, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2010, pp. 103 ss.

MORBIDELLI Giuseppe, **Il procedimento amministrativo**, in *Diritto amministrativo* (a cura di Mazzarolli e altri), Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 531 ss.

MOTTA Fabrício, CARDUCCI Michele, *L'influenza del diritto amministrativo italiano sulla costruzione delle basi dogmatiche del diritto amministrativo brasiliano*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos* | Belo Horizonte | n. 114 | pp. 129-160 | jan./jun. 2017

NIGRO Mario, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966

NIGRO Mario, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1980, pp. 252 ss.

NIGRO Mario, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, pp. 401 ss.

NIGRO Mario, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1/1989, pp. 5 ss.

NIGRO Mario, *Processo amministrativo*, voce dell'Enciclopedia giuridica italiana, Treccani

PASTORI Giorgio, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, pp. 3165 ss.

PASTORI Giorgio, *The origins of law no. 241/1990 and foreign models*, in *Italian Journal of Public Law – Special Issue*, n. 2/2010, pp. 259 ss.

PATRONI GRIFFI Filippo, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in *Federalismi.it*, n. 5/2015

PATRONI GRIFFI Filippo, *Cittadino e potere a 25 anni dalla legge n.241 del 1990*, in *www.giustamm.it.*, n. 10/2015

PERFETTI Luca Raffaello, *Sulla distinzione tra procedimento e processo. Diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma del procedimento amministrativo introdotta dalla legislazione anti-corrruzione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, pp. 501 ss.

PERLINGEIRO Ricardo, *Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica*, in *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, Jul./Ago. 2011

PERLINGEIRO Ricardo, *Il due process previo alle decisioni amministrative e la tutela giurisdizionale effettiva nel Brasile*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, pp. 483 ss. e in *Revista de Processo. San Paolo: Revista dos Tribunais*, gen. 239 [2015]: 293-331

RAMAJOLI M., Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto, e processo, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2010, pp. 459 ss.

RAMAJOLI Margherita, Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2022, pp. 595 ss.

RAMAJOLI Margherita, Dal provvedimento al procedimento amministrativo e ritorno. Rileggendo Mario Nigro, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, n. 1/2024, pp. 1 ss.

SALA Giovanni - VILLATA Riccardo, voce **Procedimento amministrativo**, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. XI, Torino, UTET, 1996, pp. 574 ss.

SALA Giovanni, **Procedimento e processo nella nuova legge 241**, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2006, pp. 572 ss.

SANDULLI Aldo Mazzini, **Il procedimento amministrativo**, Milano, Giuffrè, 1940

SANDULLI Maria Alessandra, **Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo**, in *Diritto e società*, n. 2/2020, pp. 195 ss.

SCHIMA H., **Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti**, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, pp. 757 ss.

SCHMITT GLAESER Walter, **Il procedimento amministrativo e la sua legge (un'osservazione introduttiva)**, in MASUCCI Alfonso (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania*, Napoli, Formez, 1979, pp.

SUNFELD Carlos Ari, **Processo e procedimento amministrativo no Brasil**, in SUNFELD Carlos Ari – MUÑOZ Guillermo Andrés (Coordenadores), *As leis de processo administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*, Malherois, 2000, pp. 17 ss.

TROPEA Giuseppe, **Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione**, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2021, pp. 319 ss.

VILLATA Riccardo, **Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento**, in *Diritto processuale amministrativo*, 1995, pp. 195 ss.

SOBRE LA CREACIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN (1825-1832)

ON THE CREATION OF THE REPUBLIC AND THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTION (1825-1830)

RAMIRO CASTRO*

RESUMEN

La creación del Estado Oriental del Uruguay fue la consecuencia de un complejo proceso que ha sido estudiado extensamente por la historiografía nacional. Sin embargo, los constitucionalistas uruguayos se han dedicado a describir la organización administrativa y la consagración de los derechos fundamentales en la primera Carta Magna, aportando un enfoque técnico que prescinde del análisis de las circunstancias fácticas que dificultaron su efectividad. En este sentido, el trabajo propone analizar la Constitución uruguaya de 1830 no solo como un problema estrictamente jurídico sino como un problema histórico, que abordaremos a través de la exposición publicada por Juan Antonio Lavalleja en 1833, con el objeto de estudiar el proceso de creación de la República y analizar la trascendencia de la Constitución en el discurso político de los primeros años del Estado Oriental.

PALABRAS CLAVE: Constitución de 1830. Uruguay. Historia. Derecho. Discurso político.

ABSTRACT

The creation of the Eastern State of Uruguay was the consequence of a complex process that has been widely studied by national historiography. Therefore, Uruguayan constitutionalists are dedicated to uncovering administrative organization and consecrating two fundamental rights in the first Magna Carta, providing a technical approach that dispenses with the analysis of factual circumstances that hinder its effectiveness. In this sense, the work aims to analyze the Uruguayan Constitution of 1830 not only as a strictly legal problem, but as a historical problem, which we will address through the exposition published by Juan Antonio Lavalleja in 1833, in order to study the process of creation of The Republic and analyze the meaning of the Constitution in the political discourse in the first years of the Eastern State.

KEYWORDS: Constitution of 1830. Uruguay. History. Law. Political speech.

INTRODUCCIÓN

La creación del Estado Oriental del Uruguay fue la consecuencia de un complejo proceso que ha sido estudiado extensamente por la historiografía nacional. Sin embargo, desde la academia jurídica uruguaya se ha asumido casi sin cuestionamientos que la República nació con la Convención Preliminar de Paz o con la jura de la primera Constitución el 18 de julio de 1830. En este sentido, los constitucionalistas se han dedicado a estudiar la organización administrativa y la consagración de los derechos fundamentales en la primera Carta Magna, aportando un enfoque técnico que prescinde del análisis de las circunstancias fácticas que dificultaron su efectividad.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Maestrando en Historia Rioplatense em la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República Oriental del Uruguay (UdelaR). E-mail: ramirocastrogarcia@gmail.com.

Por lo tanto, este trabajo propone abordar la Constitución de 1830 no solo como un problema estrictamente jurídico sino como un problema histórico, con la esperanza de aportar una perspectiva que considere la influencia de otros instrumentos jurídicos que contribuyan a dar otro enfoque de la creación del Estado Oriental del Uruguay.

Las intenciones independentistas que motivaron a los orientales a unirse a la Revolución Rioplatense a partir de febrero de 1811, no perseguían la creación de un Estado independiente sino la consolidación de un sistema confederado de provincias autónomas, así como de cualquier nación extranjera cuyas bases pueden hallarse en las Instrucciones del año 1813.

El año 1820 marcó la derrota definitiva de la Revolución Artiguista, pero no desterró las intenciones de recobrar la independencia de esta Provincia sometida por los portugueses primero y los brasileros después, para unirse — manteniendo su autonomía — a las Provincias Unidas del Río de la Plata. Sin embargo, ni la liberación del yugo luso-brasileño ni la creación del Estado Oriental del Uruguay fue capaz de consolidar la paz en la región, sino que por el contrario las provincias rioplatenses continuaron inmersas por décadas en guerras que no se limitaron a la participación de ejércitos y milicias locales, puesto que los distintos caudillos que las protagonizaron contaron con el apoyo de ciertas potencias extranjeras.

Del acuerdo entre el Imperio del Brasil y las Provincias Unidas del Río de la Plata tramado por la diplomacia inglesa para lograr la paz en la región, mediante la creación de una república independiente que se sustanció en la Convención Preliminar de Paz de 1828, comenzó el proceso constituyente que culminó el 18 de julio de 1830 dando una Constitución al nuevo Estado cuya consolidación lejos estaba de conseguirse.

En 1832 tan solo dos años después de haberse jurado la Constitución del Estado Oriental del Uruguay, el líder de la Cruzada Libertadora de 1825 Juan Antonio Lavalleja, condujo un levantamiento militar contra las autoridades de la incipiente república presidida por Fructuoso Rivera, que abordaremos a través de la exposición publicada por aquél en 1833, donde cuestionaba la constitucionalidad de las acciones llevadas a cabo por el Presidente y sus principales colaboradores.

La interpretación de Lavalleja de las disposiciones constitucionales jugó un papel trascendente en su exposición, así como en los documentos del Ministerio de Gobierno y de la Asamblea General que adjunta a la misma. Por ende, la disputa acerca de la legalidad de las acciones de unos y otros coloca a la Constitución en el centro del debate. Por lo que el objeto de este trabajo será estudiar el proceso de creación de la República y analizar la trascendencia de la Constitución en el discurso político de los primeros años del Estado Oriental.

Para llevar a cabo la propuesta comenzaremos por contextualizar la fuente recurriendo a algunos trabajos historiográficos, que complementaremos desde la doctrina y la teoría jurídica por ser la Constitución y su eficacia parte del objeto de estudio. Luego analizaremos la fuente a partir del conflicto de poder entre el Presidente Rivera y Juan Antonio Lavalleja, e intentaremos conocer el empleo de la Constitución en los distintos documentos que componen la fuente. Finalmente y a modo de conclusión, reflexionaremos acerca de los antecedentes de la Constitución de 1830, las formas jurídicas que debía cumplir para la existencia del Estado, qué lugar ocupaba en los documentos estudiados y su eficiencia respecto a la realidad que pretendía aplicarse.

DESDE LA CRUZADA LIBERTADORA AL LEVANTAMIENTO LAVALLEJISTA DE 1832

La creación del Estado Oriental del Uruguay no fue la primera solución que se intentó ante el conflicto suscitado en el Río de la Plata a partir de la Cruzada Libertadora comandada por Juan Antonio Lavalleja. La Declaratoria de la Independencia y la Ley de Unión proclamada el 25 agosto de 1825, inauguró un período caracterizado por la disputa por la adhesión del territorio oriental a las Provincias Unidas del Río de la Plata o al Imperio de Brasil, quienes se arrogaban derechos preexistentes sobre la Provincia.

El desembarco de las huestes lideradas por Lavalleja el 19 de abril de 1825 fue poco a poco ganando adeptos entre los que se hallaba Fructuoso Rivera, que hasta ese entonces se desempeñaba como Comandante General de la Campaña bajo las órdenes del gobierno brasileño. Los revolucionarios avanzaron sobre Montevideo ocupando las poblaciones que habían en el trayecto hasta sitiarlo, a la vez que el 14 de junio del mismo año, Lavalleja erigió su cuartel general en la Villa de Florida y convocó a los representantes de los Cabildos de la campaña para instalar un Gobierno Provisorio, que lo nombró Brigadier General y Comandante en Jefe del Ejército, mientras que a Rivera se lo designó como Inspector General del Gobierno. Para el 20 de agosto se había inaugurado la Primera Sala de Representantes, que decidió que por tres años Lavalleja sería Gobernador General.¹

La Segunda Legislatura se instaló en la ciudad de Canelones en el mes de setiembre de 1826 y tuvo una marcada impronta unitaria, que se reflejó en la identidad de los proyectos legislativos con las iniciativas del gobierno de Buenos Aires liderado por Rivadavia, principalmente a través de la organización política y administrativa centralizada en desmedro de las autonomías locales,

1 Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, El nacimiento de la República, Historia de la República Oriental del Uruguay, Editorial Medina, Montevideo, 1971, pág. 8. Castellanos Alfredo, La Cisplatina, la Independencia y la República caudillesca, Historia Uruguaya N°5, E.B.O., Montevideo, 2011, págs. 34 y 35.

que se reflejó el año siguiente mediante la aceptación de la Constitución emanada del Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas; así como el desplazamiento de Lavalleja de sus cargos como Gobernador y Capitán General de la Provincia Oriental.

Durante las negociaciones de paz — mediadas por Gran Bretaña — entre las Provincias Unidas y el Imperio de Brasil para que éste desocupara totalmente la Provincia Oriental, en el mes de junio del año 1827 se produjo un hecho significativo que complicaría aún más las tensas relaciones de las provincias con el gobierno porteño, precipitando la renuncia de Rivadavia. En efecto, el funcionario encargado de llevar adelante las negociaciones en Río de Janeiro, Manuel García, signó un acuerdo en el que las Provincias Unidas renunciaban a sus derechos sobre estos territorios.²

Las consecuencias de la política unitaria y la “*Convención García*” derivaron en la disolución de la Segunda Legislatura por parte de Lavalleja, que reasumió su cargo como Gobernador.³ Simultáneamente, entre algunos orientales y la diplomacia británica cobró importancia la posibilidad que siempre había sido descartada para conseguir la paz en la región: entablar las negociaciones sobre la base única de la independencia oriental, habida cuenta que al fracaso de la anexión de la Provincia al Imperio de Brasil o a las Provincias Unidas mediante indemnizaciones por gastos de guerra y ocupación militar, se agregó el bloqueo del puerto bonaerense por las flotas brasileras perjudicando gravemente los intereses comerciales de Inglaterra, así como también el influjo sobre la posición brasileña del resonante triunfo militar del ejército de Fructuoso Rivera que había obtenido en las Misiones.⁴

Las negociaciones sobre la base única de la independencia se desarrollaron entre el 11 y el 27 de agosto de 1828 en Río de Janeiro, donde las Provincias Unidas del Río de la Plata y el Imperio de Brasil declararon la independencia de la Provincia sin la participación de los orientales. La Convención Preliminar de Paz estableció la independencia temporaria de la nueva República, instrumentada a través de un protectorado desde el Gobierno Provisorio hasta 5 años después de jurada la Constitución, según los artículos 1, 2, 3, 10 y 11. Consecuentemente, en este período las potencias signatarias de la Convención podrían intervenir en los asuntos internos del Estado Oriental para restablecer el orden, conforme lo establecían los artículos 17 y 18.

2 Zum Felde Alberto, Proceso histórico del Uruguay. Esquema de su sociología, Historia y Cultura N°3, Depto. de Publicaciones Udelar, Montevideo, 1963, pág. 97 y 107. Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, págs. 9 y 10. Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, págs. 66 y 67.

3 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, págs 103-105.

4 Cuando Rivera conquistó las Misiones — pese a que no las retuvo — sus diferencias con Lavalleja eran públicas y notorias, por lo que no pueden dejar de considerarse como un elemento de las tensiones en las que se desarrollaban las negociaciones de paz. (Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, págs. 109, 110 y 114. Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, págs. 72, 73 y 78).

No obstante las restricciones temporarias que el protectorado suponía para la soberanía del nuevo Estado, la Convención Preliminar de Paz no se limitó a ello sino que de los artículos 4 a 7 determinó la organización gubernativa del Gobierno Provisorio y de la Asamblea Constituyente, las características de los lugares dónde debía instalarse y la obligación de la revisión previa a su juramento de la Constitución por los Estados signatarios, para corroborar que no hubieran disposiciones que afectaran su seguridad. Este aspecto es relacionado por algunos historiadores con los problemas de los límites fronterizos existentes desde la época de la Colonia, habida cuenta que sostienen que la brillante ausencia en la Convención acerca de la extensión del territorio del nuevo Estado, fue una de las razones principales para establecer el examen previo de la Constitución por los comisionados de las Provincias Unidas y el Imperio de Brasil.⁵

Con todo no puede soslayarse el interés de la potencia mediadora, Gran Bretaña, que se aseguró la pacificación de la región mediante los artículos 8, 9 y de 12 a 16, así como la libre navegación del Río de la Plata y sus afluentes a través de la inclusión de un artículo adicional que la estableció por 15 años.⁶

Una vez ratificada la Convención Preliminar de Paz el 4 de octubre de 1828, se instauró en San José la Asamblea Constituyente y Legislativa, que estuvo integrada por personalidades de varias regiones de Sudamérica y contó como antecedentes con las Constituciones francesas de 1791 y 1793, la estadounidense de 1787, la de Cádiz de 1812, la de la República de Colombia de 1821, la de las Provincias Unidas de 1819 y 1826, la boliviana del mismo año y la chilena de 1828, además de reglamentos aprobados anteriormente por las Provincias Unidas y la Provincia Oriental entre 1815 y 1817, y entre 1825 y 1827 respectivamente.⁷

La conformación de la Asamblea implicaba instalar un Gobierno Provisorio que estuvo presidido por Rondeau primero y por Lavalleja después, debido a que sus miembros conscientes de la rivalidad entre éste y Rivera decidieron designar a Rondeau pese a no ser oriental. Sin embargo, la proximidad de Rivera y sus adeptos del gobierno al general bonaerense ocasionó dificultades que culminaron con su renuncia, asumiendo Juan Antonio Lavalleja la presidencia del Gobierno Provisorio. Estos hechos llevaron a que Rivera adoptara una actitud revolucionaria que se zanjó, aunque no definitivamente, un mes antes de la jura de la Constitución en lo que se conoció como la “*transacción de los generales*”.⁸

5 Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, págs. 12 y 13. Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, pág. 78.

6 Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, pág. 77.

7 Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, pág. 25. Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, pág. 86.

8 Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, págs. 17 y 18.

Volviendo a las funciones de la Asamblea, su labor legislativa implicó la sanción de las leyes de pabellón, escudo de armas, elecciones, policía, libertad de prensa, vientre y tráfico de esclavos y el restablecimiento de la biblioteca pública. Mientras que la función constituyente consistió en la determinación del nombre del nuevo Estado que no estuvo exento de dificultades así como el de su religión, los criterios para el otorgamiento de la ciudadanía y la organización e integración de los tres poderes estatales.⁹

El 18 de julio de 1830 tras haber sido revisada por los comisionados designados por el Imperio de Brasil y las Provincias Unidas del Río de la Plata, se juró en Montevideo la Constitución del Estado Oriental del Uruguay. Si bien historiadores como Zum Felde, Alcira Ranieri, Pivel Devoto y Gerardo Caetano han puesto distintos énfasis sobre la influencia de la Constitución en los males posteriores de la República y su institucionalidad, no puede desconocerse la situación económica, política e internacional en que surgió.

Sin embargo, todos los historiadores consultados coinciden en el desencuentro con la realidad que padecía la Constitución de 1830 y cuestionan la concepción puramente teórica de los constituyentes en cuanto a que pensaban, como expresaba Alberto Zum Felde, “*que hay modelos constitucionales que han de servir a todos los pueblos, que las constituciones son fórmulas que se aplican*”.¹⁰ En el mismo sentido, Alcira Ranieri y Pivel Devoto criticaban las esperanzas depositadas en la legislación y su efectividad por los juristas de la época: “*Se creía entonces que en el poder mágico de la ley, en su eficacia poco menos que milagrosa aun cuando el país no saliera de su paupérrima existencia*”.¹¹ Por su parte, Gerardo Caetano se refiere al país “*legal*” y al “*real*” para aludir a la ineficacia de la organización política que establecía la Constitución respecto a las circunstancias fácticas que pretendía regular.¹²

Los factores económicos que dificultaban la organización institucional del Estado Oriental del Uruguay se vinculaban con el escaso desarrollo de la agricultura y la industria, siendo el latifundio ganadero la principal actividad de interés y las rentas de aduana el ingreso fundamental del erario público.¹³ Mientras que las causas políticas, se relacionaban con la indeterminación de los límites del territorio y su soberanía relativa, por haber sido su independencia un producto de una concesión de las Provincias Unidas y el Imperio de Brasil con

9 Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, págs. 14-22. Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, págs. 82-90.

10 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, págs. 119.

11 Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, pág. 19.

12 Caetano Gerardo, Historia mínima de Uruguay, Colegio de México, Ciudad de México, 2021, págs. 58 y 59. En este sentido, Alberto Zum Felde realizaba una distinción similar a la de Gerardo Caetano refiriéndose a la “*Constitución legal*” y la “*Constitución real*” (Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, págs. 132).

13 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, págs. 133. Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, págs. 98 y 99.

total prescindencia del proceso emancipatorio que comenzó en 1811, así como la habitual injerencia en los asuntos internos del país propiciadas por las estrechas relaciones entre los caudillos y los partidos rioplatenses y riograndenses.¹⁴

Por su parte, la nueva estructura institucional supuso la sustitución de los Cabildos por las Juntas Económico-administrativas, el centralismo y las amplias facultades del Poder Ejecutivo que podía adoptar medidas prontas de seguridad para confiscar propiedades, arrestar o ejecutar personas sin someterlas al debido proceso (por ejemplo). Además de haber establecido la exclusión de los militares del Poder Legislativo y de las minorías en el gobierno que obstaban la coparticipación política, así como la prohibición del sufragio a peones jornaleros, sirvientes asalariados y analfabetos, favorecieron el caudillismo a la misma vez que contribuyeron para que la Constitución fuera constantemente violada, dirimiéndose las diferencias políticas en el campo de batalla en lugar de las urnas.¹⁵

La autoridad que debería radicar en las instituciones estaba personificada en los caudillos, que eran hombres vinculados a la masa rural y no a las minorías ciudadinas en las que se apoyaban posicionándolas en puestos calve del gobierno. En este sentido, la radicación de Rivera en Durazno tras ser electo presidente, dejando a los políticos-abogados (doctores)¹⁶ en Montevideo para que se ocuparan de los asuntos del Estado, demuestra la inmadurez política de los caudillos para hacerse cargo de la *res pública*.

El rechazo de los doctores que el Presidente había dejado a cargo de las instituciones, debido a sus trayectorias en el período revolucionario,¹⁷ la prescindencia por parte de Rivera de las obligaciones inherentes a su cargo y el estímulo del caudillo bonaerense Juan Manuel de Rosas, motivó a Juan Antonio Lavalleja a levantarse en armas en 1832.¹⁸ El primer alzamiento *lavallejista* fue encabezado por los militares Juan Santana en junio de ese año y Eugenio Garzón al mes siguiente, ocasionando la renuncia de uno de los hombres de confianza da Rivera: Santiago Vázquez, quien debió asilarse en un buque extranjero. Sin embargo, el motín no prosperó y fue sofocado por el Presidente condenando al exilio en Brasil a Juan Antonio Lavalleja, que al año siguiente volvería a intentarlo.¹⁹

14 Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, págs. 60-70.

15 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, págs. 125-134. Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, *ob., cit.*, págs. 40-44 y 60-74.

16 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, pág. 180.

17 Las referencias de la época a los *5 hermanos* alude al círculo de poder de Rivera que estaba integrado por Julián Álvarez, Nicolás Herrera, José Ellauri, Lucas Obes y Juan Andrés Gelly, quienes estaban distribuidos en puestos decisivos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

18 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, pág. 138.

19 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, pág. 139. Castellanos Alfredo, *ob., cit.*, pág. 102. Caetano Gerardo, *ob., cit.*, págs. 32 y 33.

EL PODER MÁGICO DE LA LEY

Desde la academia jurídica mucho se ha escrito sobre la Constitución y el Estado. Destacados constitucionalistas como Justino Jiménez de Aréchaga, Héctor Gros Espiell, José Korzeniak o Rúben Correa Freitas, se han dedicado a estudiar la evolución constitucional del Uruguay y a definir qué es un Estado. Consecuentemente, los enfoques metodológicos de éstos son fundamentalmente técnicos y formalistas, pese a que el lector puede encontrarse con alusiones a las circunstancias históricas en que surgió el Uruguay y cuando se elaboró la primera Constitución, así como también hallará referencias a teóricos del derecho como Hans Kelsen o Carl Schmitt, cuyo común denominador es el carácter meramente expositivo con que lo hacen.

Justino Jiménez de Aréchaga, en el primer tomo de “*La Constitución Nacional*” señala las fuentes de la Constitución de 1830, mientras que desde una perspectiva formalista afirma que el Estado Oriental del Uruguay nació en agosto u octubre de 1828 como producto de la firma y/o ratificación de la Convención Preliminar de Paz, cuestiona las críticas de la eficacia y la constante violación de la Constitución y describe los frustrados intentos para reformarla durante el siglo XIX.²⁰

Pese a que Jiménez de Aréchaga discute la ineficacia de la Constitución, también la reconoce pero reivindica a la Constitución desde el punto de vista político y técnico, a la vez que le atribuye una función pedagógica y civilizadora, que es merecedora de la crítica que realizaban desde la historiografía Zum Felde, Ranieri y Pivel Devoto respecto a la convicción de los juristas de la época de que las leyes y la Constitución bastaban para transformar la realidad. En efecto, Jiménez de Aréchaga afirma: “*estimo que la Constitución de 1830 representa un ejemplo de sabiduría política y de técnica constitucional entre todas las de su tiempo [...] otros pensamos que las Constituciones tienen una función civilizadora, que pueden proyectarse hacia adelante, y que pueden ejercer así una función de pedagogía política fundamental*”.²¹

Por su parte, Héctor Gros Espiell y Juan José Arteaga en el libro “*Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*”, exponen las fuentes de la Constitución de 1830 que son coincidentes con las señaladas por la historiografía y por la mayoría de los constitucionalistas uruguayos, pero considerando previamente el orden jurídico hispánico, el pensamiento constitucional del período revolucionario y la dominación luso-brasilera.²²

20 Jiménez de Aréchaga Justino, *La Constitución Nacional*, tomo I, Cámara de Senadores ROU, Montevideo, 1988, págs. 51-60.

21 Jiménez de Aréchaga Justino, *ob., cit.*, págs. 78 y 79.

22 Gros Espiell Héctor y Arteaga Juan José, *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, F.C.U., 2ª edición, Montevideo, 1991, págs. 11-34.

Respecto a la Constitución y el proceso constituyente, Gros Espiell y Arteaga abordan su complejidad en cuanto a la necesidad de distinguir el requisito de validez de la Constitución de su juramento, debido a que entienden que la validez surge de la labor de la Asamblea Constituyente y de la aprobación de las potencias signatarias de la Convención Preliminar de Paz. Mientras que el juramento del 18 de julio es considerado como un requisito de exigibilidad, es decir, que a partir de ese momento sería posible demandar el cumplimiento de sus disposiciones.²³

Por su parte, en lo atinente al aspecto orgánico de la Constitución, los autores destacan que José Ellauri “*quería dejar abierta la posibilidad futura de una federación con las Provincias argentinas*”, que finalmente no prosperó.²⁴ Además, al igual que los historiadores consultados en el capítulo anterior, Arteaga y Gros Espiell, coinciden en la distancia entre las formas constitucionales y la realidad a la que debían aplicarse, entendiendo de la misma manera que lo hacía Justino Jiménez de Aréchaga que la Constitución creaba normas para el futuro de la República.

En este sentido expresaban: “*El pretendido desajuste con la realidad, el invocado lirismo de los constituyentes, no fue, así, una omisión o un error, sino la consecuencia, buscada y querida, de la voluntad de imponer un sistema normativo que representaba el esquema jurídico de una ideología política. Se produjo, en consecuencia, un frecuente conflicto, usando la expresión de Heller, entre normalidad y normatividad, porque en cierta forma y en determinadas materias reguladas por la Constitución, no se estaba creando derecho válido sino un plan de derecho para el futuro*”.²⁵

En el “*Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*”, José Korzeniak, si bien esboza de manera previa — y por razones didácticas — algunos conceptos propios de la teoría constitucional, no se aparta de la tradición de los constitucionalistas uruguayos debido a que la evolución constitucional se estructura desde la exposición del proceso de elaboración de la Constitución de 1830 y sus fuentes, señalando como tales las Instrucciones del año 1813, las constituciones francesa, norteamericana, chilena y la de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Además, Korzeniak, repasa sucintamente las disposiciones de la Convención Preliminar de Paz, la labor de la Asamblea Constituyente y Legislativa, la revisión del texto constitucional emanado de ésta por el Imperio de Brasil y las Provincias Unidas, la jura de la Constitución y el proceso requerido para reformarla.²⁶

23 Gros Espiell Héctor y Arteaga Juan José, *ob., cit.*, pág. 37.

24 Gros Espiell Héctor y Arteaga Juan José, *ob., cit.*, pág. 36.

25 Gros Espiell Héctor y Arteaga Juan José, *ob., cit.*, pág. 44.

26 Korzeniak José, *Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, F.C.U., 4ª edición, Montevideo, 2008, págs. 176-185.

Al igual que los juristas referidos anteriormente, Correa Freitas, realiza un estudio lineal del constitucionalismo uruguayo; alude a las mismas fuentes y describe las características formales de la Constitución de 1830, destaca su valor desde la teoría constitucional, hace eco de las críticas mayoritarias, reconoce la distancia con la realidad política y social de la época y concluye que más allá de donde radican los fundamentos, el punto de partida de los estudios constitucionales debe ser a partir de 1830.²⁷

No obstante, podemos aprovechar el trabajo de Correa Freitas para apreciar los conceptos de la teoría constitucional que refería Korzeniak, a saber, las nociones de poder constituyente, de Estado y sus elementos, así como la mención de algunas teorías sobre su naturaleza. En efecto, Correa Freitas se apoya en Carl Schmitt para definir el Poder constituyente como la voluntad de una comunidad capaz de determinar su propia existencia y organización política.

Una vez definida esta noción el autor distingue el poder constituyente originario del derivado. El primero consiste en la capacidad de adoptar las formas e institucionalización de una organización política sin limitaciones jurídicas, mientras que el segundo atañe a la posibilidad de modificar o sustituir dicha organización de acuerdo a los requerimientos normativos estipulados previamente para ello.²⁸ Es a partir de estas consideraciones que Correa Freitas afirma que la Constitución de 1830, por ser la primera, fue producto del poder constituyente originario.²⁹

Respecto al Estado, Correa Freitas, lo define como “*el conjunto de los habitantes que viven en un territorio determinado sometidos al orden jurídico*”.³⁰ De este concepto surgen con claridad los elementos del Estado: población, territorio y el poder o autoridad estatal. No obstante, el autor se apoya en lo que en materia constitucional se conoce como las teorías de la naturaleza del Estado, limitándose a reseñar algunas definiciones teóricas provenientes del contractualismo de Rousseau, el sociologismo de Duguit, el positivismo de Kelsen, el institucionalismo de Burdeau o el cientismo político de Toffler.³¹

Si bien en los trabajos aludidos encontramos las fuentes de la Constitución de 1830, algunas referencias a las circunstancias históricas y a las dificultades

27 Correa Freitas Rúben, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, T. I, 2ª edición, F.C.U., Montevideo, 2002, págs. 111.

28 Debe señalarse que la noción de *poder constituyente derivado* no es de Carl Schmit ni puede desprenderse del concepto de Poder constituyente, debido a que éste es una voluntad política que no tiene condicionamientos jurídicos. Por lo tanto, no puede existir ningún poder constituyente que esté condicionado por normas anteriores para modificar la constitución. Se trata entonces de un parallogismo en que incurre el autor uruguayo.

29 Correa Freitas Rúben, *ob., cit.*, págs. 31-36.

30 Correa Freitas Rúben, *ob., cit.*, pág. 67.

31 Correa Freitas Rúben, *ob., cit.*, págs. 68-74.

de su aplicación, así como el recurso a nociones de la teoría constitucional, los juristas uruguayos no los utilizan sino que simplemente se limitan describir el contexto y a reiterar conceptos. Por lo tanto, será nuestra tarea afrontar esta ausencia indagando en las ideas de Hans Kelsen y de Carl Schmit, para luego aplicarlas al proceso de creación e institucionalización del Estado Oriental del Uruguay.

Según Hans Kelsen, un conjunto de normas forman un orden jurídico o un sistema cuando su validez emana de hechos o circunstancias que denomina “*norma fundamental*”.³² En este sentido expresa: “*La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado*”.³³ Abogando por la claridad, Kelsen ejemplifica la creación de la norma fundamental con el caso de la revolución, puesto que del éxito de la misma puede derivar la creación de un nuevo orden jurídico y su Constitución, o de su fracaso la condena por alta traición o sedición de los revolucionarios por violar las normas del sistema que pretendían derrocar.³⁴

Sin embargo, la creación y validez de un nuevo orden jurídico supone para Kelsen cierto grado de eficacia. “*La Constitución establecida por el primer constituyente solo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de la revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta*”.³⁵

La estrecha vinculación entre la validez y la eficacia de un sistema jurídico pone de manifiesto el problema del origen del Estado, esto es, si basta un orden jurídico para que exista el Estado o se requiere de cierto grado de concentración de la autoridad e institucionalización para ello.³⁶ Pese a que Kelsen toma distancia de las doctrinas del Estado que lo conciben como una entidad distinta e incluso preexistente al derecho, reconoce la función ideológica de esta visión dual puesto que permite legitimar al Estado por el derecho, o más precisamente a través de la creación de normas jurídicas, convertirlo en un “*Estado de derecho*”.³⁷

32 Kelsen Hans, *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 16ª edición, Buenos Aires, 1977, págs. 138 y 139.

33 Kelsen Hans, *ob., cit.*, págs. 138.

34 Kelsen Hans, *ob., cit.*, págs. 140-141.

35 Kelsen Hans, *ob., cit.*, pág. 144.

36 Kelsen Hans, *ob., cit.*, pág. 189.

37 Kelsen Hans, *ob., cit.*, pág. 188.

Sin embargo, desde la teoría pura del derecho — que para Kelsen no debe tomar en cuenta consideraciones ideológicas —, un Estado es aquel orden jurídico que consigue consolidar órganos centralizados para la creación y aplicación de las normas jurídicas a los individuos que se encuentren dentro de su territorio. Por lo tanto, el autor sostiene que el Estado es “*un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización*”.³⁸

A diferencia de Kelsen, Carl Schmitt sostiene que la definición de Constitución como orden jurídico, es decir en su sentido positivo, no puede tomarse como el único plausible, debido a que el concepto tiene varias acepciones entre las que destaca la que alude a la Constitución como una unidad política, que es la que puede elaborar una Constitución positiva en función de su Poder constituyente.³⁹ No obstante, el autor refiere al concepto ideal de Constitución, que lo precisa a partir de las ideas liberales en cuanto a que es aquélla que reconoce los derechos fundamentales, la participación del pueblo en el gobierno a través de representantes libremente elegidos y la división tripartita de poderes.⁴⁰

Retomando la distinción entre Constitución como unidad política — o Estado — y el término en su sentido positivo, Schmitt, entiende que la unidad política preexiste a la Constitución positiva en tanto que ésta es la *decisión* sobre su forma y organización.⁴¹ En este sentido, el autor expresa que la “*Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política [...] Toda especie de formación jurídica, y también la formación constitucional, presupone una voluntad como existente*”.⁴²

Por otra parte, Schmitt define al Poder constituyente como “*la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo*”.⁴³ En efecto, el Poder constituyente no tiene limitaciones jurídicas de ningún tipo para decidir la Constitución positiva que se le pretenda dar a una unidad política determinada. Por lo que sería posible

38 Kelsen Hans, *ob., cit.*, pág. 189.

39 Schmitt Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 2ª edición, Madrid, 1996, págs. 30-35.

40 Schmitt Carl, *ob., cit.*, págs. 58-61.

41 Schmitt Carl, *ob., cit.*, pág. 66.

42 Schmitt Carl, *ob., cit.*, pág. 46.

43 Schmitt Carl, *ob., cit.*, págs. 93 y 94.

que dos o más unidades políticas podrían crear un nuevo Estado mediante un pacto; el pacto federal.⁴⁴

Sin embargo, cualquier Estado en función del Poder constituyente podrá darse una organización como unidad política independiente, pero no se instrumentará mediante un pacto con otros Estados, sino que en este caso la Constitución en su sentido positivo se basa en la autodeterminación de la organización de su propia existencia. En otras palabras, para Schmitt la voluntad de una unidad política que decide ser un Estado independiente no podría expresarse jamás en un tratado internacional entre terceros, habida cuenta que significaría la supresión del Poder Constituyente. “*Si por medio de un tratado internacional, que no es un pacto federal (y, por tanto, no cambia el status de cada parte contratante en lo relativo a la adscripción a la federación) se fija un status político de totalidad de uno de los estados contratantes, sólo puede tratarse de formas del sometimiento y dependencia. El pacto contiene entonces una supresión del Poder constituyente del Estado que ha entrado en dependencia*”.⁴⁵

Paradójicamente, pese a que el Poder constituyente puede suprimirse siempre tiene posibilidades de seguir existiendo, debido a que para Schmitt no es posible enajenarlo o absorberlo.⁴⁶ Incluso sobreviviría a las constantes violaciones de la Constitución positiva que haya decidido la unidad política, sin que ello suponga la discontinuidad del Estado. “*En todo caso, es inexacto decir: toda discontinuidad jurídica (de las leyes constitucionales) lleva en sí una cesación de la identidad de la unidad política. Las leyes constitucionales valen sólo a base y en el marco de la Constitución en sentido positivo; y ésta, sólo a base de la voluntad del Poder constituyente. Dentro de estas tres categorías puede darse una discontinuidad, sin que de aquí se siga una discontinuidad del Estado*”.⁴⁷

Pero qué sucedería si una Constitución positiva no fuera una decisión del Poder constituyente, o mejor dicho, que fuera un corolario de su supresión. Si bien Schmitt habla de que podrían crearse Estados dependientes o protectorados, puede buscarse una respuesta desde el concepto de *legitimidad* de una Constitución, “*esto es, reconocida no sólo como situación de hecho,*

44 Schmitt Carl, *ob., cit.*, págs. 82 y 85.

45 Schmitt Carl, *ob., cit.*, págs. 90 y 91. Vale la pena agregar los ejemplos que utiliza Schmitt para referir a estas situaciones: “*Ejemplos de tales Tratados internacionales son los Tratados de protectorado de los siglos XIX y XX. Pero también los tratados de de intervención, con un derecho a intervenir según el criterio del Estado interventor, cambian el status de una unidad política, cuando la intervención significa una decisión sobre conceptos políticos existenciales, como defensa de la independencia exterior, seguridad y orden público*”. (Schmitt Carl, *ob., cit.*, pág. 91).

46 Schmitt Carl, *ob., cit.*, pág. 108.

47 Schmitt Carl, *ob., cit.*, pág. 112.

sino también como ordenación jurídica cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida".⁴⁸

Por lo tanto, si una Constitución que se decidiera habiéndose suprimido el Poder constituyente, probablemente no sería reconocida ni de hecho ni como orden normativo. Sin embargo, como advertimos en el párrafo anterior, Schmitt no se manifestó concretamente sobre esta cuestión sino que se refirió a las consecuencias de los tratados internacionales que establecen "*el status político de totalidad de uno de los estados contratantes*".⁴⁹ Tal vez la fuente que analizaremos en las próximas páginas pueda darnos algunos indicios.

MOTINES Y MEDIDAS PRONTAS DE SEGURIDAD

En cuanto a los documentos que componen la fuente, se trata de la exposición de Juan Antonio Lavalleja publicada en el año 1833 respecto a su participación en los levantamientos armados del año 1832, que se complementa con las distintas comunicaciones cursadas durante los meses de junio y noviembre del mismo año entre el comandante Juan Santana, el Ministerio de Gobierno, el Presidente, Lavalleja y Eugenio Garzón a la Asamblea General, así como las respuestas de ésta a las mismas.

La exposición que Juan Antonio Lavalleja dirigía a la opinión pública refería a los antecedentes del levantamiento en armas del comandante Santana, donde denunciaba la mala y la corrupta administración del Estado por parte de los ministros del gobierno del Presidente Rivera, que no ejercía su cargo conforme a las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 26. Como corolario, Lavalleja justificaba las acciones de Santana y sus subordinados en el proceder de los ministros, que a su criterio vulneraba la independencia de los poderes estatales, las leyes y los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a través de la adopción de las facultades extraordinarias establecidas en el artículo 81.

Respecto a la independencia del Poder Judicial, Lavalleja expresaba que el "*Poder judicial, identificado con el ejecutivo, mera función de él confiada á uno de los cinco hermanos que repartiéndose en todos los poderes constitucionales, por una liga de principios, de intereses y de familia, destruyen la independencia, y la acción de cada uno de ellos, para formar con sus personas el único poder que realmente existe en el estado*".⁵⁰

En cuanto a la intromisión del Poder Ejecutivo en el Legislativo, Lavalleja sostenía que "*para apoderarse de esa fuente inmediata de los otros poderes, se*

48 Schmitt Carl, *ob., cit.*, pág. 104.

49 Schmitt Carl, *ob., cit.*, pág. 91.

50 Lavalleja Juan Antonio, Exposición del General Juan A. Lavalleja, de su conducta relativa a los últimos acontecimientos del Estado Oriental del Uruguay y examen de los hechos del Gobierno de Montevideo, Imprenta de la Independencia, Buenos Aires, 1833, pág. 7.

*aprovecharían de que el sistema representativo en el estado Oriental, es más nuevo que en ninguno de los otros estados de América; que no está por lo mismo bien arraigado todavía [...] como si en un estado desde que los poderes públicos han perdido su equilibrio, y que el uno de ellos por cualquier medio que sea, tiene á los otros en dependencia, no esté ya echado por tierra la constitución, y sentado en su nombre el despotismo”.*⁵¹

A la adopción de las medidas prontas de seguridad por parte del Poder Ejecutivo, Lavalleja le atribuía el empeoramiento de la situación política y su decisión de aceptar el nombramiento como Jefe del Ejército, además de denunciar los excesos cometidos durante su vigencia que vulneraban los derechos fundamentales. “*Los cadalsos y la confiscación han formado la base del nuevo sistema del Gobierno de Montevideo, y mientras que aquellos profusamente derraman sangre, esta, destruyendo de raíz el principio constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad, dá el golpe mas inmoral, mas capaz de excitar la codicia, de perpetuar las convulsiones, de hacer interminables los odios y las venganzas, y de concluir por arrasar el estado”.*⁵²

El relato de Lavalleja aludía a varios documentos entre los que se encuentra la petición del comandante Santana y sus hombres a la Asamblea General, donde expresaba que las acciones del gobierno llevaron a los pobladores y soldados establecidos en la Colonia del Cuareim a la delincuencia y su posterior represión por las fuerzas del presidente Rivera. Los argumentos esgrimidos por Santana para justificar el levantamiento y la participación del Poder Legislativo para solucionar el conflicto, referían a la intromisión del Poder Ejecutivo en la justicia, la transgresión de la Constitución y las leyes en cuanto a confiscación de tierras, ganados y la libertad de las personas.

Por estas razones la petición de Santana culminaba exhortando la intervención del Parlamento: “*¡HH. RR.! á vosotros son patentes estos hechos que hacen la queja pública y el resentimiento universal, que muestran un malestar presente, un porvenir desastroso, el naufragio de nuestra costosa independencia y todas las calamidades que le precederán. Es á vosotros Padres de la Patria, á quien corresponde impedir las, haciendo efectiva la Constitución”.*⁵³

El Poder Ejecutivo dispuso las medidas prontas de seguridad mediante el Decreto del 2 de julio de 1832, que fue firmado por Luis E. Pérez y Santiago Vázquez por considerar que la asonada ponía en peligro la “*existencia política*” de la República. Por su parte, el coronel Eugenio Garzón que se encontraba al mando de las fuerzas armadas de Montevideo, ante la adopción de las medidas le comunicó al día siguiente al Presidente que apoyaba la rebelión que: “*unida en sentimiento con los pueblos, y deseosa de cortar los males á que se provoca,*

51 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, pág. 10.

52 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, págs. 20.

53 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Documento 1º, pág. V.

desconoce la autoridad del Gobierno, y se pone á las órdenes del general D. Juan Antonio Lavalleja, mientras resuelve sobre este grave negocio la Asamblea General, á la cual hemos dado cuenta del estado en que nos hallamos".⁵⁴

De acuerdo a las consideraciones de la comisión que designó la Asamblea General para resolver las pretensiones de Garzón, desde la Secretaría de la misma se le comunicó la decisión de acceder al nombramiento de Juan Antonio Lavalleja como Jefe del Ejército e instar al presidente Rivera a instalarse en Montevideo para ejercer su cargo, además de aprobar las medidas extraordinarias solicitando a los jefes militares a "*la conservación de las garantías públicas é individuales con arreglo á la Constitución y las leyes*".⁵⁵

Sin embargo, la Asamblea General ante la petición del gobierno del retiro de la autorización al presidente Rivera para comandar el Ejército contra el levantamiento, o precisar la conducta del Poder Ejecutivo durante las medidas extraordinarias, el día 7 de julio de 1832 resolvió mediar en el conflicto. El coronel Garzón no tardó en reaccionar, habida cuenta que el 11 de julio con los jefes y oficiales del ejército que lo respaldaban, resolvió cesar a Luis E. Pérez como vicepresidente y reconocer como la única autoridad de las Fuerzas Armadas a Juan A. Lavalleja, quien en una nota cursada el 14 de julio desde las orillas del río Yi afirmaba que la solución de los problemas políticos suponían el relevamiento del "*mando de las armas al señor general Rivera*".⁵⁶

Para fines del mes de setiembre de 1832 el Ejército comandado por el presidente Rivera, había vencido a la asonada liderada por Lavalleja y respaldada por Eugenio Garzón. El 10° día de octubre, Rivera informaba al Ministerio de Guerra la ejecución de algunos militares rebeldes 5 días antes. Sin embargo, el 23 de noviembre el Poder Ejecutivo convocaba extraordinariamente a la Asamblea General para dar cuenta de su actuación.

Del informe se desprende que fueron necesarias erogaciones extraordinarias para proveer a las fuerzas estatales de alimentos, equipos y mantener las obligaciones salariales sin atraso. Para ello fue imprescindible solicitar empréstitos a propietarios y comerciantes, que debieron sanearse recurriendo a la enajenación de tierras públicas, el despojo de los bienes de los líderes rebeldes y el secuestro de sus ganados.

No obstante, ante la necesidad de la aprobación de las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo por la Asamblea General, el gobierno se preocupó por argumentar que los despojos de propiedades y ganados no violaban las Constitución ni los derechos individuales, más concretamente, que no afectaban de forma absoluta a los derechos de propiedad. Consecuentemente, el mensaje del Poder Ejecutivo decía: "*Esta medida de política hace un servicio efectivo, y no*

54 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Documento 3°, pág. VII.

55 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Documento 4°, pág. VII.

56 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Documento 8°, pág. XI.

*cierra la puerta á los actos de justicia á que diesen mérito los sucesos ulteriores: el Gobierno espera que los legisladores desde la altura que se hallan colocados observarán con exactitud las circunstancias en que ha sido dictada y los objetos que abraza, sin destruir por eso el principio sagrado de la inviolabilidad de las propiedades”.*⁵⁷

EL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN DESDE EL LEVANTAMIENTO DE 1832

El enfoque historiográfico nos permite ubicar la fuente y los hechos a que refiere en un contexto en el que las rivalidades políticas y personales entre los protagonistas, Rivera y Lavalleja, se suscitaron desde los tiempos del dominio luso-brasilero y pusieron en peligro el juramento de la Constitución, que finalmente se resolvió por el acuerdo entre los caudillos que se conoce como la “*transacción de los generales*”. No obstante sus enconos personales, la independencia de la Provincia Oriental traía consigo su traumática creación, habida cuenta que fue posible desconociendo las intenciones federalistas que ostentaban las huestes revolucionarias y que se expresó de forma clara y contundente en la Declaratoria de la Independencia el 25 de agosto de 1825.

La perspectiva histórica también posibilita identificar en los documentos las alusiones y comprender el uso en los discursos políticos sobre la vulneración de la separación de poderes, el respeto a los derechos fundamentales, a la Constitución y a las leyes que además no son propios de ese momento, debido a que el republicanismo, el culto de la legalidad y el afán constituyente ya estaban presentes en los discursos del proceso revolucionario. Consecuentemente, se puede advertir en los documentos su carácter político en el discurso y el uso de la argumentación jurídica como un aspecto trascendente para justificar las acciones que tomó el gobierno de Rivera frente al motín de la Colonia del Cuareim y al levantamiento *lavallejista* de 1832.

En este sentido, las exposiciones de Lavalleja y Santana denuncian la mala administración del erario público, la corrupción y las maniobras políticas que afectaban la independencia de los Poderes Legislativo y Judicial por parte del gobierno, la vulneración constitucional del Presidente que no ejercía su mandato desde Montevideo y la transgresión de la inviolabilidad de las propiedades, que eran considerados como actos que habían “*echado por tierra la constitución*”⁵⁸ invocando en consecuencia su cumplimiento.⁵⁹

57 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Mensaje del Poder Ejecutivo á las Cámaras Legislativas, pág. XIX.

58 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, pág. 10.

59 La exposición del Comandante Santana expresava: “*Es á vosotros Padres de la Patria, á quien corresponde impedirlos, haciendo efectiva la Constitución, cuyo juramento sagrado pesa sobre vuestras conciencias, cuyo cumplimiento invocamos*”. (Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Documento 1º, pág. V).

De la misma manera que los militares sublevados demandaban el cumplimiento de la Constitución, los representantes del gobierno entre los que se hallaba el constituyente Santiago Vázquez, utilizaban argumentos jurídicos para fundamentar las acciones militares de Rivera apelando al artículo 81 de la Carta, que establecía la facultad de decretar medidas prontas de seguridad en los casos de conmoción interna o ataque exterior, además de recurrir al discurso jurídico para justificar las confiscaciones de propiedades, de ganados y las ejecuciones de soldados rebeldes durante la vigencia de éstas.⁶⁰ Mientras que la Asamblea General no fue la excepción, pues en su discurso — predominantemente político — lo jurídico aparece como parte de la solicitud a los jefes del ejército para “*la conservación de las garantías públicas é individuales con arreglo á la Constitución y las leyes*”.⁶¹

Por lo tanto, desde la historiografía hemos podido situar el conflicto político de Rivera y Lavalleja como un problema con antecedentes inmediatos, que se prolongaron luego de la jura de la Constitución y que se inscriben dentro los primeros enfrentamientos políticos del proceso de consolidación de la autoridad del gobierno, que lejos estaba de conseguirse por medio de las urnas. Pese a que estas diferencias se dirimieran en los campos de batalla, no obstaron el empleo recurrente de la Constitución, los principios republicanos sobre la separación de poderes, la legalidad y la inviolabilidad de las propiedades que demuestra su importancia y constante presencia en los discursos políticos de la época.

Sin embargo, el abordaje de los documentos desde la perspectiva jurídica, presentan al levantamiento de 1832 como el intento de la consolidación de las instituciones estatales y la búsqueda de la efectividad de las formas jurídicas sobre la realidad de la incipiente República por un lado; mientras que por otro, el conflicto puede verse como un corolario de la abrupta y total independencia que se le concedió al Estado Oriental, que nos obliga a enfocarnos en el período 1825-1830.

Como puede apreciarse en los trabajos doctrinarios de los especialistas en derecho constitucional, pese a las referencias que en algunos casos se hacen sobre el período previo a la jura de la Constitución, a la Convención Preliminar de Paz y al momento en que consideran cuándo se creó la República, su enfoque es puramente formalista y carece de cualquier intento de problematización. Esta ausencia es aún más grave porque los juristas conocen y citan a referentes de la teoría del Estado y la Constitución pero sin tomar en cuenta las consecuencias de la aplicación de los conceptos que sus teorías ofrecen. Por lo tanto, será nuestra tarea tomar las nociones planteadas por algunos de los teóricos más

60 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Documentos 3, 10 y el Mensaje del Poder Ejecutivo á las Cámaras Legislativas, págs. VI, XII-XXI.

61 Lavalleja Juan Antonio, *ob., cit.*, Documento 4°, pág. VII.

destacados que citan los constitucionalistas uruguayos, para analizar el proceso constituyente y luego volver sobre la fuente que aborda este trabajo.

Para el análisis formalista de la Constitución y su proceso de elaboración utilizaremos algunos de los conceptos que propone Hans Kelsen en la “*Teoría pura del Derecho*”. Kelsen entiende que el Estado no es preexistente al orden jurídico, sino que justamente es un conjunto de normas sistematizadas, a la misma vez que reconoce que no todo orden jurídico es un Estado. En efecto, para que se considere válida la primer Constitución de un Estado debe contar con órganos centralizados para la creación y la aplicación de las normas sobre las personas que se encuentran en un territorio determinado de forma perdurable. En otras palabras, la validez de la primera Constitución depende de su eficacia, esto es, que la “*realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones*”.⁶²

Si aplicamos estos conceptos a la Constitución de 1830 tomando en cuenta el período anterior y posterior a su elaboración, observamos que no es el producto de una revolución sino de su desconocimiento mediante un tratado internacional, la Convención Preliminar de Paz de 1828, que impuso la obligación de crearla bajo determinadas condiciones, con una soberanía relativa, un territorio indefinido porque sus fronteras no se establecieron y una falta de eficacia que es reconocida tanto por la academia jurídica como historiográfica.

Por lo tanto, desde el punto de vista formal al Estado le faltan dos de sus elementos fundamentales para ser tal: la soberanía plena y la delimitación del territorio donde ésta se ejercería, que habilita a sostener desde la teoría kelseniana la existencia de un orden jurídico sin Estado,⁶³ puesto que carece de sus componentes esenciales y de la centralización de instituciones especializadas en la creación y aplicación (cumplimiento) de las normas que sanciona.

Desde perspectiva teórica de Carl Schmit, se observa que los constitucionalistas uruguayos al referirse a la Constitución de 1830 lo hacen en un sentido ideal, esto es, que la conciben como tal debido a que reconoce los derechos fundamentales, la separación tripartita de poderes y la representatividad como mecanismo de participación de la ciudadanía en el gobierno. En cambio, si consideramos las otras acepciones del término que plantea Schmitt como el concepto de Constitución como unidad política, el problema que aparecía en Kelsen respecto a la existencia del Estado se desplaza hacia la eficacia y la legitimidad de la Constitución en su sentido positivo, es decir, como decisión.

62 Kelsen Hans, *ob., cit.*, pág. 144.

63 La historiadora Magdalena Candiotti refiere al concepto *derecho sin estado*, para describir la situación de las sociedades hispanoamericanas del siglo XIX y la dispersión de las funciones judicial, legislativa y administrativa. (Candiotti Magdalena, *Ley, Justicia y Revolución en Buenos Aires, 1810-1830. Una historia política*, Las tesis de Ravignani, UBA/CONICET, Buenos Aires, año 2010, págs. 31-33).

Para Schmitt una unidad política es un Estado que tiene la capacidad de adoptar la forma de organización institucional que entienda mejor para su existencia política, sin ningún tipo de limitación jurídica. O lo que es lo mismo, el Estado es una unidad política que puede organizarse como crea más conveniente en virtud de su Poder constituyente, que no es otra cosa que dicha posibilidad de autodeterminarse sin restricciones. Esto significa que para el autor alemán el Estado preexiste a la Constitución positiva, en tanto que ésta es la decisión o adopción de una determinada organización de la unidad política.

Este enfoque supone determinar antes que nada si la Provincia Oriental era una unidad política. Según Zum Felde, la necesidad de frenar el avance portugués sobre estos territorios llevó a Zavala a ocuparlos de forma permanente y en contra de los intereses de Buenos Aires. La riqueza ganadera, el crecimiento demográfico y el desarrollo del comercio del puerto de Montevideo, generó el encono de los comerciantes y saladeristas bonaerenses que opusieron todo tipo de trabas al desenvolvimiento de la ciudad, inaugurando el período que se conoce como la “*guerra entre los puertos*”.

Los conflictos entre las autoridades y comerciantes montevidianos y bonaerenses fueron dando forma a la comunidad política asentada en estos territorios. Este enfrentamiento alcanzó su punto álgido en el *Cabildazo* de 1808, considerado como un acto de reafirmación de la autonomía comercial del puerto de Montevideo respecto de Buenos Aires y precursor del federalismo *artiguista*, cuyos antecedentes se remontan a 1794. Fue a partir de entonces cuando comenzaron las protestas de la Junta de Comerciantes de Montevideo ante el Consejo de Indias, al que le reclamaba la prohibición a la capital virreinal de imponerle medidas o restricciones sin su consentimiento.⁶⁴

La existencia de la Provincia Oriental como unidad política continuó afirmándose y manifestándose a través de documentos como las Instrucciones del año 1813 y la legislación revolucionaria, en la Declaratoria de la Independencia de 1825 y durante las legislaturas posteriores a la instalación del gobierno de la Villa de Florida pero anteriores a 1828. Simultáneamente estos documentos expresaban la voluntad política de la Provincia Oriental, es decir, su Poder constituyente, que pretendía darse una organización política mediante un pacto federal que la incorporara a las Provincias Unidas del Río de la Plata.

La Convención Preliminar de Paz anuló el pacto federal que había decidido la Provincia Oriental, suprimiendo su Poder constituyente y creando un protectorado que duraría hasta 5 años después de jurada la Constitución de 1830, que a la misma vez permitía la intervención de las potencias signatarias del tratado. Las consecuencias de sancionar una Constitución desconociendo la voluntad política de la Provincia, fue su ineficacia, su constante violación sin

64 Zum Felde Alberto, *ob., cit.*, págs. 33-42.

que ello implicara la discontinuidad del Estado pero sí el desconocimiento como orden jurídico, pese a que en los discursos políticos abordamos se utilizara complementariamente por los actores de la época.

Por lo tanto, los documentos analizados brindan un interesante caso en el que se crea una Constitución sin la participación de los representantes de la unidad política o Estado afectado, debido a que nos enseña cómo a conveniencia o por las necesidades del momento se recurría o se desechaban sus disposiciones, lo que no resultaba muy difícil puesto que los hombres influyentes de la época no tenían por qué responsabilizarse por decisiones que no habían tomado. Siendo un claro ejemplo la alusión de Rivera a la Constitución, cuando expresó que no tendría inconvenientes en “*quemar ese librito*”.⁶⁵

CONCLUSIONES: LAS CONSTITUCIONES NO SON FÓRMULAS QUE SE APLICAN

El análisis de la fuente sugiere la continuidad del ideario republicano desde el período revolucionario, la persistencia del afán federalista en algunos actores locales y de la región, la modalidad de ejercicio del gobierno que perduraría a lo largo del siglo XIX y la temprana utilización de las facultades excepcionales del Poder Ejecutivo como las medidas prontas de seguridad. Pese a ello, es posible encontrar discontinuidades que ameritan la revisión de algunos aspectos de los discursos histórico y jurídico, debido a las importantes diferencias que surgen entre la Constitución y sus antecedentes.

Tanto desde el punto de vista historiográfico como jurídico, se identifican las Instrucciones del Año XIII como una de las fuentes de la Constitución de 1830 y los principios republicanos como la separación tripartita de poderes, el principio de legalidad y la concepción de la propiedad privada como derecho fundamental e inviolable.

Los historiadores y los juristas referidos también coinciden en la insistencia de los propósitos federalistas durante el proceso constituyente y posteriormente a la jura de la Constitución, habida cuenta que los autores citados han señalado la influencia de Juan Manuel de Rosas — que tenía intenciones anexionistas — en el levantamiento de Lavalleja, sin perjuicio de las estrechas relaciones de los caudillos locales con los del resto de las provincias y el sur del Imperio de Brasil. En el mismo sentido, Gross Espiell y Arteaga, destacaron la voluntad de José Ellauri de incluir en la Constitución la posibilidad de una futura adhesión a las Provincias Unidas del Río de la Plata.

En cuanto a la modalidad de gobierno del Estado Oriental, el cuerpo documental demuestra el apoyo de los caudillos como el presidente Rivera en las élites intelectuales, que colaborarían recíproca y recurrentemente durante

65 Citado por Gerardo Caetano en: Caetano Gerardo, *ob., cit.*, pág. 60.

todo el siglo XIX. Consecuentemente, los vínculos entre caudillos y doctores no es el único rasgo distintivo de la forma de gobierno, debido a que la fuente da cuenta de la primera vez que se adoptaron las medidas prontas de seguridad, que fueron un mecanismo habitual utilizado por el Poder Ejecutivo para la resolución de conflictos, puesto que para el año 1898 se habían decretado 40 veces.

En cuanto al alcance de las medidas, en los documentos se aprecia que no estaba claro, ya que exhiben argumentos favorables y contrarios sobre las confiscaciones, arrestos y ejecuciones realizadas durante su vigencia, habida cuenta que para algunos suponía la violación de derechos fundamentales mientras que para otros, por su carácter excepcional y concreto no afectaban de forma absoluta las garantías constitucionales. Pese a la imprecisión de su contenido, que haya sido un mecanismo recurrente de los gobiernos subsiguientes nos dice algo sobre su eficiencia, pues su constante adopción y la destacada presencia de la argumentación jurídica en el discurso político de la época, sugieren que si bien la Constitución no era completamente aplicable a la realidad que pretendía regular, algunos de sus institutos sí lo eran.

Sin embargo, es cuestionable tanto desde el punto de vista histórico como jurídico la identidad de la Constitución de 1830 con sus antecedentes, debido a que el uso y el reconocimiento de los principios republicanos contenidos en instrumentos como las Instrucciones de 1813 son tan solo un aspecto que las compone. En efecto, éstas también establecían los límites de nuestro territorio y defendían la soberanía provincial que la Constitución de 1830 no contempló, puesto que no definió las fronteras de la nueva República y dejó su soberanía librada a la voluntad de las potencias signatarias de la Convención Preliminar de Paz.

Por lo tanto, los juristas y los historiadores cuando afirman que las Instrucciones del año XIII suponen un antecedente de la Constitución de 1830, adolecen de un razonamiento metonímico que, tomando la parte por el todo, soslayan la ausencia de los elementos esenciales para la existencia del Estado como los son la delimitación del territorio y su soberanía.

En suma, estas diferencias no menores sumadas a que no se juró una Constitución emanada de un pacto federal como pretendían los revolucionarios artiguistas y los que protagonizaron a la Cruzada Libertadora, invita a reconsiderar las relaciones entre la creación y la realidad de la incipiente República con sus formas jurídicas, ya que las constituciones no son fórmulas que se aplican a cualquier contexto.

BIBLIOGRAFÍA

Caetano Gerardo, **Historia mínima de Uruguay**, Colegio de México, Ciudad de México, 2021.

Candiotti Magdalena, **Ley, Justicia y Revolución en Buenos Aires, 1810-1830. Una historia política**, Las tesis de Ravignani, UBA/CONICET, Buenos Aires, 2010.

Castellanos Alfredo, **La Cisplatina, la Independencia y la República caudillesca**, Historia Uruguaya N°5, E.B.O., Montevideo, 2011.

Correa Freitas Rúben, **Derecho Constitucional Contemporáneo**, T. I, 2ª edición, F.C.U., Montevideo, 2002.

Gros Espiell Héctor y Arteaga Juan José, **Esquema de la evolución constitucional del Uruguay**, F.C.U., 2ª edición, Montevideo, 1991.

Jiménez de Aréchaga Justino, **La Constitución Nacional**, tomo I, Cámara de Senadores ROU, Montevideo, 1988.

Kelsen Hans, **Teoría pura del Derecho**, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 16ª edición, Buenos Aires, 1977.

Korzeniak José, **Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional**, F.C.U., 4ª edición, Montevideo, 2008.

Lavalleja Juan Antonio, **Exposición del General Juan A. Lavalleja, de su conducta relativa a los últimos acontecimientos del Estado Oriental del Uruguay y examen de los hechos del Gobierno de Montevideo**, Imprenta de la Independencia, Buenos Aires, 1833.

Ranieri de Pivel Devoto Alcira y Pivel Devoto Juan, **El nacimiento de la República**, Historia de la República Oriental del Uruguay, Editorial Medina, Montevideo, 1971.

Schmitt Carl, **Teoría de la Constitución**, Alianza Editorial, 2ª edición, Madrid, 1996.

Zum Felde Alberto, **Proceso histórico del Uruguay. Esquema de su sociología**, Historia y Cultura N°3, Depto. de Publicaciones UdelaR, Montevideo, 1963.

SECULARISMO E INCLUSÃO SOCIAL: LAICIDADE COMO BASE PARA OS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTQIAPN+

SECULARISM AND SOCIAL INCLUSION: SECULARITY AS THE BASIS FOR THE RIGHTS OF THE LGBTQIAPN+ COMMUNITY

ROMUALDO FLÁVIO DROPA*

RESUMO

Este trabalho adota uma abordagem analítico-descritiva para explorar como o princípio da laicidade influencia a garantia dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+. O estudo propõe uma análise crítica de como a separação entre Estado e religião pode fortalecer os princípios de igualdade, respeito à diversidade e direitos individuais. Desde a influência histórica da Igreja Católica na política brasileira até a promulgação da Constituição de 1891, que estabeleceu oficialmente a separação entre Estado e igreja, o texto reflete sobre os desafios contemporâneos de manter um estado secular em uma sociedade plural. Destaca-se a relevância da laicidade não apenas como um mecanismo de neutralidade estatal, mas como um recurso essencial para a promoção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva e justa para todos, incluindo a comunidade LGBTQIAPN+. O artigo conclui sublinhando a necessidade de um secularismo proativo que abrace a diversidade e assegure os direitos fundamentais de todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Laicidade. Estado secular. Direitos humanos. Comunidade lgbtqiapn+.

ABSTRACT

This paper adopts an analytical-descriptive approach to explore how the principle of secularism influences the protection of rights for the LGBTQIAPN+ community. The study proposes a critical analysis of how the separation between State and religion can strengthen the principles of equality, respect for diversity, and individual rights. From the historical influence of the Catholic Church in Brazilian politics to the enactment of the 1891 Constitution, which officially established the separation between State and church, the text reflects on the contemporary challenges of maintaining a secular state in a plural society. The relevance of secularism is highlighted not only as a mechanism of state neutrality but as an essential resource for promoting a truly inclusive and just society for all, including the LGBTQIAPN+ community. The article concludes by emphasizing the need for proactive secularism that embraces diversity and ensures the fundamental rights of all citizens, regardless of their sexual orientation or gender identity.

KEYWORDS: Secularism. Secular state. Human rights. Lgbtqiapn+ community.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A LAICIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS. 1.1. Conceito de laicidade e sua evolução histórica. 1.2 A laicidade na Constituição Brasileira de 1988. 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO

* Doutor em Letras pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Patrimônio Histórico e Cultural pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). E-mail: dropa69@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1434-9540>.

DE 1988. 2.1 Conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas. 3. A POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.1 Reconhecimento e conquistas dos direitos da população LGBTQIAPN+. 4. DESAFIOS ATUAIS E FUTUROS NA MANUTENÇÃO DA LAICIDADE. 4.1 Casos recentes envolvendo laicidade e direitos fundamentais no Brasil. 4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439 - Ensino Religioso nas Escolas Públicas. 4.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 - Direito ao Aborto. 4.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 - Criminalização da Homofobia e Transfobia. 4.5 O Projeto de Lei nº 1.904/2024 e a Banca Evangélica. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A questão da secularização e os direitos fundamentais desempenham papéis cruciais na moldura da sociedade moderna, influenciando as interações entre o Estado, os cidadãos e as entidades religiosas. Dentro do diversificado cenário brasileiro, rico em crenças, valores e identidades diversas, torna-se ainda mais essencial entender e implementar esses princípios. Este artigo propõe-se a desvendar a complexa conexão existente entre a secularização e os direitos fundamentais, investigando como eles se entrelaçam para fomentar a construção de uma comunidade equitativa, inclusiva e respeitosa.

Nossa abordagem neste estudo é qualitativa, focalizando numa análise analítico-descritiva que inclui uma revisão abrangente de literatura pertinente, documentos legais, decisões judiciais e teorias acadêmicas significativas. Com esta metodologia, pretendemos mergulhar, ainda que brevemente, na evolução da laicidade, seu impacto nos direitos fundamentais e a relação destes com a proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ no cenário sociopolítico do Brasil.

A título introdutório, destacamos que a secularização é um processo histórico e social complexo que envolve a gradual perda de influência da religião sobre as esferas públicas e privadas da vida. Ao longo do tempo, observamos uma diminuição na prática religiosa e na importância das instituições religiosas. Por exemplo, em muitas sociedades ocidentais, a participação em cerimônias religiosas tem caído significativamente, refletindo uma mudança nas prioridades e valores culturais. Esse fenômeno não significa o desaparecimento da religião, mas sim uma transformação em como ela é percebida e vivida pelas pessoas.

Em contraste, a laicidade refere-se a um princípio constitucional que garante a separação entre o Estado e a religião. No Brasil, essa separação é fundamental para assegurar a imparcialidade do governo em questões religiosas

e para proteger a liberdade de crença de todos os cidadãos. A Constituição de 1988 é clara ao proibir a instituição de uma religião oficial e ao garantir que todos têm o direito de professar suas crenças livremente. A laicidade assegura que o Estado não favoreça nem discrimine nenhuma religião, promovendo a igualdade e a convivência pacífica entre diversas tradições religiosas.

O secularismo, por outro lado, é uma ideologia que defende a promoção ativa da laicidade e a exclusão da influência religiosa sobre a vida pública e as políticas governamentais. Secularismo não é apenas sobre a neutralidade do Estado em relação à religião, mas também sobre a criação de um espaço público onde decisões e políticas são baseadas em princípios racionais e universais, em vez de dogmas religiosos. Isso significa que o secularismo busca proteger a esfera pública da interferência religiosa, garantindo que todos, independentemente de suas crenças, sejam tratados com igualdade e respeito.

Enquanto a secularização é um processo social de mudança, a laicidade é um princípio jurídico que assegura a neutralidade do Estado, e o secularismo é uma postura ideológica que defende essa neutralidade de forma ativa. Essas distinções são essenciais para compreender como diferentes sociedades gerenciam a relação entre religião e vida pública, promovendo um ambiente inclusivo e respeitador das diversas crenças.

Neste sentido, no primeiro capítulo, contextualizamos a laicidade no Brasil, delineando um trajeto histórico que vai dos primeiros momentos da colonização até a sua consolidação na Constituição de 1891. Compreender a progressão deste princípio é vital para analisar sua manifestação nas esferas política, social e jurídica do país. Esta base histórica permite-nos explorar como a secularização é moldada e implementada nas interações entre o Estado e as diversas manifestações religiosas na sociedade brasileira.

Os direitos fundamentais expandem nossa visão para os pilares que sustentam uma sociedade democrática e justa. Ao analisarmos as proteções garantidas pela Constituição de 1988, ganhamos perspectiva sobre a amplitude dos direitos individuais e coletivos que devem ser mantidos num ambiente secular. A interpretação e aplicação desses direitos em uma sociedade de múltiplas crenças apresentam desafios complexos, frequentemente marcados por conflitos entre convicções religiosas e valores democráticos.

No segundo capítulo, abordamos os desafios decorrentes do choque entre estes direitos e crenças religiosas profundamente enraizadas. Analisamos como a sociedade e o sistema jurídico tratam essa interação delicada, buscando um equilíbrio entre garantias individuais e convicções religiosas.

Já no terceiro capítulo, voltamos nossa atenção para a comunidade LGBTQIAPN+, investigando seus progressos em termos de direitos fundamentais. Estudamos o movimento ascendente por igualdade e não discriminação, com foco especial nas conquistas realizadas e nas áreas que ainda

requerem avanços significativos. Dentro deste panorama, detalhamos decisões judiciais transformadoras, explorando como estas vitórias têm fortalecido o reconhecimento dos direitos desta diversidade.

No quarto tópico, focamos nos desafios contemporâneos e futuros relacionados à manutenção da secularização em um ambiente em constante transformação. Damos atenção especial a casos recentes que demonstram a interação entre a laicidade e os direitos fundamentais no Brasil, analisando brevemente a jurisprudência para extrair *insights* sobre como as decisões judiciais têm moldado esta relação.

Finalmente, este artigo propõe-se a desvendar a complexa conexão existente entre a laicidade e os direitos fundamentais, investigando como eles se entrelaçam para fomentar a construção de uma comunidade equitativa, inclusiva e respeitosa. A partir de uma perspectiva analítica e crítica, este estudo visa elucidar as nuances e implicações da laicidade no contexto brasileiro contemporâneo, especialmente no que concerne à garantia dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+. O objetivo central é demonstrar que a secularização, longe de ser um conceito meramente teórico, tem profundas repercussões práticas na promoção de uma sociedade justa e igualitária. Assim, a pesquisa buscará responder a questões fundamentais sobre a eficácia da laicidade em proteger os direitos de minorias sexualmente diversas e em que medida essa proteção está alinhada com os princípios democráticos e de direitos humanos universalmente reconhecidos.

Para alcançar esse objetivo, o artigo adota uma abordagem metodológica multidisciplinar, combinando análises jurídicas, sociológicas e históricas. A metodologia utilizada inclui a revisão de literatura acadêmica sobre laicidade e direitos fundamentais e a análise jurisprudencial da Corte Suprema. Este conjunto diversificado de métodos permitirá uma compreensão abrangente e detalhada do tema, oferecendo ao leitor uma visão clara e fundamentada sobre as interações entre laicidade e direitos fundamentais. Espera-se que os resultados deste estudo contribuam para o debate acadêmico e informem a elaboração de políticas públicas mais inclusivas e eficazes na proteção dos direitos humanos de todas as minorias.

Este estudo, portanto, busca oferecer uma análise retrospectiva das interações complexas entre a laicidade, os direitos fundamentais e a proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+, proporcionando uma visão abrangente de como estas ligações afetam o cenário legal e social no Brasil. Em resumo, o artigo visa trazer luz à interação dinâmica entre a laicidade e os direitos fundamentais na contemporaneidade brasileira, com o objetivo de aprofundar a compreensão da secularização como um pilar fundamental para uma sociedade diversa e democrática, onde a igualdade, a liberdade e a dignidade de todos são priorizadas.

1. A LAICIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A laicidade no Brasil, consagrada na Constituição de 1988, é um princípio fundamental que garante a separação entre Estado e religião, assegurando a imparcialidade estatal e a liberdade de crença para todos os cidadãos. A trajetória histórica desse conceito revela um desenvolvimento complexo e gradual, onde a laicidade se consolidou através de várias transformações políticas e sociais. A transição de um Estado confessional para um Estado laico, iniciada com a Proclamação da República em 1889, marcou um ponto crucial nesse processo, estabelecendo as bases para a laicidade moderna no país. A laicidade deve ser vista como um processo contínuo de negociação e adaptação, onde o Estado busca manter a neutralidade em questões religiosas, promovendo um ambiente de convivência pacífica e respeito mútuo entre diferentes crenças¹.

A evolução da laicidade no Brasil pode ser compreendida através de marcos legislativos significativos, como a Constituição de 1891, que pela primeira vez estabeleceu formalmente a separação entre Igreja e Estado. Este avanço foi reafirmado pela Constituição de 1988, que reforçou o compromisso do Brasil com a laicidade, vedando a instituição de uma religião oficial e assegurando a livre expressão de crenças religiosas. A laicidade brasileira enfrenta desafios constantes, especialmente no contexto de um país culturalmente diverso e religiosamente plural. A atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido crucial na interpretação e aplicação desse princípio, ajustando a liberdade de religião com outros direitos fundamentais e garantindo que a laicidade permaneça um pilar central da ordem democrática e da proteção dos direitos individuais².

Profundamente enraizada no sistema legal brasileiro, a laicidade emerge como um eixo central na divisão entre o Estado e as esferas religiosas. Essa divisão é essencial para assegurar que o governo sustente uma postura de imparcialidade em relação a temas religiosos, protegendo assim a liberdade de culto e evitando qualquer preferência estatal por uma crença particular. O desenvolvimento histórico da laicidade no Brasil é notável por sua progressiva separação entre o domínio civil e o religioso, refletindo uma transição de um Estado confessional para um Estado secular, fortalecendo a autonomia pessoal no que tange às convicções religiosas.

A complexidade do Padroado, por exemplo, enquanto instituição jurídico-religiosa, reflete a intricada relação entre a Igreja e o Estado no Brasil Colonial e Imperial. O Padroado, originário das negociações entre a coroa portuguesa e a Santa Sé, estabeleceu um cenário onde o poder temporal e o

1 CASANOVA, José. Rethinking Secularization: A Global Comparative Perspective. *The Hedgehog Review*, v. 8, n. 1, p. 7-22, Spring/Summer 2006.

2 CAMURÇA, Marcelo Ayres. A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias. *Revista Horizonte*, v. 15, n. 47, p. 855-886, 2017.

espiritual se entrelaçavam, criando uma dinâmica única de governança religiosa que permeava todos os aspectos da vida social e política da época. As implicações do Padroado na sociedade colonial estão na obra “O Diabo e a Terra de Santa Cruz”, destacando como essa relação contribuiu para a formação de uma identidade religiosa singularmente brasileira³.

Por outro lado, é inegável que a historiografia sobre o Padroado muitas vezes peca pela superficialidade. Questões como a resistência indígena ao catolicismo imposto, a adaptação das práticas religiosas africanas e a própria evolução do Padroado durante o período imperial são temas que merecem uma análise mais aprofundada. Na obra “Trópico dos Pecados” se apresenta uma visão mais completa e menos eurocêntrica da história religiosa brasileira, abordando essas nuances com maior profundidade⁴.

Além disso, a influência do Padroado na cultura brasileira contemporânea é um campo vasto e ainda pouco explorado. A persistência de certos rituais e crenças, a influência na literatura e nas artes, e até mesmo o papel do Padroado nas discussões atuais sobre laicidade e ensino religioso são aspectos que conectam o passado ao presente. A obra “As Barbas do Imperador” ilumina as repercussões culturais do Padroado, traçando paralelos entre o século XIX e o Brasil atual⁵.

Ou seja, em apertada síntese, o Padroado é um tema de rica complexidade e diversidade, que desafia os historiadores a tecerem uma narrativa que abarque tanto a profundidade das suas implicações teológicas e políticas quanto a variedade das suas manifestações culturais. É um convite à reflexão sobre como as estruturas do passado moldam as realidades do presente, e como a história é, em si, um mosaico de perspectivas e interpretações.

A evolução da laicidade no Brasil pode ser traçada desde o período colonial, quando a Igreja Católica detinha uma posição dominante tanto na esfera social quanto na política. Durante esse tempo, a religião e o Estado estavam intrinsecamente ligados, influenciando profundamente a vida cotidiana dos brasileiros. Com a independência do Brasil e a subsequente promulgação da Constituição Imperial de 1824, o catolicismo foi oficializado como a religião do Estado, perpetuando a influência eclesiástica. No entanto, a verdadeira transformação começou a ocorrer com a Proclamação da República em 1889 e a promulgação da Constituição de 1891, que finalmente estabeleceu a separação formal entre a Igreja e o Estado. Esse período marcou o início de uma nova era

3 SOUZA, Laura de Mello e. O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil colonial. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

4 VAINFAS, Ronaldo. Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil colonial. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1989.

5 SCHWARCZ, Lília Moritz. As barbas do Imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

na qual a laicidade começou a ser institucionalizada, promovendo a liberdade de culto e a neutralidade estatal.

A Carta Magna de 1891 é reconhecida como um ponto de inflexão na trajetória da laicidade no Brasil, estabelecendo de forma decisiva a separação entre Igreja e Estado e criando alicerces sólidos para a garantia da liberdade de culto e a imparcialidade do governo. Este avanço histórico foi robustamente reafirmado pela Constituição de 1988, que endossou o compromisso do Brasil com a laicidade ao vedar a instituição de uma religião oficial e ao assegurar a livre expressão de crenças e práticas religiosas. Essa evolução na legislação reflete o engajamento do país com um ambiente público imparcial, onde todas as formas de expressão religiosa, ou sua ausência, podem coexistir em harmonia.

Conforme dissemos, a laicidade no Brasil, embora um conceito relativamente moderno, possui raízes que remontam à Primeira Constituição Republicana de 1891⁶. Antes disso, o Brasil, como colônia portuguesa e posteriormente como Império, vivia sob o regime do padroado, onde Igreja e Estado estavam intrinsecamente ligados. Com a Proclamação da República, houve um rompimento formal com essa tradição, estabelecendo-se uma separação entre as esferas religiosa e governamental. Nesse contexto, a Igreja Católica, que havia desfrutado de uma posição privilegiada, resistiu vigorosamente às novas diretrizes laicas, enquanto minorias religiosas viram uma oportunidade para reivindicar seus direitos e praticar sua fé sem a interferência estatal. É interessante notar que, embora a Constituição de 1891 tenha sido um marco importante, a implementação efetiva da laicidade enfrentou inúmeros desafios e resistências ao longo do tempo.

A posição da Igreja Católica durante a transição para um Estado laico foi ambivalente. Por um lado, a Igreja tentou manter sua influência sobre a sociedade brasileira através de diversos meios, incluindo a educação e a caridade. Por outro lado, teve que se adaptar a uma nova realidade onde não possuía mais o monopólio religioso. A reação das minorias religiosas, como os protestantes, os espíritas kardecistas e os adeptos das religiões afro-brasileiras, foi de alívio e entusiasmo, pois agora podiam exercer suas crenças com mais liberdade⁷.

O Código Civil de 1916 trouxe à tona questões complexas sobre a laicidade e a liberdade religiosa. Inserindo artigos que tratavam do charlatanismo, curandeirismo e exercício ilegal da medicina, o Código foi utilizado muitas vezes como pretexto para a perseguição de práticas religiosas minoritárias, especialmente as de origem africana. A legislação visava, em teoria, proteger a sociedade de práticas consideradas prejudiciais, mas na prática, foi uma

6 CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o Imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

7 CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o Imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ferramenta de repressão contra aqueles que não se enquadravam nos padrões religiosos e culturais dominantes. Prandi (2008, p. 120) discute como as religiões afro-brasileiras enfrentaram preconceito e perseguição ao longo do século XX⁸.

A reação das minorias religiosas a essas medidas foi variada. Enquanto algumas se adaptaram discretamente, outras resistiram abertamente, desafiando as autoridades e buscando reconhecimento e respeito para suas práticas. A perseguição contra os kardecistas e os afro-brasileiros não só refletia um preconceito religioso, mas também racial e cultural. A luta por direitos e pela aceitação das religiões afro-brasileiras se intensificou nas décadas seguintes, culminando em movimentos sociais que reivindicavam a igualdade e o reconhecimento de suas tradições como parte integrante do patrimônio cultural brasileiro. Moura (1988, p. 80) aponta que essas religiões desempenharam um papel crucial na resistência cultural e na construção de uma identidade brasileira plural e inclusiva⁹.

Ao longo do século XX, a laicidade brasileira foi testada repetidamente. As décadas de 1930 e 1940, marcadas por governos autoritários, viram um ressurgimento do controle estatal sobre as práticas religiosas. No entanto, a resistência das minorias e a gradual abertura democrática após 1945 permitiram avanços significativos na liberdade religiosa. A Constituição de 1988 consolidou muitos desses avanços, garantindo explicitamente a liberdade de culto e proibindo qualquer forma de discriminação religiosa. Este período também testemunhou um crescente reconhecimento das religiões afro-brasileiras como parte fundamental da cultura nacional, refletido em diversas políticas públicas e na valorização do sincretismo religioso que caracteriza o Brasil.

É essencial entender a laicidade não apenas como uma separação entre Igreja e Estado, mas como um princípio fundamental que assegura a diversidade religiosa e a igualdade de direitos. A luta contínua das minorias religiosas para se afirmarem em um espaço público dominado por uma maioria católica revela as complexidades e desafios da implementação da laicidade em uma sociedade tão diversa como a brasileira. Fernandes (2015, p. 134) argumenta que a consolidação da laicidade no Brasil é um processo dinâmico, marcado por avanços e retrocessos, mas sempre em busca de um equilíbrio que respeite e celebre a diversidade religiosa do país¹⁰.

No contexto contemporâneo do século XXI, a laicidade é desafiada por novas questões em um ambiente culturalmente diverso e expansivo, onde a pluralidade religiosa e os grupos sem religião ganham espaço. Este panorama

8 PRANDI, Reginaldo. *Orixás, Caboclos e Guias: Deuses ou Demônios?* São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

9 MOURA, Carlos Eugênio Marcondes de. *Candomblé: Religião do Corpo e da Alma*. São Paulo: Editora Ática, 1988.

10 FERNANDES, Sílvia. *Religião e Política no Brasil: da República aos Dias Atuais*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

solicita uma interpretação e aplicação continuada da laicidade que honre a igualdade e fomente a convivência pacífica entre diversas crenças. A jurisprudência brasileira, especialmente as decisões do Supremo Tribunal Federal, tem sido vital na exploração da laicidade, ajustando a liberdade de religião com outros direitos essenciais e assegurando que o princípio da laicidade se mantenha como um fundamento crucial para a proteção dos direitos individuais e a perpetuação da ordem democrática.

A compreensão das implicações constitucionais da laicidade no Brasil exige uma análise detalhada de seu conceito e evolução histórica. A laicidade, ao se consolidar como um pilar essencial da estrutura jurídica brasileira, não surgiu de forma abrupta, mas sim através de um processo histórico marcado por mudanças significativas e eventos cruciais. Este princípio de separação entre o Estado e as entidades religiosas é fundamental para a manutenção da imparcialidade estatal em questões de fé e para a garantia da liberdade religiosa de todos os cidadãos. No entanto, para entender plenamente as implicações constitucionais da laicidade, é necessário voltar ao início de sua trajetória, investigando como esse conceito se desenvolveu ao longo do tempo e quais foram os marcos históricos que moldaram sua configuração atual.

Para entender como esses eventos históricos contribuíram para a configuração da laicidade como a conhecemos hoje, é imprescindível explorar em detalhe o conceito de laicidade e sua evolução ao longo dos séculos. A análise das mudanças legislativas e políticas que ocorreram durante este período revelará como o Brasil transitou de um Estado confessional para um Estado laico, fortalecendo a autonomia pessoal e a liberdade religiosa. Esse entendimento histórico é crucial para contextualizar as discussões contemporâneas sobre a laicidade e suas implicações constitucionais, proporcionando uma base sólida para as análises subsequentes.

1.1 CONCEITO DE LAICIDADE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A laicidade, um pilar fundamental na estrutura das relações entre o Estado e as organizações religiosas, é um elemento vital dentro do contexto jurídico brasileiro. Originada da necessidade de independência entre as esferas civil e religiosa, estabelece uma clara divisão que assegura a imparcialidade estatal perante as questões de fé. A trajetória histórica deste conceito é marcada por eventos decisivos na narrativa nacional, caracterizada pela transição de um Estado confessional para um Estado laico, ampliando assim a autonomia pessoal no que concerne a crenças e liberdades religiosas.

A compreensão do conceito de laicidade e sua evolução histórica no Brasil revela a complexidade das interações entre Estado e religião ao longo do tempo. Inicialmente, durante o período colonial e imperial, a Igreja Católica mantinha uma posição dominante, profundamente enraizada na estrutura social e política

do país. A transição para um Estado laico começou com a Proclamação da República e a Constituição de 1891, que formalmente separou Igreja e Estado, promovendo a neutralidade religiosa e a liberdade de culto. Para entender plenamente esse desenvolvimento, é essencial analisar as influências culturais e políticas que moldaram a laicidade brasileira. Conforme Giumbelli (2013, p. 51), a laicidade não é apenas a ausência de religião no Estado, mas um princípio ativo que promove a igualdade e o respeito entre diferentes crenças, garantindo um espaço público neutro e inclusivo¹¹.

A evolução histórica da laicidade no Brasil também foi marcada por conflitos e tensões, especialmente no que diz respeito à implementação efetiva desse princípio. Durante o século XX, a laicidade foi testada por diversas questões, desde a influência da Igreja Católica nas políticas públicas até a perseguição de religiões afro-brasileiras e outras minorias religiosas. A Constituição de 1988 representou um avanço significativo, consolidando a laicidade como um princípio constitucional e garantindo a liberdade de culto. Segundo Mariano (2011, p. 240), a laicidade brasileira é um campo de disputa contínua, onde diferentes grupos religiosos e seculares buscam afirmar seus direitos e espaços de expressão¹². A análise dessas dinâmicas é crucial para compreender como a laicidade se desenvolveu e continua a evoluir no contexto brasileiro, promovendo uma sociedade mais justa e igualitária.

Investigando as origens da laicidade no Brasil, percebemos sua intrínseca relação com o período da colonização. A dominação da Igreja Católica na era colonial criou um panorama onde os domínios religioso e político estavam entrelaçados. De acordo com Sérgio Buarque de Holanda, durante esse período, o catolicismo estava profundamente integrado na estrutura social e nas dinâmicas de poder (HOLANDA, 1936). Essa fusão entre o poder eclesiástico e o civil precipitou a necessidade de estabelecer fronteiras claras entre religião e Estado¹³.

A narrativa da laicidade no Brasil também se enraíza na promulgação da Constituição Imperial de 1824, que nomeou o catolicismo como a religião oficial do país. No entanto, o desenvolvimento substancial da laicidade se manifesta significativamente na Constituição de 1891. Fábio Konder Comparato destaca que a separação entre Igreja e Estado se solidificou como um esteio da nova república, resultando na consolidação da liberdade religiosa e na neutralidade estatal em assuntos confessionais (COMPARATO, 2007)¹⁴. A Constituição

11 GIUMBELLI, Emerson. Para estudar a laicidade, procure o religioso. In: BÉLIVEAU, Verónica Giménez; GIUMBELLI, Emerson (Orgs.). *Religião, Cultura y Política en las Sociedades del Siglo XXI*. Buenos Aires: Biblos, 2013. p. 43-68.

12 MARIANO, Ricardo. *Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública*. Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 238-258, 2011.

13 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Editora José Olympio, 1936.

14 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo:

de 1988 reforça ainda mais a laicidade, proibindo o estabelecimento de uma religião oficial e assegurando a liberdade de crença.

No século XXI, a persistência da laicidade enfrenta novos desafios num contexto cada vez mais multicultural. A crescente diversidade religiosa e a emergência de grupos não religiosos são temas tratados por diversos acadêmicos que buscam compreender a complexa dinâmica entre religião e secularismo na sociedade contemporânea. Segundo Vainfas (2011, p.87), a laicidade deve ser vista como um território neutro, que acolhe todas as manifestações, sejam elas religiosas ou não. Longe de ser um empecilho à religiosidade, a laicidade serve como uma salvaguarda essencial para a coexistência amistosa entre diferentes credos¹⁵.

Além disso, a diversidade cultural e religiosa coloca em evidência a necessidade de um Estado laico que garanta o direito à liberdade de expressão e culto para todos os cidadãos, independentemente de suas crenças. Guerriero (2012, p. 24) explora a importância de um espaço público neutro, que evita a imposição de qualquer religião específica sobre a população. Ele ilumina a relevância de políticas inclusivas que respeitem a diversidade religiosa e cultural¹⁶.

Ademais, a globalização intensifica o encontro entre diferentes culturas e religiões, criando um mosaico social que desafia o conceito tradicional de laicidade. Teixeira (2016, p. 54) discute como o fenômeno da globalização promove a interculturalidade e a necessidade de políticas que garantam a coexistência pacífica entre diferentes crenças. Segundo este autor, um Estado verdadeiramente laico não apenas tolera, mas também celebra a pluralidade religiosa¹⁷.

Por outro lado, o aumento do secularismo e do ateísmo também demanda uma revisão crítica das políticas de laicidade. Mariano (2014, p. 24) argumenta que a laicidade deve ser constantemente reavaliada para assegurar que continue relevante e eficaz em um mundo em mudança. Ele destaca que a laicidade não deve ser entendida como uma rejeição da religião, mas como uma estrutura que garante a liberdade de crença e a igualdade de tratamento para todos os cidadãos¹⁸.

Saraiva, 2007.

15 VAINFAS, Ronaldo. História e laicidade no Brasil: ensaio sobre o pluralismo religioso brasileiro. In: NUNES, G. (Org.). *Religião e laicidade*. São Paulo: EDUSP, 2011.

16 GUERRIERO, Sílvio. *Religião e política: a importância da neutralidade do espaço público*. In: MENDES, G. (Org.). *Direitos Fundamentais e Laicidade*. Brasília: Senado Federal, 2012.

17 TEIXEIRA, Carlos. *Globalização e interculturalidade: desafios para a laicidade*. São Paulo: Cortez, 2016.

18 MARIANO, Ricardo. *Laicidade em tempos de secularismo: reflexões sobre o papel do Estado no Brasil contemporâneo*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, p. 17-32, 2014.

Além disso, é crucial considerar as implicações políticas e sociais da laicidade em sociedades democráticas. Romano (2012, p. 60) discute como a laicidade pode ser um mecanismo para evitar o domínio de um grupo religioso sobre os outros, protegendo assim a democracia e os direitos individuais. Ele sugere que a laicidade deve ser flexível e adaptável às realidades culturais e sociais de cada país¹⁹.

É essencial reconhecer que a laicidade não é um conceito estático, mas dinâmico, que deve evoluir juntamente com a sociedade. Bingemer (2013, p. 67) explora como a secularização afeta a identidade pessoal e coletiva, e como a laicidade pode ser um meio de promover uma sociedade mais justa e igualitária. O autor enfatiza que a laicidade deve ser continuamente negociada e redefinida para refletir as complexas realidades do mundo contemporâneo²⁰.

Ao longo do tempo, o Brasil experimentou transformações significativas, culminando na promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu firmemente a laicidade. Essa lei fundamental não só reconheceu a liberdade religiosa como também estabeleceu o Estado laico, assegurando assim o direito de cada cidadão expressar livremente suas convicções e crenças, em sintonia com os princípios democráticos e direitos fundamentais.

Dentro desse contexto histórico, a laicidade busca não apenas preservar a liberdade religiosa, mas também proteger os direitos humanos e fomentar a coexistência pacífica de diversas práticas de fé no espaço público. Robert Alexy sublinha que é crucial entender a laicidade como um “princípio de equidistância”, onde o Estado não privilegia nem discrimina qualquer crença, sustentando a igualdade e neutralidade nas interações com entidades religiosas (ALEXY, 2006)²¹.

A evolução do conceito de laicidade também está diretamente ligada ao esforço de criar um ambiente inclusivo para todas as correntes religiosas e filosóficas. Flávia Piovesan pontua que a laicidade se realiza plenamente quando reconhece a diversidade cultural, religiosa e filosófica, promovendo o respeito mútuo e a convivência harmônica dentro de um contexto democrático (PIOVESAN, 2018, p. 72)²². Esse panorama reforça a importância da laicidade como alicerce da plena cidadania em uma sociedade diversificada.

Além disso, ao longo de sua trajetória histórica, a laicidade não apenas se solidificou como princípio constitucional, mas também enfrentou desafios

19 ROMANO, Paulo Sérgio. Laicidade e Democracia: entre a neutralidade religiosa e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, n. 7, p. 56-72, 2012.

20 BINGEMER, Maria Clara. *Secularização e laicidade: desafios e oportunidades para a identidade pessoal e coletiva*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2013.

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

22 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e a Constituição de 1988: impactos e Desafios*. São Paulo: Saraiva, 2018.

e tensões no âmbito jurídico. A interação entre a liberdade religiosa e outros direitos fundamentais é uma área de análise crítica. Os conflitos que surgem quando crenças religiosas entram em choque com princípios de igualdade e não discriminação requerem atenção especial.

A jurisprudência tem um papel fundamental na definição dos limites e alcances da laicidade. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal frequentemente examina questões delicadas que envolvem a interação entre direitos fundamentais e a liberdade religiosa. O voto do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que discutiu a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, enfatiza a necessidade de manter a laicidade e a autonomia individual, separando claramente a esfera religiosa da esfera pública (STF, ADPF 442, voto do Ministro Celso de Mello, 2018)²³.

Importante ressaltar que a laicidade não é um princípio isolado, mas parte de um conjunto de valores essenciais. A análise de Robert Cover resalta que a laicidade se entrelaça com o princípio da igualdade perante a lei, criando uma estrutura que protege a dignidade humana e promove a justiça (COVER, 1986, p. 1673)²⁴. Assim, a laicidade não só protege a liberdade religiosa como também reforça a proteção dos direitos individuais e coletivos em uma sociedade plural.

Entender a laicidade como uma ferramenta de harmonização e respeito mútuo é crucial para manter uma sociedade inclusiva e democrática. A conduta do Estado, guiada pelo respeito às crenças individuais e à diversidade, reafirma o compromisso com o estado de direito democrático. Como destaca Jürgen Habermas,

“a laicidade deve ser vista como uma atitude de respeito e abertura, que permite aos cidadãos discutir questões públicas e buscar soluções justas baseadas em argumentos acessíveis a todos, independentemente das suas convicções religiosas” (HABERMAS, 2007, p. 67)²⁵.

Em um mundo cada vez mais plural e diversificado, a laicidade desempenha um papel crucial na promoção da coexistência pacífica e na proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. A separação entre Estado e religião não só garante a liberdade de crença, como também impede que uma visão religiosa específica domine o espaço público. Esse equilíbrio é essencial para preservar a integridade das instituições estatais e assegurar que todas as vozes sejam ouvidas.

23 STF, ADPF 442. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Celso de Mello, 2018.

24 COVER, Robert. *Nomos and Narrative*. Harvard Law Review, v. 97, n. 4, p. 4-68, 1986.

25 HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: estudos Filosófico-Políticos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

Além disso, a laicidade é vital na proteção de minorias e na prevenção de discriminação. A neutralidade do Estado em questões religiosas é fundamental para garantir que todos os cidadãos sejam tratados igualmente, independentemente de sua filiação religiosa. A interseção entre laicidade e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ ilustra a importância dessa garantia, uma vez que a igualdade e a não-discriminação são essenciais para assegurar que todos tenham a mesma oportunidade de participar plenamente da vida pública.

No entanto, é crucial reconhecer que a manutenção da laicidade não é um processo automático. É um esforço contínuo que exige vigilância constante e engajamento ativo por parte das instituições e da sociedade civil. A influência de grupos religiosos nas decisões políticas e legislativas pode representar um desafio à laicidade e à garantia dos direitos fundamentais. Portanto, é necessário um compromisso coletivo para preservar e fortalecer a laicidade como um pilar fundamental do Estado de direito.

O avanço tecnológico e as mudanças sociais trazem novos dilemas e questionamentos que também requerem uma análise cuidadosa à luz da laicidade. A proteção da liberdade de expressão, por exemplo, em um ambiente digital onde opiniões religiosas podem colidir, exige uma abordagem sensível que considere tanto a liberdade individual quanto a manutenção de um espaço público neutro e inclusivo.

A secularização prova ser um pilar essencial na estrutura do Estado brasileiro, fornecendo um terreno fértil para a promoção dos direitos fundamentais e a garantia da pluralidade de crenças. Seu papel vai além da mera separação entre religião e Estado, abraçando a visão de uma sociedade onde todas as convicções podem coexistir de forma respeitosa e harmoniosa. A evolução histórica, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Carta Magna de 1988, demonstra uma trajetória constante em direção a um espaço público que valoriza a autonomia do indivíduo em suas crenças, enquanto protege os princípios democráticos e os direitos humanos.

Nesse contexto, a interseção entre a laicidade e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ exemplifica a relevância da laicidade como um mecanismo de garantia da igualdade e não-discriminação. Conforme a sociedade avança na compreensão da diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero, a laicidade surge como um farol que guia o caminho para uma sociedade mais justa e inclusiva, onde todos podem desfrutar dos mesmos direitos e oportunidades.

No entanto, é essencial permanecer vigilante e atento aos desafios que podem surgir em relação à laicidade no contexto contemporâneo. Como observa Judith Butler, “a laicidade exige não apenas a neutralidade do Estado, mas também a proteção dos direitos dos indivíduos em relação à sua orientação

sexual e identidade de gênero” (BUTLER, 2018)²⁶. Portanto, o diálogo constante entre o Estado, as instituições religiosas e a sociedade civil é fundamental para garantir que a laicidade continue robusta e eficaz na proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

À medida que olhamos para o futuro, é imperativo manter o compromisso com a laicidade como um princípio inabalável que sustenta a ordem democrática e garante a liberdade e a dignidade de cada indivíduo. A preservação da laicidade é um esforço coletivo, uma responsabilidade compartilhada por todos os membros da sociedade, para que as gerações futuras possam herdar uma nação onde a diversidade de crenças floresça em um ambiente de respeito mútuo e convivência harmoniosa.

A evolução histórica da laicidade no Brasil, marcada por transições significativas desde o período colonial até a Constituição de 1891, estabelece um contexto indispensável para compreender sua consagração definitiva na Constituição de 1988. A compreensão do conceito de laicidade e sua trajetória histórica revela como as bases para a separação entre o Estado e a Igreja foram gradualmente fortalecidas, promovendo um ambiente onde a liberdade religiosa e a imparcialidade estatal são pilares fundamentais. Com essa base histórica, torna-se imperativo explorar como a Constituição de 1988 consolidou esses princípios, refletindo os ideais de uma sociedade democrática e pluralista.

A Constituição de 1988 representa um marco na história constitucional brasileira, não apenas por reafirmar os valores democráticos após um período de regime autoritário, mas também por consagrar a laicidade como um dos fundamentos essenciais do Estado. Esse documento jurídico, elaborado em um momento de intensa renovação política e social, buscou assegurar que o Estado mantivesse uma postura neutra em relação a todas as crenças religiosas, garantindo a liberdade de culto e a proteção dos direitos humanos. O artigo 19 da Constituição, que proíbe a instituição de igrejas ou cultos religiosos como entidades estatais, é um reflexo claro desse compromisso com a laicidade.

Além disso, a Constituição de 1988 aborda a laicidade de maneira abrangente, integrando-a a vários aspectos da vida pública e dos direitos fundamentais. A proteção da liberdade de consciência e de crença, bem como a garantia de que nenhuma religião será privilegiada ou discriminada pelo Estado, são princípios que permeiam todo o texto constitucional. Esta abordagem não apenas reforça a neutralidade do Estado em questões religiosas, mas também promove um ambiente onde todas as crenças, ou a ausência delas, podem coexistir pacificamente e com igualdade de tratamento.

A análise da laicidade na Constituição de 1988 permite uma compreensão profunda de como este princípio se materializa na prática, moldando as políticas

26 BUTLER, Judith. *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

públicas e as decisões judiciais. É através desse arcabouço legal que o Brasil busca assegurar uma sociedade justa e equitativa, onde a pluralidade de crenças é respeitada e protegida. Portanto, ao avançar para a próxima seção, será crucial examinar detalhadamente as disposições constitucionais que sustentam a laicidade, explorando como elas contribuem para a proteção dos direitos fundamentais e a promoção de uma convivência harmoniosa e democrática.

1.2 A LAICIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A consagração da laicidade como fundamento essencial na interface entre o Estado e as entidades religiosas atinge seu ponto culminante com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988. Este documento, cristalizado após amplos debates e nutrido pelo desejo de renovação democrática após longos anos sob um governo autoritário, estabeleceu um arcabouço jurídico que espelha os ideais de uma sociedade diversificada e democrática, tendo a laicidade como um de seus eixos principais.

O artigo 19, inciso I, da Constituição é categórico ao proibir que cultos religiosos ou igrejas sejam instituídos como entidades do Estado. Tal medida reflete o claro intento do constituinte de remover qualquer influência religiosa direta do âmbito público, garantindo que o Estado se mantenha autônomo e neutro em questões de fé. Nessa linha, o ministro Sepúlveda Pertence destacou que “a laicidade é o dique que impede o Estado de se alinhar com uma visão religiosa única, marginalizando todas as outras” (STF, ADPF 130, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, 2009)²⁷.

Além disso, a Constituição assegura a liberdade de crença e a livre expressão religiosa a todos os indivíduos, estabelecendo que nenhuma fé seja favorecida ou discriminada. O princípio da igualdade perante a lei (artigo 5º, caput) se entrelaça com a laicidade para evitar que leis ou políticas públicas sejam moldadas por qualquer perspectiva religiosa específica. Dessa forma, a laicidade não apenas salvaguarda as religiões minoritárias mas também promove uma coexistência harmoniosa e a proteção equânime dos direitos de todos os cidadãos, independentemente de suas crenças pessoais.

A estrutura do Estado, delineada na Constituição, reflete também este princípio de laicidade. A divisão dos poderes, a independência do Judiciário e a autonomia dos corpos legislativo e executivo são essenciais para assegurar que a influência religiosa não interfira nas decisões políticas e jurídicas. O respeito pela variedade de convicções religiosas constitui um pilar para a preservação da ordem constitucional e foi enfatizado pelo ministro Ayres Britto em seu voto na ADPF 130 (STF, ADPF 130, voto do Ministro Ayres Britto, 2009)²⁸.

27 STF, ADPF 130. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, 2009.

28 STF, ADPF 130. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Ayres Britto, 2009.

Portanto, a laicidade está intrinsecamente ligada à estrutura normativa da Constituição de 1988, permeando todas as suas cláusulas e proporcionando um alicerce robusto para a convivência democrática e a salvaguarda dos direitos fundamentais numa sociedade que valoriza a pluralidade.

A laicidade, conforme delineada na Constituição de 1988, não é meramente um princípio isolado; ela se entrelaça profundamente com outros valores essenciais estabelecidos na Carta Magna. A busca pelo bem-estar social (artigo 3º, inciso I), a erradicação da discriminação e a promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV) são objetivos que complementam a laicidade, sublinhando a necessidade de uma sociedade que respeite as diferenças e assegure igualdade de oportunidades para todos os cidadãos, independentemente de suas crenças.

Além disso, a laicidade é crucial no contexto educacional delineado na Constituição. O pluralismo de ideias e concepções pedagógicas garantido pelo artigo 206, inciso II, reflete o compromisso do Estado em evitar a imposição de visões religiosas nas instituições de ensino. A liberdade de ensinar e aprender, prevista no artigo 206, inciso III, também está diretamente ligada à proteção da laicidade, assegurando que o ambiente educacional permaneça neutro e inclusivo, e respeitador da diversidade de crenças na sociedade.

A importância da laicidade se estende também ao fortalecimento da democracia participativa. A iniciativa popular na legislação (artigo 61, parágrafo 2º) e a participação social na formulação de políticas públicas (artigo 204) exigem que o Estado aja com neutralidade religiosa, assegurando que as decisões coletivas não sejam influenciadas por agendas religiosas específicas.

No palco internacional, a laicidade reforça a imagem do Brasil como um Estado comprometido com os direitos humanos e a diversidade cultural. A adesão a tratados internacionais que defendem a liberdade religiosa e a não-discriminação, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, destaca o empenho do país em se alinhar a uma ordem mundial que valoriza a dignidade humana e a coexistência pacífica (OEA, Pacto de San José da Costa Rica, 1969)²⁹.

Ou seja, a laicidade na Constituição de 1988 vai além da simples separação entre igreja e Estado. Ela permeia todo o arcabouço legal, refletindo a preocupação dos constituintes em criar uma sociedade inclusiva, democrática e respeitosa das diversas crenças. A laicidade, portanto, não é apenas um conceito, mas um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e uma base para a construção de um país que valoriza tanto a pluralidade quanto a igualdade.

Por fim, a laicidade na Constituição Brasileira de 1988 se revela como um pilar fundamental na estrutura de um Estado democrático de direito que valoriza a diversidade, promove a igualdade e protege os direitos fundamentais

29 OEA, Pacto de San José da Costa Rica. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.

de todos os cidadãos. Sua influência é sentida em vários aspectos da sociedade e da normativa legal, garantindo que o espaço público seja um ambiente neutro e acolhedor, onde todas as vozes possam ser ouvidas sem favorecimento ou discriminação. A laicidade, assim, não é apenas um elemento jurídico, mas um princípio que fortalece o tecido social e político, moldando a interação entre o Estado, os cidadãos e as instituições religiosas. Ao abraçar a laicidade, o Brasil não apenas se alinha aos princípios democráticos globais, mas também consolida sua identidade como uma nação que respeita e celebra a pluralidade cultural e religiosa. Como apontou o Ministro Gilmar Mendes, “a laicidade é uma característica distintiva das sociedades democráticas e pluralistas” (STF, ADI 4.439, voto do Ministro Gilmar Mendes, 2018)³⁰. A busca por uma convivência harmônica e a garantia da liberdade de crença e expressão são essenciais para o desenvolvimento de uma sociedade que preza pelos direitos humanos e pela dignidade de cada indivíduo.

Contudo, é essencial manter vigilância constante sobre os desafios que podem surgir. A preservação da laicidade requer um esforço contínuo para combater qualquer tentativa de instrumentalização religiosa do Estado e para promover políticas públicas que respeitem a neutralidade religiosa. Este é um compromisso que deve envolver todos os setores da sociedade, desde as instituições governamentais até as organizações civis e os próprios cidadãos.

À medida que enfrentamos novos dilemas sociais, a laicidade continua a ser uma bússola que orienta o caminho para uma coexistência justa e equitativa. Sua presença constante lembra que, em um mundo diversificado, a imparcialidade estatal é crucial para promover o bem-estar comum e proteger os valores democráticos.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição de 1988 no Brasil foi um marco notável na trajetória constitucional do país, firmando os direitos fundamentais como colunas vertebrais do Estado democrático de direito. Esta Carta Magna, mais do que assegurar um leque extenso de liberdades tanto individuais quanto coletivas, solidificou os alicerces legais para a proteção e fomento de uma sociedade mais justa, inclusiva e equitativa. Os direitos fundamentais articulados na Constituição vão desde a garantia à vida, liberdade, igualdade e segurança até direitos sociais essenciais como educação, saúde e bem-estar, refletindo o compromisso do Brasil com a dignidade humana e o respeito pela diversidade.

Além disso, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 estão profundamente ligados à liberdade religiosa, garantindo que todos os cidadãos tenham a liberdade de professar sua fé ou optar por não seguir

30 STF, ADI 4.439. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Gilmar Mendes, 2018.

religião alguma. Esse elemento é fundamental para compreender a essência laica do Estado brasileiro, comprometido em manter uma postura de neutralidade em questões religiosas e assegurando que nenhuma crença seja favorecida ou discriminada. Tal previsão constitucional sublinha a importância de um espaço público onde diferentes perspectivas, sejam elas religiosas ou seculares, convivam em harmonia, enriquecendo o tecido social pluralista do Brasil.

A integração dos direitos fundamentais na Constituição desempenha um papel crucial na estruturação do ordenamento jurídico brasileiro, direcionando leis, políticas públicas e práticas governamentais. Esses direitos atuam como um mecanismo de controle e equilíbrio, garantindo que todas as ações do Estado sejam realizadas respeitando as liberdades individuais e coletivas e fomentando a justiça social. Esse quadro constitucional reafirma que os direitos fundamentais não são meramente prerrogativas legais, mas elementos integrantes da identidade democrática do Brasil, essenciais para a sustentação e evolução de uma sociedade que prioriza acima de tudo a dignidade humana.

A promulgação da Constituição de 1988 no Brasil foi um marco que solidificou os direitos fundamentais como pilares do Estado democrático de direito. Este documento histórico não apenas garantiu uma vasta gama de liberdades individuais e coletivas, mas também estabeleceu um novo padrão de proteção dos direitos humanos. O artigo 5º, que consagra a igualdade perante a lei, e outros dispositivos constitucionais refletem um compromisso inabalável com a dignidade humana e a justiça social. No entanto, a implementação desses direitos no dia a dia pode ser um desafio, especialmente quando diferentes direitos entram em conflito. Um dos terrenos mais férteis para essas tensões é o que envolve as crenças religiosas.

A Constituição de 1988 é um marco na proteção dos direitos fundamentais no Brasil, assegurando a dignidade, igualdade e liberdade para todos os cidadãos. Um dos principais desafios enfrentados pelo Estado brasileiro é equilibrar esses direitos com as crenças religiosas, garantindo que a liberdade de culto não conflite com outros direitos fundamentais. A laicidade, nesse contexto, atua como um mediador, promovendo a neutralidade estatal e assegurando que nenhuma religião tenha preferência sobre outra. Conforme Asad (2003, p. 36), a laicidade é um processo dinâmico que envolve a contínua negociação entre o secular e o religioso, buscando garantir um ambiente de respeito e igualdade para todos³¹.

A interação entre direitos fundamentais e crenças religiosas muitas vezes gera conflitos, especialmente em questões sensíveis como a educação religiosa, saúde reprodutiva e reconhecimento de direitos LGBTQIAPN+. A Constituição de 1988 proporciona um quadro robusto para a resolução desses conflitos,

31 ASAD, Talal. *Formations of the Secular: christianity, Islam, Modernity*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

estabelecendo a laicidade como um princípio fundamental que guia a atuação do Estado em matérias religiosas. Segundo Huaco (2008, p. 56), a laicidade no Brasil deve ser compreendida como um princípio constitucional que assegura não apenas a separação entre Igreja e Estado, mas também a proteção dos direitos individuais contra qualquer forma de discriminação religiosa. A análise desses conflitos e a busca por soluções equilibradas são essenciais para a manutenção de uma sociedade justa e democrática.³²

Em um país marcado pela diversidade cultural e religiosa como o Brasil, os conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas são inevitáveis. A liberdade religiosa é um direito garantido pela Constituição, mas sua prática não pode infringir outros direitos igualmente protegidos. Por exemplo, questões relacionadas à saúde reprodutiva, como o direito ao aborto, frequentemente colocam a autonomia das mulheres em confronto direto com as crenças religiosas que condenam a prática. Essa tensão exige uma análise cuidadosa e equilibrada para garantir que a liberdade de crença não seja utilizada como justificativa para a violação de outros direitos fundamentais.

A jurisdição brasileira tem desempenhado um papel crucial na mediação desses conflitos. Decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal (STF) têm buscado equilibrar a liberdade religiosa com a proteção de direitos como a igualdade de gênero e a não discriminação. A ADPF 442, que discute a descriminalização do aborto, é um exemplo significativo dessa dinâmica. O STF tem a difícil tarefa de interpretar a Constituição de forma que os direitos fundamentais sejam otimizados e harmonizados, evitando que um direito se sobreponha de maneira desproporcional aos outros.

Portanto, ao adentrar o estudo dos conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas, é imperativo compreender que a laicidade do Estado brasileiro serve como um baluarte para a proteção da diversidade e da liberdade. A laicidade não busca suprimir a expressão religiosa, mas sim assegurar que essa expressão ocorra dentro dos limites que respeitam os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Explorando esses conflitos, podemos entender melhor como a Constituição de 1988 molda as interações sociais e políticas no Brasil contemporâneo, promovendo uma sociedade mais justa e equitativa.

2.1 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CRENÇAS RELIGIOSAS

A Constituição de 1988 do Brasil destaca-se como um marco na consolidação dos direitos fundamentais, refletindo o compromisso do Estado com a dignidade humana e as liberdades individuais. No entanto, o exercício desses direitos pode gerar complexidades, especialmente quando diferentes

32 HUACO, Guillermo. *Laicidade e Direitos Humanos: Desafios para o Estado Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

direitos se confrontam, frequentemente em relação a crenças religiosas. A coexistência entre direitos fundamentais e convicções religiosas requer uma análise metódica e equilibrada, visando assegurar respeito à diversidade sem comprometer a proteção de nenhum dos valores em jogo.

A laicidade, neste contexto, serve como um princípio guia para arbitrar essas disputas, assegurando que o Estado não privilegie nenhuma crença específica. Isso promove um ambiente onde as convicções individuais podem ser exercidas livremente, desde que não infrinjam os direitos alheios. Robert Alexy enfatiza que balancear direitos em conflito é uma tarefa complexa que requer uma análise minuciosa dos princípios envolvidos, buscando soluções que respeitem a autonomia e a igualdade de todos os cidadãos (ALEXY, 2006, p. 123)³³.

Um exemplo evidente dessa tensão ocorre na discussão sobre a interrupção da gravidez. O confronto entre a liberdade de crença e a autonomia reprodutiva das mulheres apresenta dilemas éticos e jurídicos significativos. No julgamento da ADPF 442, que abordou a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o desafio de harmonizar o direito à vida, a liberdade religiosa e a igualdade de gênero. O Ministro Celso de Mello destacou a importância de preservar a laicidade do Estado ao abordar essas questões, mantendo uma separação clara entre a esfera religiosa e a tomada de decisão pública (STF, ADPF 442, voto do Ministro Celso de Mello, 2018)³⁴.

Assim, a hermenêutica jurídica desempenha um papel crucial na resolução desses conflitos. A interpretação da Constituição deve ser orientada pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, buscando garantir que a liberdade religiosa seja compatível com os demais valores constitucionais. Konrad Hesse descreve a Constituição como um “mandato de otimização”, que exige um esforço contínuo para equilibrar princípios concorrentes (HESSE, 2009, p. 24)³⁵.

Portanto, a laicidade não busca suprimir as crenças religiosas, mas estabelecer um ambiente onde todas as visões de mundo possam coexistir pacificamente e em igualdade. Ao lidar com os conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas, a laicidade oferece uma orientação para decisões que respeitem a autonomia, a diversidade e a dignidade de todos os cidadãos.

33 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2006.

34 STF, ADPF 442. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Celso de Mello, 2018.

35 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2009.

3. A POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A salvaguarda e o reconhecimento dos direitos da população LGBTQIAPN+ emergiram como questões cruciais nas dinâmicas sociais contemporâneas, refletindo avanços significativos na igualdade e na luta contra a discriminação. A Constituição de 1988 no Brasil, ao destacar os direitos fundamentais, lançou um marco legal robusto para defender e promover os direitos de todos os cidadãos, sem distinção de orientação sexual ou identidade de gênero. Este compromisso constitucional com a universalidade dos direitos humanos se estabelece como um pilar crucial para assegurar que a comunidade LGBTQIAPN+ seja resguardada de qualquer forma de preconceito e marginalização, garantindo assim o pleno exercício de sua cidadania e dignidade.

O reconhecimento e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ representam um avanço significativo na promoção da igualdade e justiça social no Brasil. A Constituição de 1988, ao assegurar a dignidade e igualdade para todos os cidadãos, estabelece uma base sólida para a defesa desses direitos. No entanto, a implementação efetiva dessas garantias enfrenta desafios, especialmente no contexto de uma sociedade onde o conservadorismo religioso ainda exerce grande influência. Segundo Sena e Silva (2022, p. 137), a luta pelos direitos LGBTQIAPN+ está intrinsecamente ligada à defesa da laicidade, que garante um espaço neutro e inclusivo, livre de preconceitos religiosos³⁶.

A conquista de direitos pela população LGBTQIAPN+ no Brasil tem sido marcada por vitórias importantes, como o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a criminalização da homofobia e transfobia. Essas conquistas, no entanto, são constantemente ameaçadas por forças conservadoras que buscam restringir esses direitos em nome de crenças religiosas. Conforme Lacerda (2014, pp. 45-50), a laicidade é fundamental para assegurar que as decisões do Estado sejam guiadas por princípios de igualdade e justiça, e não por dogmas religiosos. A defesa contínua da laicidade e a promoção de políticas inclusivas são essenciais para garantir que os direitos da população LGBTQIAPN+ sejam plenamente reconhecidos e protegidos³⁷.

Nos anos recentes, o Brasil testemunhou avanços judiciais e em políticas públicas direcionadas a reforçar os direitos desta população. Decisões judiciais marcantes, como a classificação da homofobia e transfobia como crimes equivalentes ao racismo, revelam uma conscientização crescente e o

36 SENA, João; SILVA, Mariana. Direitos LGBTQIAPN+ e Laicidade no Brasil Contemporâneo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2022.

37 LACERDA, Francisco. Laicidade e Igualdade: os Desafios da Implementação dos Direitos LGBTQIAPN+. Revista de Direito e Sociedade, v. 5, n. 1, p. 45-67, 2014.

reconhecimento da necessidade de proteger esses indivíduos de violências e discriminações. Tais mudanças são reflexo de uma evolução no entendimento social e jurídico, sinalizando um caminho em direção a uma sociedade mais inclusiva que respeita a diversidade e promove a igualdade perante a lei.

Contudo, apesar desses avanços, a comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil ainda se depara com desafios substanciais. Discriminação, violência, exclusão social e uma representatividade inadequada permanecem como barreiras que necessitam de atenção contínua. A realização plena dos direitos fundamentais desses cidadãos requer não só a aplicação efetiva das leis vigentes, mas também a promoção de uma cultura que valorize e aceite a diversidade. Isso demanda um esforço conjunto do Estado, da sociedade civil e de todos os setores sociais para criar um ambiente onde os direitos de cada indivíduo sejam respeitados e assegurados, reforçando assim os princípios democráticos de igualdade e liberdade para todos.

A proteção dos direitos fundamentais da população LGBTQIAPN+ é uma questão central na agenda de direitos humanos no Brasil. A Constituição de 1988, com seu compromisso robusto com a igualdade e a dignidade de todos os cidadãos, oferece uma base sólida para a inclusão e a defesa desses direitos. No entanto, apesar das garantias constitucionais, a luta pela plena cidadania e pelo reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ tem sido árdua e repleta de desafios. A discriminação e a violência ainda são realidades que necessitam de enfrentamento contínuo e determinado. É neste contexto que se destacam as conquistas legais, jurisdicionais e sociais alcançadas nas últimas décadas.

Os avanços na proteção dos direitos LGBTQIAPN+ no Brasil são significativos. Desde a despatologização da homossexualidade até a criminalização da homofobia e transfobia, o caminho percorrido é marcado por vitórias importantes. Decisões judiciais como a do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, são marcos históricos na promoção da igualdade. Além disso, a inclusão da orientação sexual e identidade de gênero nas políticas públicas de direitos humanos demonstra um avanço na luta contra a discriminação e na promoção da dignidade.

Todavia, é fundamental reconhecer que cada conquista foi resultado de mobilização e resistência. O movimento LGBTQIAPN+ no Brasil tem desempenhado um papel crucial na articulação de demandas e na pressão por mudanças. Essa luta contínua reflete-se em marcos legislativos e judiciais que visam garantir um tratamento igualitário. A implementação de políticas afirmativas, por exemplo, busca corrigir desigualdades históricas e promover a inclusão. É um processo contínuo que exige vigilância e ação persistente.

O reconhecimento dos direitos da população LGBTQIAPN+ vai além do âmbito jurídico. Envolve uma transformação cultural e social profunda, que

desafia preconceitos arraigados e promove o respeito à diversidade. A educação e a sensibilização são ferramentas essenciais nesse processo. A mudança de mentalidade e a aceitação da diversidade sexual e de gênero são passos fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

Neste cenário, as conquistas obtidas devem ser celebradas, mas também compreendidas como parte de um processo em evolução. O reconhecimento dos direitos LGBTQIAPN+ é um reflexo do compromisso com a dignidade humana e com os princípios de igualdade e justiça social. À medida que avançamos, é crucial continuar a promover e proteger esses direitos, garantindo que todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, possam viver com liberdade, dignidade e respeito. As vitórias conquistadas até agora são um testemunho da resiliência e da força da comunidade LGBTQIAPN+ e da importância de um compromisso contínuo com a igualdade e a justiça.

3.1 RECONHECIMENTO E CONQUISTAS DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAPN+

A defesa e o reconhecimento dos direitos da população LGBTQIAPN+ tornaram-se fundamentais nas agendas de igualdade e combate à discriminação em sociedades democráticas e plurais. A Constituição Brasileira de 1988, enquanto reflexo do compromisso do país com os direitos humanos, estabeleceu fundamentos sólidos para a inclusão dessa comunidade, garantindo sua dignidade.

O artigo 5º da Constituição, que consagra o princípio da igualdade perante a lei, é a pedra angular da luta por direitos igualitários para a população LGBTQIAPN+. Judith Butler sublinha que a igualdade é um direito intrínseco que não deve ser limitado por questões de orientação sexual, identidade ou expressão de gênero (BUTLER, 2006, p. 89). Esse princípio tem orientado decisões judiciais e políticas públicas voltadas para a redução da discriminação e o fomento à inclusão³⁸.

Contudo, o caminho para o reconhecimento e a garantia dos direitos LGBTQIAPN+ tem sido marcado por desafios e resistências. A ADPF 527, por exemplo, evidenciou a necessidade de proteção legal contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Neste caso, a ministra Cármen Lúcia destacou que a discriminação compromete a dignidade humana e «desumaniza as pessoas» (STF, ADPF 527, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019)³⁹. Essas adversidades chamam a sociedade e o Estado à ação, para efetivar plenamente os direitos fundamentais.

38 BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

39 STF, ADPF 527. Supremo Tribunal Federal, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019.

Reconhecer a importância da laicidade é crucial para construir uma sociedade justa e igualitária, entendendo que assegurar os direitos LGBTQIAPN+ não significa suprimir crenças religiosas, mas sim proteger a dignidade e a liberdade de todos. A laicidade, ao promover uma base neutra, facilita a promoção da igualdade e a não-discriminação, reiterando que os direitos humanos são universais e não devem ser limitados por convicções religiosas.

Os direitos da população LGBTQIAPN+ também são amparados por normas internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclama a igualdade e a não discriminação como direitos de todos, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero (ONU, 1948)⁴⁰. Esse contexto internacional fortalece a interpretação e a defesa dos direitos LGBTQIAPN+ no Brasil.

Importantes avanços legislativos e decisões judiciais, como a ADO 26 e a ADPF 465, que trataram da criminalização da homofobia e da transfobia, refletem um movimento em direção ao equilíbrio entre liberdade religiosa e direitos LGBTQIAPN+, com a laicidade servindo de princípio orientador. O Ministro Celso de Mello, ao votar na ADO 26, enfatizou a necessidade de combater a intolerância em todas as suas formas, protegendo a dignidade de grupos marginalizados (STF, ADO 26, voto do Ministro Celso de Mello, 2019)⁴¹.

A reflexão sobre esses temas é enriquecida por Michael Sandel em “Justiça: O que é Fazer a Coisa Certa”, onde ele discute os desafios éticos surgidos quando valores religiosos colidem com princípios democráticos de igualdade e não discriminação. Ele defende que o diálogo público, orientado pela razão e respeito mútuo, é vital para resolver esses conflitos de forma justa (SANDEL, 2012, p. 159)⁴².

Ao afirmar os direitos da população LGBTQIAPN+ como essenciais para a igualdade e justiça social, a laicidade desempenha um papel crucial, criando um ambiente onde todos os direitos fundamentais são protegidos e respeitados, independentemente das crenças pessoais.

4. DESAFIOS ATUAIS E FUTUROS NA MANUTENÇÃO DA LAICIDADE

A preservação da laicidade, essencial para o funcionamento de um estado democrático, enfrenta obstáculos substanciais no cenário atual, marcado por uma diversidade crescente e mudanças rápidas. Fundamental para a separação entre o Estado e as diversas crenças religiosas, a laicidade é crucial para assegurar

40 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

41 STF, ADO 26. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Celso de Mello, 2019.

42 SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

a equidade entre todas as convicções, promovendo um ambiente público isento de discriminação onde a diversidade cultural e religiosa possa desenvolver-se livremente. Contudo, a crescente polarização de debates sobre questões morais e religiosas, especialmente aqueles que interagem com direitos civis, desafia a capacidade do Estado de manter a imparcialidade e de proteger os direitos de todos os cidadãos.

Atualmente, a laicidade enfrenta a pressão de grupos religiosos que influenciam o debate legislativo e político, a infiltração de perspectivas religiosas em políticas públicas e conflitos entre a liberdade religiosa e direitos fundamentais, como aqueles relacionados à comunidade LGBTQIAPN+. Laicidade não se limita apenas à liberdade de praticar religião, mas também inclui o direito de não seguir nenhuma, e a proteção contra a imposição religiosa em áreas vitais como educação e saúde. A habilidade do Estado em equilibrar respeito pela liberdade religiosa com a proteção de minorias e grupos vulneráveis serve como um barômetro para a saúde da democracia.

Os desafios atuais na manutenção da laicidade no Brasil são numerosos e complexos, refletindo as tensões entre uma sociedade cada vez mais diversa e as tentativas de grupos religiosos de influenciar políticas públicas. Casos recentes envolvendo a presença de símbolos religiosos em espaços públicos e o ensino religioso nas escolas mostram que a laicidade é um campo de batalha contínuo. Segundo Montero (2009, p. 45), a laicidade não é um estado alcançado de uma vez por todas, mas um processo que requer vigilância constante e adaptação às novas realidades sociais e culturais⁴³. O papel do Supremo Tribunal Federal tem sido crucial na interpretação e aplicação da laicidade, garantindo que os direitos fundamentais sejam protegidos em um contexto de pluralidade religiosa.

Um exemplo significativo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, que questiona o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras. Essa ação destaca a necessidade de uma abordagem laica na educação, assegurando que nenhuma crença específica seja promovida em detrimento de outras. Conforme Giumbelli (2024, p. 34), o julgamento dessa ação pelo Supremo Tribunal Federal foi um marco na defesa da laicidade, estabelecendo diretrizes claras sobre a necessidade de uma educação religiosa neutra e inclusiva. A manutenção da laicidade em um contexto de diversidade religiosa e cultural é essencial para a promoção de uma sociedade justa e democrática, onde todos os cidadãos têm seus direitos respeitados e protegidos⁴⁴.

Olhando para o futuro, enfrentamos o desafio de manter a laicidade adaptada às novas dinâmicas sociais, garantindo que ela continue a servir como

43 MONTERO, Paula. *Religião, Pluralismo e Laicidade: Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

44 Giumbelli, Emerson. *Educação, Laicidade e Pluralismo: reflexões sobre o ensino religioso no brasil contemporâneo*. *Revista Brasileira de Educação*, v. 29, n. 116, 2024.

fundamento para a igualdade, liberdade e coexistência pacífica numa sociedade cada vez mais heterogênea. Isso demanda uma vigilância contínua e um reforço nos compromissos com princípios democráticos, assegurando que a laicidade se mantenha como uma ferramenta essencial para intermediar as relações entre diferentes grupos sociais e salvaguardar direitos essenciais. Educar sobre o valor e a importância da laicidade, manter um diálogo constante entre variadas facções da sociedade e sustentar um judiciário independente e justo são imprescindíveis para enfrentar esses desafios e assegurar que a laicidade continue a promover um convívio justo e harmonioso.

A manutenção da laicidade no Brasil enfrenta desafios constantes e complexos. Em um cenário de crescente diversidade cultural e religiosa, garantir a separação entre Estado e religião é vital para a preservação dos direitos fundamentais e da igualdade. No entanto, essa tarefa não é simples. A influência de grupos religiosos nas esferas política e social muitas vezes coloca à prova a neutralidade do Estado, resultando em tensões e conflitos que exigem uma atenção cuidadosa e contínua. É nesse contexto que se insere a análise dos desafios atuais e futuros na manutenção da laicidade, um princípio essencial para uma sociedade plural e democrática.

A laicidade, como garantida pela Constituição de 1988, visa assegurar que o Estado não privilegie nenhuma religião em detrimento de outras, promovendo um ambiente de respeito e igualdade para todos os cidadãos. Contudo, a realidade apresenta casos emblemáticos que testam essa premissa. Decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) ilustram bem esses conflitos e a necessidade de uma interpretação firme e coerente da laicidade. A ADI 4439, por exemplo, que trata do ensino religioso nas escolas públicas, levanta questões sobre a natureza da educação e a imparcialidade do Estado em contextos educativos⁴⁵.

Além disso, conforme já afirmamos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que discute a descriminalização do aborto, é um caso que expõe as tensões entre direitos reprodutivos e influências religiosas⁴⁶. A decisão do STF nesse caso reflete a complexidade de equilibrar a autonomia das mulheres com a diversidade de crenças presentes na sociedade. Outro exemplo significativo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que propôs a criminalização da homofobia e da transfobia. Este caso destaca a importância de proteger minorias vulneráveis e assegurar que a laicidade funcione como uma ferramenta de promoção da igualdade e da justiça⁴⁷.

45 STF, ADI 4439. Supremo Tribunal Federal, 2017.

46 STF, ADPF 442. Supremo Tribunal Federal, 2018.

47 STF, ADO 26. Supremo Tribunal Federal, 2019.

Esses casos recentes mostram a relevância da laicidade na proteção dos direitos fundamentais e na promoção de uma sociedade justa e igualitária. A análise de tais exemplos proporciona uma compreensão aprofundada dos desafios que a laicidade enfrenta e da importância de um judiciário independente e comprometido com os princípios constitucionais. Portanto, ao avançarmos para a discussão desses casos específicos, é crucial refletir sobre como as decisões judiciais moldam a aplicação prática da laicidade e impactam a vida dos cidadãos brasileiros. As jurisprudências do STF, ao interpretar e aplicar a laicidade, não apenas resolvem disputas imediatas, mas também definem precedentes que influenciam futuras interações entre religião e Estado.

4.1 CASOS RECENTES ENVOLVENDO LAICIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

O cuidado para com a secularização, em um contexto de dinâmicas sociais e políticas em constante transformação, enfrenta desafios consideráveis, evidenciados por diversos casos recentes que levantam questionamentos sobre os limites da liberdade religiosa e a salvaguarda dos direitos fundamentais. Um exemplo notório é a disputa em torno da oferta de ensino religioso confessional nas escolas públicas. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, confrontou-se com a questão da constitucionalidade dessa modalidade de ensino. A ministra Carmen Lúcia, em seu pronunciamento, sublinhou que a natureza laica do Estado brasileiro proíbe que o ensino religioso nas escolas públicas seja conduzido sob a ótica de uma única fé, garantindo, assim, a diversidade e a imparcialidade estatal (STF, ADI 4439, voto da Ministra Carmen Lúcia, 2017)⁴⁸.

Outro ponto de controvérsia significativo é o acesso a serviços de saúde reprodutiva, particularmente o direito ao aborto legal e seguro. A discussão sobre a descriminalização do aborto coloca em cheque não apenas questões de saúde pública e direitos individuais, mas também enfrenta oposições de cunho religioso. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, reconheceu o direito à interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês, considerando a autonomia da mulher e reafirmando a laicidade do Estado (STF, ADPF 442, 2018)⁴⁹.

Ademais, a influência das instituições religiosas em serviços sociais e de saúde também tem sido motivo de amplos debates. A análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que visa à criminalização da homofobia e da transfobia, ilustrou a oposição de segmentos religiosos à expansão dos direitos LGBTQIAPN+. Neste contexto, a ministra Cármen

48 STF, ADI 4439. Supremo Tribunal Federal, voto da Ministra Carmen Lúcia, 2017.

49 STF, ADPF 442. Supremo Tribunal Federal, 2018.

Lúcia enfatizou que, embora a laicidade não exclua a participação de entidades religiosas na esfera pública, ela assegura que tais crenças não interfiram na garantia de igualdade de direitos para todos (STF, ADO 26, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019)⁵⁰.

Estes episódios refletem os intrincados desafios presentes na intersecção entre laicidade e direitos fundamentais no Brasil. Conforme a sociedade avança e se torna mais diversificada, a necessidade de encontrar um equilíbrio justo entre a liberdade de crença e a igualdade de direitos se intensifica, com a laicidade se destacando como um pilar fundamental para a manutenção da democracia.

4.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 4439 - ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439 marca um ponto crucial no debate sobre laicidade e direitos fundamentais no Brasil, ao questionar a constitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas. Neste contexto, as análises de juristas como Canotilho (2003, p. 267)⁵¹ e Sarlet (2012, p. 44)⁵² fornecem um suporte teórico valioso. A Ministra Carmen Lúcia, em seu parecer, destacou o papel central da laicidade estatal em coibir o proselitismo nas instituições educacionais, alinhando-se à legislação nacional.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) destacou a necessidade de manter a neutralidade religiosa no ensino, ressoando com as ideias de Habermas (2007, p. 234)⁵³ sobre a esfera pública como um local de inclusão e racionalidade, onde diversas visões de mundo convivem harmoniosamente. No desenvolvimento de seu voto na ADI 4439, a Ministra Carmen Lúcia utilizou os argumentos de Dworkin (2003, p. 189)⁵⁴, ressaltando que a laicidade não busca silenciar as convicções religiosas, mas assegurar a igualdade entre todos os cidadãos, independentemente de suas crenças.

A jurisprudência da ADI 4439 reafirma a laicidade como um fundamento democrático, protegendo a liberdade de religião, conforme exposto por Maus (2007, p. 88), que sublinha a importância de prevenir que o Estado seja instrumentalizado por qualquer vertente religiosa⁵⁵. O posicionamento do STF, alinhado com os princípios de renomados autores, sustenta que a laicidade

50 STF, ADO 26. Supremo Tribunal Federal, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019.

51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

52 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

53 HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: Estudos Filosófico-Políticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

54 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

55 MAUS, Ingeborg. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

não apenas resguarda a diversidade religiosa, mas também a liberdade de consciência de todos os indivíduos, seguindo a linha de pensamento de Rawls (2002, p. 69).⁵⁶

Portanto, a ADI 4439 é emblemática na forma como ilustra o papel da laicidade na proteção dos direitos fundamentais, mostrando como as decisões judiciais podem se apoiar em teorias robustas para estabelecer parâmetros legais que fomentem uma convivência pacífica e igualitária das diversas crenças religiosas no ambiente educacional público.

Os casos recentes envolvendo laicidade e direitos fundamentais no Brasil ilustram claramente os desafios que a sociedade enfrenta ao tentar equilibrar a neutralidade do Estado com a pluralidade de crenças religiosas. Decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) têm sido essenciais para manter a integridade da laicidade, especialmente quando conflitos entre religião e direitos civis se intensificam. A importância dessas decisões judiciais vai além da resolução dos casos específicos; elas estabelecem precedentes cruciais que guiam a interpretação futura da Constituição e moldam a interação entre o Estado e as diversas manifestações de fé.

O caso emblemático da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, que aborda o ensino religioso nas escolas públicas questionou a constitucionalidade de práticas que poderiam comprometer a laicidade do ambiente educacional. A ADI 4439 levantou questões fundamentais sobre como a educação deve ser conduzida em um Estado laico, onde a neutralidade religiosa é um princípio básico. O voto da ministra Cármen Lúcia, relatora do caso, foi decisivo para delinear os limites do ensino religioso, destacando a necessidade de garantir que as escolas públicas não se tornem espaços de proselitismo, mas sim de pluralidade e respeito às diferenças (STF, ADI 4439, voto da Ministra Carmen Lúcia, 2017)⁵⁷.

Além de abordar a neutralidade do Estado, a decisão na ADI 4439 também reflete sobre o papel da educação na formação de uma sociedade mais justa e inclusiva. A ministra enfatizou que a laicidade não significa a ausência de religião, mas sim a garantia de que nenhuma crença específica seja imposta aos estudantes. Isso assegura que a liberdade de crença e a liberdade de não professar nenhuma religião sejam igualmente respeitadas (STF, ADI 4439, voto da Ministra Carmen Lúcia, 2017)⁵⁸.

Dessa forma, a ADI 4439 é mais do que uma simples disputa jurídica; ela é um marco na defesa da laicidade e na promoção de uma educação inclusiva e plural. A decisão do STF reafirma a importância de manter a neutralidade do Estado em relação às questões religiosas, garantindo que a escola pública seja

56 RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

57 STF, ADI 4439. Supremo Tribunal Federal, voto da Ministra Carmen Lúcia, 2017.

58 *Idem*.

um espaço de convivência democrática e respeito mútuo. Ao avançarmos para uma análise detalhada desse caso, é essencial compreender como essa decisão se insere em um contexto mais amplo de defesa dos direitos fundamentais e da manutenção da laicidade como um princípio estruturante da sociedade brasileira.

4.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 442 - DIREITO AO ABORTO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 representa um marco na discussão sobre laicidade e direitos reprodutivos no Brasil. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem debatido essa questão, trazendo à tona o equilíbrio entre liberdade religiosa e autonomia da mulher. Juristas como Barroso (2018)⁵⁹ e Sarlet (2012)⁶⁰ analisam a complexidade dessa relação com os direitos fundamentais.

A ministra Rosa Weber, em seu voto recente, propôs a descriminalização do aborto até as 12 semanas de gestação, refletindo a autonomia da mulher como um direito fundamental, um conceito também discutido por Dworkin (2003, p. 345)⁶¹. Essa proposta marca um avanço no reconhecimento da laicidade como princípio orientador das políticas de saúde reprodutiva. Barroso (2018) ressalta que a laicidade deve garantir a autonomia pessoal sem interferência religiosa na esfera pública⁶².

Ainda que a decisão final do STF sobre a ADPF 442 não tenha sido tomada, a análise de Macedo (2019, p. 230) sugere que a arguição é um passo importante para a construção de uma sociedade laica, onde a diversidade de crenças é respeitada e não interfere na igualdade de direitos⁶³. O reconhecimento da autonomia da mulher pelo STF alinha-se aos princípios do constitucionalismo moderno, como destaca Silva (2009, p. 125), que enfatiza a necessidade de interpretar a Constituição conforme a evolução social⁶⁴.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que trata do direito ao aborto, expõe com clareza as complexidades inerentes à aplicação da laicidade no Brasil. Este caso, levado ao Supremo Tribunal Federal (STF), revela as tensões entre a autonomia das mulheres e as influências

59 BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

60 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

61 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

62 *ibidem*.

63 MACEDO, Roberto. Laicidade e Direitos Fundamentais: desafios e perspectivas no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

64 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

religiosas presentes na sociedade. A ADPF 442 questiona a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, argumentando que tal proibição fere direitos fundamentais como a dignidade, a saúde e a liberdade das mulheres. A ministra Rosa Weber, ao apresentar seu voto, ressaltou a necessidade de uma interpretação da Constituição que reconheça e proteja a autonomia reprodutiva das mulheres (STF, voto da Ministra Rosa Weber, 2023)⁶⁵.

Além disso, a discussão sobre a descriminalização do aborto destaca a importância da laicidade na formulação de políticas públicas. A ministra Weber enfatizou que o Estado laico deve garantir que as decisões sobre saúde reprodutiva sejam baseadas em evidências científicas e no respeito aos direitos humanos, e não em preceitos religiosos. Este posicionamento reflete um compromisso com a neutralidade do Estado, assegurando que as políticas públicas promovam a igualdade e a justiça social. A ADPF 442, portanto, não é apenas uma questão de saúde pública, mas também um marco na defesa dos direitos fundamentais e da autonomia individual.

Com a análise da ADPF 442, o STF reiterou a importância de proteger os direitos das mulheres contra influências que possam comprometer sua liberdade e dignidade. Essa decisão, ainda que polêmica, reforça a necessidade de um Estado verdadeiramente laico, capaz de separar claramente as esferas religiosa e pública para garantir a plena realização dos direitos fundamentais. A interpretação constitucional nesse contexto é crucial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Em síntese, a ADPF 442 destaca a importância da laicidade na proteção dos direitos reprodutivos. A contribuição de autores como Barroso (2018)⁶⁶, Sarlet (2012)⁶⁷, Dworkin (2003)⁶⁸, Macedo (2019)⁶⁹ e Silva (2009)⁷⁰ oferece uma visão mais profunda da relação entre laicidade e autonomia, sublinhando a relevância do debate no STF para promover uma sociedade equitativa.

4.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 - Criminalização da Homofobia e Transfobia

Ao transitar para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que trata da criminalização da homofobia e da transfobia, entramos em outro campo de vital importância para a proteção dos direitos humanos.

65 STF, ADPF 442. Supremo Tribunal Federal, voto da Ministra Rosa Weber, 2023.

66 BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

67 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

68 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

69 MACEDO, Roberto. *Laicidade e Direitos Fundamentais: Desafios e Perspectivas no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

70 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

A ADO 26 questiona a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria, deixando a população LGBTQIAPN+ vulnerável à discriminação e violência. Neste caso, o STF foi instado a considerar a laicidade e a igualdade como princípios norteadores para a proteção de minorias vulneráveis⁷¹.

O voto do ministro Celso de Mello na ADO 26 foi emblemático ao afirmar que a laicidade do Estado impõe um dever de proteção contra todas as formas de discriminação, incluindo aquelas motivadas por orientação sexual e identidade de gênero. A decisão do STF de equiparar a homofobia e a transfobia ao racismo, tornando-as crimes, foi um avanço significativo na defesa dos direitos LGBTQIAPN+ (STF, Voto do Ministro Celso de Mello, 2019)⁷². Essa decisão mostra como a laicidade pode ser uma importante ferramenta na promoção da justiça e da igualdade.

Portanto, ao analisar a ADPF 442 e a ADO 26, fica claro que a laicidade do Estado brasileiro é fundamental para a proteção dos direitos fundamentais. A separação entre religião e Estado, reafirmada em decisões judiciais como essas, garante que todos os cidadãos, independentemente de suas crenças, orientação sexual ou identidade de gênero, possam viver com dignidade e respeito. A transição entre esses casos ilustra a importância de um judiciário comprometido com a defesa dos princípios constitucionais e a promoção de uma sociedade mais justa e equitativa.

A interação entre instituições religiosas e serviços de assistência social e saúde apresenta um desafio intrincado na preservação da laicidade e dos direitos fundamentais no Brasil. A análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 destaca um debate crítico sobre a defesa dos direitos LGBTQIAPN+ contra influências religiosas. Pensadores como Machado (2018)⁷³ e Barroso (2016)⁷⁴ têm investigado essa interseção entre laicidade e direitos humanos em cenários comparáveis.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) referente à ADO 26, que propôs a criminalização da homofobia e transfobia, fica claro que, embora a laicidade permita a participação de grupos religiosos no espaço público, ela proíbe que suas convicções interfiram na igualdade de direitos. A ministra Cármen Lúcia, em seu voto, enfatizou a laicidade como um mecanismo essencial para a coexistência harmônica e o respeito à diversidade, como apontado por Souza (2010)⁷⁵.

71 STF, ADO 26. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Celso de Mello, 2019.

72 *Idem*.

73 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Direitos Humanos e Laicidade: Desafios Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

74 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2016.

75 SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Moder-*

Esta decisão do STF ressoa com as ideias de MacCormick (2007)⁷⁶ sobre a dinâmica entre religião e direitos humanos, destacando que a laicidade do Estado serve como uma barreira contra o uso de crenças religiosas para justificar discriminação. Assim, a jurisprudência da ADO 26 fortalece a laicidade como um princípio defensor dos direitos fundamentais de todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual ou identidade de gênero.

Em resumo, ainda que em apertada síntese, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26⁷⁷ ilustra a complexa relação entre laicidade e direitos LGBTQIAPN+ no Brasil. A análise de estudiosos como Machado⁷⁸, Barroso⁷⁹, MacCormick⁸⁰ e Souza⁸¹ expande nossa percepção de como a laicidade atua como um escudo protetor dos direitos individuais contra influências religiosas que ameaçam a equidade e a dignidade humana.

4.5 O PROJETO DE LEI Nº 1.904/2024 E A BANCA EVANGÉLICA

A laicidade no Brasil enfrenta desafios significativos, especialmente com a atuação da bancada evangélica, que busca impor uma agenda moral-bíblica às questões constitucionais. O Projeto de Lei 1904/2024 exemplifica essa tendência, propondo alterações que refletem uma visão religiosa específica (BRASIL, 2024)⁸². O projeto gerou grande repercussão, levantando debates acalorados sobre a separação entre igreja e estado. Este fenômeno não é isolado; é parte de um movimento mais amplo que tenta moldar a legislação conforme preceitos religiosos, desafiando princípios fundamentais da laicidade (BORGES, 2018)⁸³.

O secularismo proativo surge como uma proposta para enfrentar esses desafios. Mas o que significa exatamente? Trata-se de uma abordagem que não se limita à neutralidade do estado em relação às religiões, mas busca ativamente promover a laicidade e garantir que políticas públicas sejam formuladas sem influências religiosas. No entanto, o conceito de secularismo proativo precisa ser mais bem definido e articulado. Quem são os agentes responsáveis por sua

nidade Periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

76 MCCORMICK, Neil. *Rethinking Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

77 STF, ADO 26. Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Celso de Mello, 2019.

78 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Direitos Humanos e Laicidade: Desafios Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

79 BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2016.

80 *Ibidem*.

81 SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

82 BRASIL. Projeto de Lei 1904/2024. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024.

83 BORGES, Roberto. *A Influência da Bancada Evangélica na Política Brasileira: Desafios para a Laicidade*. São Paulo: Editora Fórum, 2018.

implementação? A sociedade civil, com suas diversas organizações e movimentos, desempenha um papel crucial, mas o estado também deve ser um agente ativo (COUTINHO, 2019)⁸⁴.

Para compreender a profundidade do secularismo proativo, é essencial considerar o papel das instituições educativas e dos meios de comunicação. A educação laica, que fomenta o pensamento crítico e a diversidade de opiniões, é um instrumento importante contra a imposição de valores religiosos específicos. Os meios de comunicação, por sua vez, devem atuar com responsabilidade, promovendo debates equilibrados e informados. Exemplos de países que adotaram medidas eficazes de laicidade podem servir como referência, como o caso da França e seu modelo de *laïcité*, que embora não seja perfeito, oferece lições importantes (GOMES, 2018)⁸⁵.

Além disso, o estado deve garantir que suas instituições operem de forma laica, desde a formulação de políticas públicas até a atuação do judiciário. As decisões judiciais devem ser baseadas em princípios constitucionais e direitos humanos, não em dogmas religiosos. A pressão da bancada evangélica sobre o judiciário é um ponto de preocupação, como observado em diversos julgamentos onde questões morais são levadas em conta de maneira desproporcional (BORGES, 2018).

A influência da bancada evangélica se estende também ao legislativo, onde projetos de lei são frequentemente propostos para alinhar a legislação aos valores religiosos. Isso cria um ambiente político polarizado e dificulta a implementação de políticas públicas inclusivas. A resistência a projetos de lei que promovem direitos LGBTQIAPN+, por exemplo, é um reflexo dessa dinâmica. Para contrapor essa influência, é necessário fortalecer os movimentos sociais e organizações que defendem a laicidade e os direitos humanos (COUTINHO, 2019)⁸⁶.

Por fim, a conclusão deve retomar a proposta do secularismo proativo, destacando a necessidade de ações concretas tanto por parte do estado quanto da sociedade civil. A articulação entre diversos agentes é fundamental para garantir a laicidade e proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos. É preciso um esforço coletivo para resistir à imposição de valores religiosos na esfera pública e promover um ambiente de pluralismo e respeito mútuo.

84 COUTINHO, José Ricardo. *Secularismo Proativo e a Defesa da Laicidade no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

85 GOMES, João Carlos. *Laicidade e Democracia: Reflexões a Partir do Modelo Francês*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2018.

86 COUTINHO, José Ricardo. *Secularismo Proativo e a Defesa da Laicidade no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

CONCLUSÃO

A análise conduzida neste estudo destaca a importância da laicidade como um princípio constitucional essencial para a promoção de uma sociedade inclusiva e democrática, garantindo os direitos da comunidade LGBTQIAPN+. A laicidade assegura a separação entre o Estado e a religião, prevenindo que decisões públicas sejam influenciadas por preceitos religiosos específicos. No entanto, é fundamental diferenciar laicidade de secularismo e secularização, conceitos frequentemente confundidos. A laicidade refere-se à separação institucional entre Estado e religião, assegurando a neutralidade estatal em questões religiosas. Secularismo é uma ideologia que promove ativamente essa separação, defendendo um espaço público livre de influências religiosas. Secularização, por sua vez, é um processo histórico e social pelo qual a religião perde sua influência sobre diversas esferas da vida pública e privada.

A evolução histórica da laicidade no Brasil, desde a Constituição de 1891 até a de 1988, demonstra um progresso contínuo em direção a um Estado mais neutro e inclusivo. A Constituição de 1988 consolidou a laicidade como um dos princípios fundamentais do Estado, proibindo a instituição de religiões oficiais e assegurando a liberdade de crença. Esse avanço é crucial para assegurar que a diversidade religiosa e cultural seja respeitada e que todas as formas de discriminação sejam combatidas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido fundamental na interpretação e aplicação desses princípios, destacando casos emblemáticos que reafirmam a necessidade de manter a separação entre religião e Estado, especialmente em questões sensíveis como o ensino religioso nas escolas públicas e os direitos reprodutivos das mulheres.

A proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil tem avançado significativamente nos últimos anos, com marcos importantes como a criminalização da homofobia e transfobia. No entanto, a luta por igualdade e não discriminação continua a enfrentar desafios significativos, especialmente em um contexto onde influências religiosas ainda permeiam diversas esferas da vida pública. A laicidade do Estado é vital para assegurar que todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tenham seus direitos fundamentais garantidos e possam viver com dignidade e respeito.

A educação laica é um elemento essencial na promoção de uma sociedade mais justa e inclusiva. Ao garantir que o ensino nas escolas públicas seja livre de proselitismo religioso, o Estado promove o respeito à diversidade e o pensamento crítico, preparando as futuras gerações para conviver em um ambiente plural e democrático. Decisões como a da ADI 4439, que aborda o ensino religioso nas escolas públicas, reforçam a importância de manter a neutralidade estatal e assegurar que a educação contribua para a formação de cidadãos conscientes de seus direitos e responsabilidades.

O reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres, como discutido na ADPF 442, é outro exemplo de como a laicidade pode proteger a autonomia individual e promover a igualdade de gênero. A descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, defendida por ministros do STF, é um passo importante para garantir que as decisões sobre saúde reprodutiva sejam baseadas em evidências científicas e no respeito aos direitos humanos, e não em preceitos religiosos. Esse avanço é crucial para a promoção da justiça social e da igualdade de gênero.

A criminalização da homofobia e transfobia, como decidido na ADO 26, é um marco na proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+. Essa decisão destaca a importância da laicidade para assegurar que todas as formas de discriminação sejam combatidas e que os direitos humanos sejam universalmente respeitados. A equiparação da homofobia ao racismo pelo STF é um reconhecimento significativo da necessidade de proteger minorias vulneráveis e promover uma sociedade mais inclusiva e igualitária.

O projeto de lei nº 1.904/2024, proposto pela bancada evangélica, exemplifica os desafios contemporâneos à laicidade. Este projeto busca introduzir alterações na legislação que refletem uma visão moral-bíblica específica, colocando em risco a neutralidade do Estado. A tentativa de impor uma agenda religiosa às questões constitucionais é um claro desvio dos princípios de laicidade e secularismo. A defesa de um secularismo proativo, que não apenas mantém a neutralidade do Estado, mas também promove ativamente a laicidade, é essencial para resistir a tais iniciativas. O Estado e a sociedade civil devem trabalhar juntos para garantir que políticas públicas sejam formuladas sem influências religiosas, preservando a imparcialidade e a justiça social.

O fortalecimento da laicidade no Brasil é um desafio contínuo que exige vigilância e compromisso de todas as esferas da sociedade. A atuação da sociedade civil, do poder judiciário e das instituições educacionais é crucial para garantir que a laicidade continue a ser um pilar fundamental na promoção da igualdade e na proteção dos direitos humanos. A resistência a influências religiosas nas políticas públicas e nas decisões judiciais é essencial para manter a imparcialidade do Estado e assegurar que todas as pessoas tenham seus direitos respeitados.

A análise dos casos recentes envolvendo a laicidade e os direitos fundamentais no Brasil demonstra a complexidade e a importância de manter a separação entre o Estado e a religião. Decisões como as da ADI 4439, ADPF 442 e ADO 26 mostram como o judiciário pode atuar como um guardião da laicidade, garantindo que as políticas públicas e as decisões judiciais sejam baseadas em princípios de igualdade e justiça, livres de influências religiosas que possam comprometer esses valores.

Além disso, a promoção da laicidade requer um compromisso contínuo com os valores democráticos e os direitos humanos, assegurando que todas as formas de discriminação sejam combatidas e que a diversidade seja celebrada. Somente através da manutenção de um Estado verdadeiramente laico será possível construir uma sociedade onde todos os indivíduos possam viver com liberdade, dignidade e respeito. A educação sobre a importância da laicidade e a promoção do diálogo inter-religioso são essenciais para fortalecer esses princípios na sociedade brasileira.

A laicidade é um princípio fundamental para a construção de uma sociedade inclusiva e democrática no Brasil. A defesa dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ e a promoção da igualdade de gênero são exemplos claros de como a laicidade pode proteger os direitos humanos e promover a justiça social. A evolução histórica da laicidade no Brasil, juntamente com a atuação do poder judiciário, demonstra a importância de manter a separação entre o Estado e a religião para assegurar que todos os cidadãos possam desfrutar de seus direitos fundamentais de maneira plena e igualitária. A resistência a iniciativas que buscam impor preceitos religiosos às políticas públicas é crucial para manter a imparcialidade do Estado e garantir a proteção dos direitos de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ASAD, Talal. *Formations of the secular*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, n. 235, 2018, p. 165-198.

BINGEMER, Maria Clara. *Secularização e Pluralismo*. São Paulo: Loyola, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. UnB, 2000.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?*. São Paulo: Letramento, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 1904/2024**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 27 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 de março de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 29 de novembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888.815**. Recorrente: Jonatas Machado e outros. Recorrido: Secretária Municipal de Educação de Canela. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 12 de setembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2018.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. **A questão da laicidade no Brasil: mosaico de configurações e arena de controvérsias**. Horizonte, Belo Horizonte, v. 15, n. 47, p. 855-886, jul./set. 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas: O Imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CASANOVA, José. **Public religions in a modern world**. Chicago: University Chicago Press, 1994.

CASANOVA, José. **Rethinking Secularization: a global comparative perspective**. The Hedgehog Review, Charlottesville, v. 8, n. 1-2, p. 7-22, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos do Estado Laico**. Editora Companhia das Letras, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Processo Penal e a Constituição: estudos em homenagem ao Ministro Celso de Mello**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes, 2003.

FERES JÚNIOR, João. **Teoria política contemporânea: uma introdução**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERNANDES, Maíra. **Saúde Trans: um direito humano**. São Paulo: Editora Perse, 2021.

FERNANDES, Silvia. **Religião e Política no Brasil: Da República aos Dias Atuais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

GIUMBELLI, Emerson. **A laicidade segundo o Supremo Tribunal Federal Brasileiro: observações sobre o julgamento acerca do ensino religioso confessional**. In: GIUMBELLI, Emerson; CAMURÇA, Marcelo. (orgs.) **Transformações da laicidade: estado, religião e sociedade em relação**. Brasília: ABA Publicações, 2024, p. 243-272.

GIUMBELLI, Emerson. **Para estudar a laicidade, procure o religioso**. In: BÉLIVEAU, Verónica Giménez; GIUMBELLI, Emerson (Org.). **Religión, Cultura e política en las Sociedades del siglo XXI**. Buenos Aires: Biblos, 2013. p. 43-68.

GOMES, Laurentino. **Escravidão: Volume I**. São Paulo: Globo Livros, 2018.

GUERRIERO, Silas. **Laicidade e Democracia**. São Paulo: Paulinas, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade (Vol. 2)**. Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Sobre a Crítica da Razão Funcionalista**. Editora UNESP, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Editora José Olympio, 1936.

HUACO, Marco. **A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito**. In: LOREA, Roberto Arriada. (Org.). **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 33-80.

LACERDA, Gustavo Biscaiade. **Sobre as relações entre Igreja e Estado: conceituando a laicidade**. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (Org.). **Ministério Público – Em defesa do Estado Laico**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014. v. 1 p. 179-206.

MACCORMICK, Neil. **Law as Institutional Normative Order**. Oxford University Press, 2007.

MACEDO, Samuel. **Laicidade e ensino religioso: a religião no espaço público democrático**. Autêntica Editora, 2019.

MACHADO, Carlos da Silva. **A Proteção dos Direitos Fundamentais nas Instituições de Ensino Superior: Estudo sobre a relação entre religião e direitos LGBTQI+**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

MARIANO, Ricardo. **Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública**. Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 238-258, 2011.

MARIANO, Ricardo. **Laicidade e Secularização**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTERO, Paula. **Secularização e espaço público: a reinvenção do pluralismo religioso no Brasil**. Etnográfica, Revista do Centro em Rede de Investigação Antropológica, Lisboa, vol. 13, n. 1, 2009.

MOURA, Carlos Eugênio Marcondes de. **Candomblé: Religião do Corpo e da Alma**. São Paulo: Editora Ática, 1988.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)**. Assinada em San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

PRANDI, Reginaldo. **Orixás, Caboclos e Guias: Deuses ou Demônios?**, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

ROMANO, Roberto. **Secularismo e Democracia**. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

SANDEL, Michel. **Justiça: O que é Fazer a Coisa Certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, v. 8, n. 1, p. 1-42, 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As Barbas do Imperador: D. Pedro II, um Monarca nos Trópicos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SENA, Emerson; SILVA, W. T. **Laicidade, Direitos Humanos e Religião: breve ensaio do presente brasileiro**. REVISTA BRASILEIRA DE HISTÓRIA DAS RELIGIÕES, v. 15, p. 09-31, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constituição Dirigente e a Eficácia das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Jorge Jacinto de. **A Liberdade Religiosa como Instrumento de Proteção da Diversidade: Uma análise da interseção entre liberdade religiosa e direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 87, 2010, p. 269-295.

SOUZA, Laura de Mello e. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz: Feitiçaria e Religião Popular no Brasil Colonial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

TEIXEIRA, Faustino. **Religião e Globalização**. Petrópolis: Vozes, 2016.

VAINFAS, Ronaldo. **Religiões e Religiosidades no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual LGBTI+**. São Paulo: Editora Letramento, 2020.

Recebido em: 11/05/2024

Aprovado em: 05/08/2024

O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE FINANCEIRA MUNICIPAL NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A VIOLAÇÃO AO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CONTROLE EXTERNO

THE RECOGNITION OF THE STATE OF MUNICIPAL FINANCIAL CALAMITY IN THE FISCAL RESPONSIBILITY LAW AND THE VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF EXTERNAL CONTROL

SANDRO MARCOS GODOY*

CARLOS ALEXANDRE LIMA DE SOUZA**

RESUMO

O presente artigo tem como estudo o instituto da declaração e o reconhecimento do estado de calamidade financeira municipal, a inserção em regime de afrouxamento ao cumprimento de regras orçamentárias nos termos do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal. O estudo inicia com análise da gestão pública e o exercício da atividade financeira do Estado, com breve verificação histórica sobre a reforma na administração pública que redefiniu a gestão pública. Seguidamente, será avaliado o tema de controle da atividade financeiro do Estado no Brasil perlustrando o conceito, a legislação infraconstitucional e o tratamento outorgado pela Constituição Federal. Noutro momento, será debruçado estudo sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal com análise pormenorizada do instituto da calamidade financeira no município prevista no art. 65 da LRF. Passa-se, em seguida, a verificar a incompetência outorgada por norma infraconstitucional das Assembleias Legislativas em reconhecer a calamidade financeira dos municípios com violação a dispositivos constitucionais. Finalmente, é verificado a ausência de normatização quanto aos critérios identificadores do estado calamitoso que pode resultar no uso desordenado do presente instituto. Para o estudo, utilizou-se

ABSTRACT

This article studies the institution of the declaration and recognition of the state of financial calamity in a municipality and the inclusion in a regime of relaxation in compliance with budgetary rules in accordance with the foreseen term of art. 65 of the LRF. The study begins with an analysis of public management and the exercise of the State's financial activity, with a brief historical verification of the reform in public administration that redefined public management. Next, the topic of control of the State's financial activity in Brazil will be evaluated, analyzing the concept, infra constitution legislation and the treatment granted by the Federal Constitution. At another time, a study will be carried out on the Fiscal Responsibility Law with a detailed analysis of the institute of financial calamity in the municipality provided for in art. 65 of the LRF. We then proceed to verify the incompetence granted by infra constitutio rule of the Legislative Assemblies in recognizing the financial calamity of municipalities in violation of constitutional provisions. Finally, the lack of standardization regarding the criteria identifying the calamitous state that could result in the disordered use of

* Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado e da graduação na UNIMAR – Universidade de Marília. E-mail: sandromgoday@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8749-395X>.

** Doutorando em Direito pela UNIMAR – Universidade de Marília. Mestre em Direito pela mesma instituição. E-mail: calesadv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3414-0293>.

do método dedutivo com ampla pesquisa exploratória bibliográfica em livros e revistas.

PALAVRAS-CHAVE: Controle externo. Calamidade Financeira Municipal. Lei de Responsabilidade Fiscal. Inconstitucionalidade.

this institute is verified. For the study, the deductive method was used with extensive exploratory bibliographic research in books and magazines.

KEYWORDS: *External control. Municipal Financial Calamity. Fiscal Responsibility Law. Unconstitutionality*

1 INTRODUÇÃO

Com a reforma do sistema de administração pública, o atual modelo de gestão pública que desapareceu do sistema burocrático fixou-se no modelo gerencial que procura dar cumprimento à uma gama de serviços públicos e obrigações constitucionais no que refere ao bem-estar da população a fim de que os serviços públicos não sejam interrompidos através do planejamento.

Para que o Estado consiga cumprir com as obrigações constitucionais e manter a vasta gama de serviços públicos colocados à disposição da população mister se faz a existência de recursos financeiros, corrobora a existência de uma boa gestão orçamentária, mesmo porque tais recursos são geridos por gestores públicos que são cidadãos comuns escolhidos por vontade popular através do processo eleitoral.

O pátrio ordenamento jurídico impôs rígidas regras financeiras e orçamentárias, ainda somado a um sistema de controle das finanças públicas interno e externo, tudo para que o gestor público cumpra as disposições constitucionais e legais e tenha limites em suas condutas discricionárias para evitar que ocorra excessos no trato com os recursos públicos. A Lei de Responsabilidade Fiscal se apresenta como norma baluarte de controle da gestão pública, servindo como ferramenta de imposição a observância aos comandos constitucionais.

Contudo, a rigidez orçamentária passa a ser flexibilizada quanto existente o estado de calamidade financeira, tal situação ocorre para que a governança não torne inviável diante das crises econômicas, conforme prevê a LRF no art. 65.

Não há que olvidar que em época de enfrentamento ao Covid-19 muitos municípios utilizaram das disposições do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal e requereram perante as respectivas Assembleias Legislativas a declaração e o respectivo enquadramento no estado de calamidade financeira tendo em vista a queda na arrecadação somado aos altos custos com o enfrentamento ao covid-19. A solicitação do estado de calamidade financeira procurou flexibilizar as obrigações financeiras e orçamentária dando mais fôlego ao gestor público, principalmente o final do ano de 2020 que encerrava legislatura municipal.

Em que pese auxílios financeiros outorgados pela União, foi em grande monta o número de Municípios brasileiros que utilizaram da situação de calamidade financeira prevista na lei de Responsabilidade Fiscal, muitos sem qualquer estudo prévio orçamentário e quiçá planejamento.

Dessa forma, o presente trabalho analisará detalhadamente as questões acima ventiladas apontando eventuais falhas legislativas nesse processo de autodeclaração municipal e reconhecimento parlamentar.

2. GESTÃO PÚBLICA E ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

A reforma na administração pública, que teve como marco inicial a edição do Decreto-Lei n. 200/67, redefiniu o papel do Estado para que a gestão pública desapegasse do antigo modelo burocrático surgido em 1938, e promovesse a adoção de um modelo de controle de resultados denominado modelo gerencial que tem como função primordial a busca do bem-estar da população.

Esse fato tornou-se ainda mais evidente quando o Estado capitalista se transmutou para o Estado social assumindo um número crescente de serviços destinados a " (...) realização do bem comum que se concretiza por meio do atendimento das necessidades públicas ...".¹

O Estado de bem-estar social é fruto de movimentos históricos, tendo como estopim a urgência do Estado em promover e garantir as necessidades básicas para a sociedade tendo em vista o fracasso do liberalismo. Com o liberalismo, o Estado se preocupava somente com a justiça, defesa nacional e obras públicas de instituições que não fossem de interesse privada, conforme pregava o economista Adam Smith.

O fim do liberalismo importou na transmutação para a existência de um Estado de livre iniciativa, regulador, que vem de encontro com os pensamentos de Foucault. Nessa mudança procurou inserir a população não somente como força soberana para o trabalho, mas também como um elemento portador de necessidades e aspirações de um bem-estar que exige a atuação estatal².

A nova ordem constitucional de 05 de outubro de 1988 corroborada as reformas ocorridas na Administração Pública, procurou corrigir a antiga administração burocrática mediante a remodelação do regime republicano através de programas de fornecimento de serviços públicos para atender o interesse comum da coletividade com um governo mais responsável, jungido a uma participação popular mais efetiva.³

1 PASCOAL, Valdecir. *Direito Financeiro e Controle Externo*. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 04.

2 FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes; RAITZ, Tânia Regina. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. In: *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro/RJ, mar./abril 2010, p. 373.

3 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSOLEN, André Vinícius. Governança do Estado e o direito

Robson Costa e Marli Vieira esclarecem que a busca de bons resultados na gestão pública exige a presunção “que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau limitado de confiança; (...) o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os gestores públicos é o contrato de gestão.”⁴ Essa confiabilidade reflete diretamente no uso dos recursos financeiros e orçamentários da entidade política organizada.

Para que o Estado consiga cumprir suas finalidades e objetivos constitucionais na busca do bem comum da população mister, se fará a existência de recursos financeiros, sem esse o ente fica impedido de movimentar a máquina administrativa e propiciar uma boa gestão pública em favor da população. Situação essa que prejudica a continuidade da prestação dos serviços públicos postos à disposição da população.

A *atividade financeira* surge como ferramenta importante para que o Estado promova um conjunto de ações destinadas as necessidades públicas de tal forma a promover uma boa gestão que possui a finalidade de o obter, criar, gerir e despender os meios patrimoniais que possibilitem ao Estado o desempenho daquelas outras atividades que se referem à realização de seus fins.

Ricardo Lobo Torres⁵ conceitua a atividade financeira como sendo “o conjunto de ações do Estado para obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas.”

Esse modelo de gestão pública abandona qualquer ideia de perpetuação no poder em contradição ao que pregava o filósofo Nicolau Maquiavel. Em seu livro “*O Príncipe Maquiavel*”, sugere uma governança que insere a economia como elemento de controle aos comportamentos individuais ou coletivos, isso se faz para que seja alcançado a eficiência na prestação dos serviços públicos.

Para o filósofo francês Michel Foucault⁶, “Governar um Estado significará, portanto, estabelecer a economia ao nível geral do Estado, isto é, ter em relação aos habitantes, às riquezas, aos comportamentos individuais e coletivos, uma forma de vigilância, de controle tão atenta quanto à do pai de família.”

Importante verificar que a atividade financeira do Estado não se resume simplesmente a questões arrecadatórias, engloba elementos econômicos, políticos e jurídicos que resultam num conjunto de atos tendentes à obtenção

(dever) à boa Administração Pública: A regra da observância aos preceitos constitucionais. In: *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, n. 3, 2017, p. 667.

4 COSTA, Robson Antônio Tavares; SOUZA, Marli Vieiro Pontes. A Percepção Holística Da Administração Gerencial No Serviço Público. In: *Revista de Administração Geral*. Macapá, v.1, n.2, 2015, p. 143.

5 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 12 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.2.

6 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Org. e Trad.: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 281

“dos ingressos e à realização dos egressos, compreendendo-se também as gestões necessárias para estes e aqueles.”⁷

Logo, o objetivo do Estado é organizar-se e promover o bom funcionamento dos serviços públicos através de um conjunto de órgãos e agentes que nas lições de Geraldo Ataliba “consiste no levantamento, gestão e despesa dos dinheiros públicos”.⁸ Assim, compete ao poder político a escolha dessas necessidades coletivas, contemplando também as necessidades públicas e, posteriormente incluí-las, no ordenamento jurídico, estabelecendo-as a níveis constitucionais e legais.

Nas lições de Harada⁹, as necessidades básicas que o Estado deve disponibilizar e estão introduzidas na ordem jurídico-constitucional são: a prestação de serviços públicos, o exercício regular do poder de polícia e a intervenção no domínio econômico.

Hodiernamente, a atividade financeira do Estado é desenvolvida sob três campos: a) Receita, consistindo na busca de meios patrimoniais necessários a atividade do Estado; b) Gestão, atividade de administração e preservação do patrimônio; c) Despesa que representa o emprego dos recursos estatais disponíveis para atingir o bem comum.

Coube ao direito financeiro, de competência legislativa concorrente (art. 24, I da CF/88), a tarefa de disciplinar a atividade financeira do Estado e estabelecer regras relativas ao orçamento público, a receita pública e a despesa pública, tudo através de normas jurídicas positivadas.

Ao Estado não é permitido exercer a atividade financeira sem qualquer fiscalização ou controle por constituir em um mecanismo primordial ao funcionamento do Estado de promoção ao bem comum. Sob a gestão pública há um controle orçamentário, seja interno ou externo.

As preocupações com os gastos públicos remontam desde a Roma antiga, aproximadamente no ano 500 a.C., e hodiernamente vêm ganhando espaço na maioria dos países onde a estrutura básica de controle são similares, diferenciando apenas quanto a técnica e tipo de órgão de controle.

No Brasil desde o Século XIX já existe uma preocupação com os gastos públicos, contudo, somente no regime republicano é que Marechal Deodoro da Fonseca sob o empenho de Ruy Barbosa instituiu um sistema de controle sobre as contas públicas. Por meio do Decreto 966-A de 07 de setembro de 1890 criou-se um Tribunal de Contas que dispunha: “Art. 1º E” instituído (sic)

7 MERSÁN, Carlos. *Direito Tributário*. Trad.: Dejalma de Campos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 04.

8 ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 25.

9 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 39.

um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes a receita e despesa (sic) da República (sic).”

O atual texto constitucional na Seção IX do Título IV tutelou regras de fiscalização contábil, financeira e orçamentária através do sistema de controle interno e externo devidamente alocado no art. 70¹⁰.

3. CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA NO BRASIL

A palavra controle origina-se do francês, *contre-rôle*, assim como do latim medieval *contrarotulus*, com o significado de “contralista”. Controle é a fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos, sistemas etc. para que alcancem os resultados desejados em consonância com as leis.

Clezio Saldanha¹¹ esclarece que:

Controle é uma função administrativa que mede e avalia o desempenho como promove ação corretiva, quando necessário. Assim, o controle é um processo essencialmente regulatório.

A finalidade do controle é assegurar que os resultados das estratégias, políticas e diretrizes (elaboradas em nível institucional), dos planos táticos (elaborados em nível intermediário) e dos planos operacionais, regras e procedimentos (elaborados em nível operacional) ajustem-se tanto quanto possível aos objetivos previamente estabelecidos.

Na ciência da Administração é reconhecido como uma função administrativa que monitora e avalia as atividades e os resultados alcançados, destina a assegurar que o planejamento, a organização e a direção idealizadas sejam bem-sucedidos.

No Estado Democrático de Direito todo detentor de parcela de poder, em sua atividade estatal, está submetido a um sistema controle que deve se organizar prevendo mecanismos de autoridade que limite a atuação desviada de seus titulares. Luiz Henrique Lima é cogente ao asseverar que “Não existe democracia sem controle.”¹²

Hely Lopes Meirelles afirma que “o controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”¹³.

10 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

11 SANTOS, Clezio Saldanha. *Introdução à Gestão Pública*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 147.

12 LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2019, p. 03.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi¹⁴ seguindo o mesmo raciocínio entende que:

(...) conceitua-se controle como o princípio administrativo material, tutelar e autotutelar, de contrasteamento, supervisão e gestão integral da Administração, por meio de sistema horizontal de coordenação central, com o aspecto de vigilância, orientação e correção, prévia ou posterior, de atos administrativos e de atos, decisões e atividades materiais de administração.

A Constituição Federal, no título reservado à organização dos Poderes, na Seção que trata da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, estabelece, entre os mecanismos para o acompanhamento e a fiscalização da aplicação de recursos objetivando a preservação da legalidade, legitimidade e economicidade realito às despesas públicas.

Consoante o art.70 da Constituição Federal, instituiu-se no Brasil dois tipos de controle: externo e interno, os quais estão relacionados à inserção ou não dos órgãos de controle na estrutura administrativa a ser controlada.¹⁵

O Sistema de Controle Interno com previsão no art. 74, caput e §1º da Constituição é exercido por órgão específico do próprio Ente fiscalizado através da utilização de técnicas de auditoria e fiscalização que avalia resultados gerenciais e aplicação de recursos públicos na gestão pública.¹⁶

Importante verificar que os órgãos responsáveis pelo controle interno não possuem função consultiva, “mas sim de efetiva fiscalização, orientação e revisão de atos praticados dentro da estrutura do Poder Executivo”¹⁷.

“Assim, a sua função principal é sinalizar ao Administrador Público quanto à possibilidade ou ocorrência de equívocos, erros e desvios” para que o gestor público possa adotar medidas de correção visando evitar prejuízos ao erário.¹⁸

De acordo com Ricardo Lobo Torres, “controle interno é o que exerce cada um dos Poderes na missão de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira”¹⁹. Esse tipo de controle importou em uma inovação no

672.

14 GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 26.

15 SIMÃO, Edson. *Tribunais De Contas: Controle Externo das Contas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 477.

16 JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 739.

17 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 386.

18 GATTRINGER, João Luiz. *Controle interno no âmbito municipal: efetivo funcionamento e atuação do TCE/SC. Apostila do IX Ciclo de Estudos de Controle Público da Administração Municipal*: Florianópolis: TCE/SC, 2006, p. 93.

19 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar,

vocábulo constitucional brasileiro recebendo pouca atenção na Carta da República, porém, possui muita semelhança com o controle externo no que concerne às finalidades, objetivos e métodos.

Já o controle externo é realizado pelo Poder Legislativo auxiliado por instituição autônoma e independente, Tribunais de Contas²⁰. Ainda modernamente, podemos ter Controladorias ou Auditorias Gerais realizando controles externos.

Essa fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial é coerente com o Estado de Democrático de Direito e tem como objetivo as contas do Chefe do Poder Executivo verificando a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos contábeis realizado pelo Poder Legislativo com auxílio técnico-administrativo dos Tribunais ou Conselhos de Contas importando numa fiscalização popular através de seus representantes.²¹

Quanto as auditorias, Luiz Henrique Lima, Conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Mato Grosso, nos ensina que:

O sistema de Auditoria-Geral, em muitos países chamada de Controladoria-Geral, caracteriza-se por ser, usualmente, um controle de caráter essencialmente opinativo ou consultivo, sem dispor de poderes jurisdicionais e coercitivos. Suas manifestações adotam a forma de pareceres ou recomendações e são subscritas de forma monocrática ou singular pelo Auditor ou Controlador Geral, nomeado pelo Parlamento, para um mandato previamente fixado.²²

Órgão de relevância constitucional e com prerrogativas da magistratura os Tribunais de Contas possuem organização e atividades minuciosamente previstas na Constituição Federal.

Na esfera municipal, o controle externo das contas públicas do Poder Executivo é realizado pelas Câmaras Municipais, seja as contas da administração direta ou indireta, será com auxílio técnico do Tribunal ou Conselho de Contas.

O conteúdo do controle estará afeto a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração direta e indireta, relativa à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas, consoante dispõe o art. 31 da Constituição Federal.²³

2005, p. 206.

20 PASCOAL, Valdecir. *Direito Financeiro e Controle Externo*. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 121.

21 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 08.2005, p. 752.

22 LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2019, p. 12.

23 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 08.2005, p. 752.

Importante observar que para o controle das contas municipais poderão existir três modalidades distintas de Órgão de Controle que auxiliarão tecnicamente o Poder Legislativo Municipal, através de seus técnicos. Assim, as contas municipais podem ser verificadas por um: a) Tribunal de Contas do Estado; b) Tribunal de Contas de Municípios (órgão da esfera Estadual) ou c) Tribunal de Contas do Município, sendo esse último vedado a criação de novos com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e existindo somente no Município de São Paulo e Rio de Janeiro.

Conforme pacificado pela Corte Constitucional, tema 157 de recurso repetitivo, o parecer técnico emitido pelo Tribunal de Contas possui natureza opinativa, pois competirá a augusta Casa de Leis do Município a aprovação ou não das contas, sendo vedado a aprovação tácita, vejamos:

O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.²⁴

Resta claro que se mostra premente a necessidade do controle da atividade financeira e das contas públicas, servindo como instrumentos operacional e patrimonial coerente com o Estado de Democrático de Direito.

4. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – LRF

A Lei Complementar n. 101 de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, lei nacional vinculante a todos os entes da federação e que veio a impor regras de responsabilidade na gestão fiscal determinando que a ação governamental se desenvolva em respeito as seguintes premissas: a) Ação planejada e transparente; b) Equilíbrio das contas públicas; c) Obediência aos limites. Assim, nenhum agente pode atuar ao seu bel prazer.²⁵

Fator determinante para a consolidação do sistema de controle interno, a LRF surgiu com o intuito de trazer mudança institucional e cultural na forma de administrar o dinheiro público, estabelece critérios rígidos para o controle dos gastos públicos procurando vedar a prática de atos irresponsáveis que venham prejudicar a implementação e execução das políticas públicas de sua competência.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Repercussão Geral - Tema 157. O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2019].

25 GUEDES, José Rildo de Medeiros. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2001, p.14.

Conforme Flávio da Cruz e *et al*²⁶, o objetivo principal da LRF é orientar e corrigir o rumo da Administração Pública e não ter a punição como principal preocupação, até mesmo para que seja dado efetividade ao direito fundamental a boa administração.

Nota que o lusitano José Joaquim Gomes Canotilho²⁷ já trabalhara com a ideia de um governo responsável onde relacionava a boa gestão fiscal e desenvolvimento sustentável em consonância com o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, tudo objetivando que a governança fosse transparente e responsável.

Em linhas gerais, a LRF faz referência a: a) Ação planejada e transparente; b) Prevenção de riscos e correção dos desvios; c) Afetação do equilíbrio das contas públicas; d) Cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas; e) Obediência à limites, visando ao equilíbrio das contas públicas; f) Condições no que tange a renúncia de receita; g) Condições no que tange a geração de despesas com pessoal; h) Condições no que tange a geração de despesas com a seguridade social e outras; i) Condições no que tange a geração de despesas com as dívidas consolidada e mobiliária; j) Condições no que tange a operações de crédito, inclusive por antecipação de receita; k) Condições no que tange a concessão de garantias; l) Condições no que tange a inscrição em restos a pagar.²⁸

Apesar da lei de responsabilidade fiscal estabelecer parâmetros rígidos para o controle dos gastos públicos, é também previsto mecanismos que possibilitem a flexibilização de suas próprias normas em casos excepcionais. Assim, ocorrendo eventos imprevisíveis que abalem a estabilidade econômica e orçamentária do ente público é permitido sua inserção em um regime de calamidade pública prevista no art. 65 da LRF com um afrouxamento de suas próprias regras.

Dessa forma, nos termos do estabelecido no art. 65 da LRF diante da situação de *calamidade financeira*, o Poder Executivo Municipal poderá declarar a situação calamitosa em suas finanças e solicitar a Assembleia Legislativa, por meio de envio de projeto de lei, a validação de tal declaração, estando em perfeita harmonia com o princípio da democracia fiscal.

26 DA CRUZ, Flavio; VICCARI JUNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; TREMEL, Rosângela. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 09.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários Dos Discursos Sobre A Historicidade Constitucional*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 328.

28 DA CRUZ, Flavio; VICCARI JUNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; TREMEL, Rosângela. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 16.

Importante observar que a iniciativa legislativa será de competência do Chefe do poder Executivo Municipal que elaborará o projeto de lei e enviará para o Poder Legislativo Estadual para a devida apreciação.

O reconhecimento pelo Poder legislativo estadual insere o Município em regras especiais de finança e orçamento constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal de tal maneira a preservar a comunhão de interesses republicanos.

Porém, essa flexibilização legislativa não pode ser interpretada como sinônimo de abandono completo de controle, licenciosidade a permitir desvios e abusos, pois estamos diante de um amainamento no rigorismo formal durante certo período de situação de estado calamitoso inerente somente aos atos que tenham relação direta com àquele estado.²⁹

Esse regime excepcional que adveio do estado calamitoso afasta temporariamente: a) Da contagem dos prazos de controle para adequação e recondução das despesas de pessoal (artigos 23 e 70) e dos limites do endividamento (artigo 31); b) Do atingimento das metas de resultados fiscais e c) Da utilização do mecanismo da limitação de empenho (artigo 9º).

Em virtude da Pandemia da COVID-19, o pátrio ordenamento jurídico sofreu inovações desapertando regras de licitação para o enfrentamento ao COVID-19. A Lei n. 19.979 de 06 de fevereiro de 2020 amainou as regras de contratação de bens, serviços e insumos para administração pública que refletirá no controle da gestão pública.

Ainda, com a finalidade de salvaguardar a saúde financeira dos Município em que fosse reconhecido o estado de calamidade financeira, foi editado a Lei Complementar n. 173 de 27 de maio de 2020, sendo implementado no território nacional o Programa Federativo de Enfrentamento ao COVID-19 que no artigo 8º impôs outras novas restrições financeiras e administrativas não previstas na LRF.

Seguidamente, a União instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações onde as despesas realizadas em função ao combate à pandemia de Covid-19 passaram a ser escrituradas de forma avulsa aos do orçamento geral da União. Essa sistemática implementada pela Emenda Constitucional n. 106 de 07 de maio de 2020 sequer importou na violação do princípio da unidade orçamentária, pois a hodierna hermenêutica é no sentido de que o princípio tutela a união política e não documental.

Importante observar que tal flexibilização procedimental restou autorizado pela Suprema Corte Brasileira ao analisar pedido cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.357, decisão judicial que afastou durante o interstício da inserção na calamidade financeira no período da covid-19 a

29 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de SC. *Orientações do Tribunal de Contas aos Municípios frente a situação de calamidade pública*. Santa Catarina: TCE/SC, 2014, p. 07.

observância, pelos entes públicos, quanto as disposições dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF.

Assim, as rígidas regras de controle da gestão pública foram flexibilizadas com visão ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, porém, a essa flexibilização foram impostas regras mínimas de observância obrigatória destinado a garantir a salubridade gestão financeira.

5. O ART. 65 DA LRF APLICADO AOS MUNICÍPIOS

A ocorrência de uma pandemia é fator determinante para o surgimento de novos desafios de cunho orçamentário e financeiro ao administrador quando se vê obrigado a realizar gastos extraordinários e imprevisíveis para conter a propagação do vírus. A situação se agrava diante da paralização de certos setores da economia que implica em vertiginosa queda das receitas e repasses financeiros constitucionalmente, como foi a cota do ICMS, IPVA e FPM corroborado a ser ano de eleições e o gestor depara-se com vedações legais estampadas na lei 9.504/97.

A instituição da calamidade financeira vem tipificada no art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal de forma sucinta e sem qualquer requisito a ser cumprido ou demonstrado.

Para a utilização do sistema de calamidade financeira, os municípios estão se autodeclarando em estado de calamidade financeira através da expedição de decreto municipal (grande maioria) ou por envio de projeto de lei à Câmara Municipal. Após essa declaração em âmbito municipal, o Chefe do Poder Executivo Municipal encaminha mensagem de lei para respectiva Assembleia Legislativa a fim de que seja reconhecido e aprovado àquele ato normativo para que o Município passe a ser inserido em sistema orçamentário mais flexível, dando ampla publicidade por meio da edição de um decreto legislativo estadual.

Nesse processo legislativo a mensagem de lei é expedida do Chefe do Poder Executivo Municipal e é encaminhada ao Parlamento dos Estados ou do Distrito Federal desacompanhada de qualquer projeto de lei. A elaboração do projeto de lei e respectiva discussão caberá aos parlamentares do Poder Legislativo Estadual, com a devida apresentação à Mesa que discutirá e submeterá a apreciação de seus pares em plenária. Estando aprovada o projeto é convertido em decreto legislativo que validará o ato normativo municipal, reconhecendo juridicamente o estado calamitoso do município em questão.

Grande número de municípios se declarou em situação calamitosa nas finanças. No Estado de Pernambuco foram 183 municípios³⁰; no Estado de Rio

30 SOBE para 183 número de municípios de PE em estado de calamidade pública devido à Covid-19. G1, Pernambuco, 23 abr. 2020.

de Janeiro com 82 municípios³¹ e Mato Grosso do Sul foram 33 municípios até julho de 2020³².

5.1 ANÁLISE DA COMPETÊNCIA PARA O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE EM CONSIDERAÇÃO AO CONSTITUCIONAL SISTEMA DE CONTROLE DE CONTAS PÚBLICAS

A Constituição Cidadã de 1988 adotou como forma de Estado o federalismo, com divisão das competências políticas à diversos entes autônomos e dotados de governo próprio. A presente forma de governo importa na descentralização política-administrativa, com manutenção da indissolubilidade dos integrantes da federação, alicerçados no princípio da autonomia e participação política.

Nas lições de Geraldo Ataliba, o federalismo surge como uma associação de Estados, formando outro novo Estado, com repartição rígida de atribuições e competências outorgadas pela Carta Maior,³³ nas três esferas de Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nessa divisão de atribuições coíbe ao Poder Legislativo, como função atípica, exercer o controle externo das contas públicas nos respectivos níveis governamentais, entidade federativa, ou seja, pelas Câmaras Municipais, Assembleias Legislativas e pelo Congresso Nacional, sempre auxiliados por Entidades Superiores Fiscalizadoras.

O art. 70 da CF/88 tutelou as regras e organização do controle externo da União, de cabendo ao Congresso Nacional com apoio do Tribunal de Contas da União tal missão. Quanto aos demais entes federados, Estados e Municípios, com uso do princípio da simetria, determinou que a estrutura organizacional e regras fossem implementadas nos moldes do tutelado à União para os Municípios e Estados brasileiros.

Nessa toada os Poderes Legislativo Municipal e Estadual foram compelidos a exercerem o controle externo através das câmaras de vereadores e assembleias legislativas, existindo um verdadeiro paralelismo entre as disposições constitucionais destinadas à União e os demais entes federativos. Tal fato é evidente ao observar que restou preservado a criação dos Tribunais de Contas de Municípios ou de Município que já existiam em 05 de outubro de 1988.

31 FERRAS, Ronaldo. Covid-19 leva estado de calamidade a 82 municípios. Monitor Mercantil. 21 maio 2020.

32 TAVARES, Gabrielle. MS agora tem 33 municípios em estado de calamidade pública. Correio do Estado. 24 de jul. 2020.

33 ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10.

A LRF foi falha ao outorgar às Assembleias Legislativas, Poder Legislativo Estadual, a competência para reconhecer a situação calamitosa das finanças públicas municipais, em completa distonância ao sistema organizacional do controle externo determinado pela Carta da República.

Se o controle da atividade financeira do ente federado é realizado pelo respectivo Poder Legislativo da mesma esfera federativa, o reconhecimento da situação anormal das finanças municipais e a devida inserção da gestão pública municipal nas regras especiais de preservação da salubridade econômica do ente deveria ser de competência das Câmaras Municipais, que inclusive possuem a competência constitucional em aprovar ou desaprovar as contas públicas do ente afeto ao seu nível federativo.

Não há dúvidas que o art. 65 da LRF afrontou ao sistema organizacional simétrico de controle externo, infringindo a repartição de competências, que é característica fundamental numa Federação que preserva a autonomia de cada um dos seus membros. O reconhecimento do estado calamitoso das finanças municipais pertence à esfera do controle externo e deve ser realizado pelo Poder Legislativo de mesma esfera federado, a outorga de tal mister às Assembleias Legislativas importa até na usurpação da autonomia constitucional das Câmaras Municipais com o cerceamento da atividade de controle.

A convivência harmônica entre todas as esferas possui o condão de evitar a secessão (separação) preservando a autonomia política, administrativa e financeira. Demais disso, a Constituição Federal de 1988 assegurou a autonomia legislativa fortalecendo o Poder Legislativo³⁴.

Se não bastasse, a LRF implementa uma distinção funcional entre o Poder Legislativo dos Municípios com os dos Estados, conseqüentemente, outorga preferências às Assembleias Legislativas quando permite que essas reconheçam o estado de calamidade nas finanças dos municípios evidenciando a nítida violação ao princípio federativo esposado no inciso III do art. 19 da CF/88. Uma vez que compete as Câmaras Municipais a fiscalização orçamentária e financeira, inclusive, tendo o franco acesso a documentação contábil, é entendível que o reconhecimento de eventual estado calamitoso do município deve ser atribuído ao Poder Legislativo Municipal até mesmo para não configurar um privilégio a favor das Assembleias Legislativas.

Procurando a homogeneidade na separação dos poderes e amparado no princípio da simetria, as regras organizacionais de controle externo previstas na Carta da República devem incidir em sua inteireza e em todo o processo de controle orçamentário externo, incluindo nesse o reconhecimento do estado calamitoso das finanças em municípios.

34 COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 139.

5.2 INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA CONFIGURAR O ESTADO DE CALAMIDADE FINANCEIRA - RECONHECIMENTO PARLAMENTAR AUTOMÁTICO

O estado de calamidade financeira pública traz a ideia de uma situação fora do normal, de uma gestão orçamentária que não está sendo executada por um descontrole afeto as condições externas de grande impacto e que fogem ao controle do gestor público. Nesses casos, há risco iminente de prejuízos irreparáveis que exige a adoção de medidas específicas e urgentes para salvaguardar³⁵.

Inexiste o conceito normativo de calamidade financeira, quicá quais os requisitos e critérios para a devida caracterização daquele estado. Essas omissões legislativas permitem aos gestores públicos o uso livre do instituto, de forma amplamente discricionária e sem qualquer análise técnica. A ausência de requisitos mínimos e balizas técnicas faz com que o reconhecimento do estado calamitoso resulte em completo ato político, restando ao livre arbítrio do gestor e o posterior chancelamento do Parlamento em um mero ato formal sem qualquer previsão fiscalizatória posterior.

Diferentemente, observa a existência de um conceito legislativo de calamidade pública e emergência nos casos de desastres em que se faz necessário a intervenção da defesa civil, conforme preconiza a lei n. 12.340/2010, regulamentada pelo Decreto n. 11.219/2022 e pela Instrução Normativa n. 1, de 24 de agosto de 2012 emitida pelo extinto Ministério da Integração Nacional, instituindo referências mínimas para o devido reconhecimento desse estado.

Com a edição da Lei Complementar 173/2020, a União destinou R\$ 23 bilhões a título de auxílio financeiro aos municípios para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, o que resultou num alargamento da incursão de município no estado de calamidade financeira sem que fosse aferido qualquer requisito contábil ou comprovado a situação calamitosa apresentada pelo ente municipal. Simplesmente requereram o reconhecimento pelas Assembleias Legislativas sem qualquer estudo, ou apresentação de documentação contábil que demonstrasse o estado deficitário das finanças provocadas pela covid-19.

A inexistência da obrigatoriedade de uma prévia análise contábil e financeira para a inclusão do município no sistema de calamidade financeira excepcional transforma a vontade do chefe do Poder Executivo Municipal em presunção absoluta, permitindo inclusive que o gestor ímprobo seja beneficiado com tal instituto.

35 ARAIS, Jacqueline Kivits. Calamidade Financeira E A Lei De Responsabilidade Fiscal: Necessidade Pública Ou liberdade administrativa? *Revista e Cadernos de Finanças Públicas*. Brasília – DF, v.19 n.2, jun. 2019, p. 53.

6. CONCLUSÃO

De longa data as contas públicas são objeto de preocupação, sendo submetidas a rígidos controles fiscalizatórios, nossa Carta da República tutelou um sistema de controle interno e outro externo. O interno é realizado pelo próprio ente fiscalizado enquanto o externo é através do Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo que é auxiliado pelos Tribunais ou Conselhos de Contas.

O sistema de controle externo foi previsto e organizado pela Constituição Financeira sendo criadas rígidas regras com a imposição do cumprimento de requisitos, metas e planejamento no que refere a gestão pública. Infraconstitucional a lei de responsabilidade fiscal, importou em um marco para uma gestão proba e de regulamentação às regras constitucionais de controle externo.

Em casos de calamidade financeira as rígidas regras de controle financeiro sofrem uma mitigação com o afrouxamento de alguns requisitos quando existente o estado de calamidade financeira, como foi no período da covid-19.

O art. 65 da LRF previu o reconhecimento do estado de calamidade financeira dos municípios com a previsão da inserção no regime especial de gestão pública a fim de permitir uma governabilidade com enfrentamento à crise.

Ocorre que a LRF outorgou às Assembleias Legislativas a competência legislativa para reconhecer ou não da situação calamitosa financeira dos municípios, ainda sem qualquer tipificação quanto aos critérios balizadores da existência de tal circunstância.

O reconhecimento da situação calamitosa financeira em municípios está jungido ao exercício da atividade de controle financeiro e orçamentário que é de competência constitucional do Poder Legislativo Municipal. Dessa forma, outorgar as Assembleias Legislativas a presente competência, inclusive por norma infraconstitucional, atenta contra a separação dos poderes, a autonomia dos entes federados e o princípio da simetria, de maneira a comprometer a própria estrutura federativa da nação.

Demais disso, a ausência de critérios balizadores para a caracterização do estado de calamidade financeira permite que os municípios utilizem da presente permissivo legal de forma desmedida, desenfreada e desordenada, permitindo que os maldosos gestores se sirvam para mera chancela de eventual ilegalidade.

REFERÊNCIAS

ARAIS, Jacqueline Kivits. Calamidade Financeira E A Lei De Responsabilidade Fiscal: Necessidade Pública Ou liberdade administrativa? *Revista e Cadernos de Finanças Públicas*. Brasília – DF, v.19 n.2, p. 1-96, jun. 2019.

Disponível em: <file:///C:/Users/Master/Downloads/51-Texto%20do%20artigo-170-1-10-20200313.pdf> em 05 jun. 20.

ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 966-A, de 07 de novembro de 1890**. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Brasília-DF: Presidência da República, [1890]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D00966-A.html. Acesso em 09 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 18 jul. 20.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, [1890]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm. Acesso em 09 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.898, de 11 de novembro de 2019**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, [maio 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13898.htm. Acesso em 09 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília-DF: Presidência da República, [jul. 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#:~:text=O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%3%9ABLICA%20Fa%3%A7o,e%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%-C3%B5e%20sobre,respons%C3%A1vel%20pelo%20surto%20de%202019.. Acesso em 09 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Repercussão Geral Tema 157**. O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas

anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4352126&numeroProcesso=729744&classeProcesso=RE&numeroTema=157>. Acesso em: 11 jul. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários Dos Discursos Sobre A Historicidade Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, Robson Antônio Tavares; SOUZA, Marli Vieira Pontes. A Percepção Holística Da Administração Gerencial No Serviço Público. **Revista de Administração Geral**. Macapá, v.1, n.2, p.138-153, 2015.

DA CRUZ, Flavio; VICCARI JUNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; TREMEL, Rosângela. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAS, Ronaldo. Covid-19 leva estado de calamidade a 82 municípios. **Monitor Mercantil**. 21 maio 2020. Disponível em <https://monitormercantil.com.br/covid-19-leva-estado-de-calamidade-a-82-municipios> Acesso em 15 jul. 2020.

FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes; RAITZ, Tânia Regina. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro/RJ, p. 367-383, mar./abril 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6928>. Acesso em: 21 jul.2020. ISSN 0034-7612.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org. e Trad.: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa**. Birigui: Boreal, 2017.

GODOY, Sandro Marcos. Tutela jurídica dos recursos hídricos: seus vínculos à energia em face do direito ambiental brasileiro. In: JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. (Orgs.). **A constitucionalização do direito: seus reflexos e o acesso à justiça**. Birigui: Boreal, 2015, p. 1-17.

GODOY, Sandro Marcos; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; STEPHANIE, Karoline Maioli Isogai. O princípio da cooperação como norma fundamental

do processo civil e seus reflexos na arbitragem. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Vol. 13, nº 1, jan./jun. de 2019, p. 9-33.

GODOY, Sandro Marcos. Gênese do direito: as primeiras leis e obrigações. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Vol. 9, nº 1, jan./jun. de 2016, p. 9-26.

GATTRINGER, João Luiz. Controle interno no âmbito municipal: efetivo funcionamento e atuação do TCE/SC. **Apostila do IX Ciclo de Estudos de Controle Público da Administração Municipal**: Florianópolis: TCE/SC, 2006. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/content/ix-ciclo-de-estudos-de-controle-p%C3%BABlico-da-administra%C3%A7%C3%A3o-municipal> Acesso em: 21 jul. 2020.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUEDES, José Rildo de Medeiros. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. Rio de Janeiro: IBAM, 2001.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 4ª Edição. São Paulo: Método, 2011.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo: Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MERSÁN, Carlos. **Direito Tributário**. Trad.: Dejalma de Campos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de SC. **Orientações do Tribunal de Contas aos Municípios frente a situação de calamidade pública**. Santa Catarina: TCE/SC. Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/Emergencia_e_calamidade_publica_0.pdf. Acesso: 12 jun. 2017.

SANTOS, Clezio Saldanha. **Introdução à Gestão Pública**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 08.2005.

SIMÃO, Edson. **Tribunais De Contas: Controle Externo das Contas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSOLEN, André Vinícius. Governança do Estado e o direito (dever) à boa Administração Pública: A regra da observância aos preceitos constitucionais. **Revista Argumentum**, Marília/SP, V. 18, N. 3, p. 665-678, Set.-Dez. 2017. Disponível em: https://ojs.unimar.br/index.php/revista_argumentum/article/view/208. Acesso em: 11 jul. 2020.

SOBE para 183 número de municípios de PE em estado de calamidade pública devido à Covid-19. **G1**, Pernambuco, 23 abr. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/04/23/sobe-para-183-numero-de-municipios-de-pe-em-estado-de-calamidade-publica-devido-a-covid-19.ghtml> Acesso em 15 jul. 20.

TAVARES, Gabrielle. MS agora tem 33 municípios em estado de calamidade pública. **Correio do Estado**. 24 de jul. 2020. Disponível em: <https://correiodoestado.com.br/politica/ms-agora-tem-33-municipios-em-estado-de-calamidade-publica/373809> Aceso em 15 jul.20.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Recebido em: 19/03/2024

Aprovado em: 01/07/2024

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO DO BRASIL: ACESSIBILIDADE E ALTERIDADE NA CONSTRUÇÃO DE UMA PEDAGOGIA DO ACOHLIMENTO*

PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE NATIONAL POSTGRADUATE SYSTEM IN BRAZIL: ACCESSIBILITY AND ALTERITY IN THE CONSTRUCTION OF A PEDAGOGY OF WELCOMENESS

WALTER LUCAS IKEDA**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH***

RESUMO

A pós-graduação possibilita a formação de pesquisadores, difusores do conhecimento e a carreira de docente que permite representação e projeção social. Pensar na pessoa com deficiência (PCD) na pós-graduação é pensar numa possibilidade de emancipação e resignificação de seu papel social. Todavia, tal percurso apresenta diversas dificuldades, de modo que o problema que orienta esta pesquisa é: sob quais condições a dimensão de alteridade intrínseca à acessibilidade atitudinal pode implicar a construção de uma pedagogia do acolhimento no sistema nacional de pós-graduação brasileiro? A hipótese é pela insuficiência da mera inserção sem a acessibilidade. O objetivo geral de pesquisa é propor uma dimensão de acessibilidade da PCD na pós-graduação a partir da ética da alteridade, fundamentada em Emmanuel Lévinas. Os objetivos específicos do texto, que se refletem em suas seções de desenvolvimento, são: a) expor a dimensão da acessibilidade e educação da PCD na pós-graduação, com ênfase na

ABSTRACT

Postgraduate studies enable the training of researchers, disseminators of knowledge and a teaching career that allows representation and social projection. Thinking about people with disabilities (PWD) in postgraduate studies is thinking about the possibility of emancipation and resignification of their social role. However, this path presents several difficulties, so the problem that guides this research is: under what conditions can the dimension of otherness intrinsic to attitudinal accessibility imply the construction of a pedagogy of welcoming in the Brazilian national postgraduate system? The hypothesis is due to the insufficiency of mere insertion without accessibility. The general research objective is to propose a dimension of accessibility of PWD in postgraduate studies based on the ethics of otherness, based on Emmanuel Lévinas. The specific objectives of the text, which are reflected in its development sections, are: a) to expose the dimension of accessibility and education for PWD in

* Artigo produzido no contexto do Projeto de Pesquisa intitulado “Pessoas com deficiência no Ensino de Pós-Graduação Stricto Sensu no Brasil: a ética da alteridade na construção de políticas públicas de inclusão” (Edital PDPG CAPES nº 37/2022 – Processo nº 88887.744321/2022-00).

** Doutor em Direito pela Universidade Cesumar (Bolsista CAPES/PROSUP Docente no curso de Direito nos Centro Universitário Metropolitano de Maringá (UNIFAMMA), Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR) e Faculdades Maringá. E-mail: walterlucasikeda@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6079-7109>.

*** Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (2023). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014). Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. E-mail: madwermuth@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7365-5601>.

perspectiva finalística desta categoria; e b) formular uma dimensão ética de acessibilidade à PCD na pós-graduação a partir de Emmanuel Lévinas. A metodologia utilizada é a metafenomenologia levinasiana, valendo-se, inclusive, de relatos de PCD. Ao final formulou-se uma proposta de pedagogia do acolhimento.

PALAVRAS-CHAVES: Pessoa com deficiência na pós-graduação. Acessibilidade atitudinal. Pedagogia do acolhimento. Emmanuel Lévinas.

postgraduate studies, with an emphasis on the finalistic perspective of this category; and b) formulate an ethical dimension of accessibility to PWD in postgraduate studies based on Emmanuel Lévinas. The methodology used is Levinasian metaphenomenology, even using reports from PCD. In the end, a proposal for welcoming pedagogy was formulated.

KEYWORDS: Person with disability in postgraduate studies. Attitudinal accessibility. Welcoming pedagogy. Emmanuel Lévinas.

1 INTRODUÇÃO

Em “A metamorfose”, de Kafka¹, Samsa, um profissional bem-sucedido e que sustenta seu lar tem grande acolhimento de sua família. Após acordar em uma forma não humana, como um inseto, passa a gradativamente se isolar, depois a família o isola, até que sua família ostenta indiferença e anseia o seu fim. Apesar da obra não tratar propriamente da pessoa com deficiência (PCD), pode-se refletir como um ser humano que não atende aos padrões socialmente construídos da “normalidade” é tratado pelas pessoas ao seu redor.

Um movimento contrário ao dos personagens da obra seria não isolar nem ser indiferente com Samsa. Ressalvados os preconceitos e estigmas sociais da PCD, sua inserção na pós-graduação lhe permite ocupar local de representação intelectual, difundir conhecimento e ascender social-profissionalmente. O trajeto à projeção indicada está cercado de percalços e exige uma postura do Poder Público para que cumpra com as diretrizes normativas e que todos os que participam desse movimento uma atitude ética de acolhimento. É neste contexto que o presente estudo se insere.

Ressalta-se que a presente pesquisa não visa explorar os porquês da quantidade de matrículas das pessoas com deficiência, apesar de tocar no ponto em alguns momentos. Vale-se, assim, de notas de rodapé para indicar estudos que tiveram tal enfoque como objeto central. Assim, a presente pesquisa tem como escopo uma perspectiva emancipatória e de dignidade da PCD junto ao seu ingresso no sistema nacional de pós-graduação, ou seja, nos aspectos ético-normativo de seu desenvolvimento formativo.

Justifica-se socialmente pela necessidade da discussão ética da inserção da PCD na pós-graduação, para além das pesquisas quantitativas que já são ricas na literatura. Também se justifica a pesquisa academicamente pela aprovação, no âmbito da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior², de projetos sobre alteridade na pós-graduação.

1 KAFKA, 1997.

2 BRASIL, 2022; 2023.

A justificação da literatura filosófica de Emmanuel Lévinas e seu conceito de alteridade decorrem da necessidade de pensarmos a subjetividade e a sua constituição por uma lógica diversa da ontológica. Isso porque julgar o Outro a partir das competências e cognição do Eu é tornar o Outro o mesmo, ou seja, julgar a PCD pela perspectiva do Eu regular reduz e empobrece sua complexidade e suas competências ao mesmo denominador do Eu. Nesse sentido a filosofia levinasiana propõe uma releitura da constituição subjetiva que começa com o Outro, a PCD.

O problema de pesquisa que orienta este estudo pode ser sintetizado da seguinte maneira: sob quais condições a dimensão de alteridade intrínseca à acessibilidade atitudinal pode implicar a construção de uma pedagogia do acolhimento no sistema nacional de pós-graduação brasileiro? Parte-se da hipótese que a mera inserção da PCD na pós-graduação não é suficiente para alcançar sua perspectiva finalística de desenvolvimento e dignidade. É necessário ir além, razão pela qual o artigo aposta na construção de uma verdadeira “pedagogia do acolhimento” como condição de possibilidade para a acessibilidade das PCD no âmbito do sistema nacional de pós-graduação, fundamentalmente, na perspectiva atitudinal.

Nestes termos o objetivo geral de pesquisa é propor uma dimensão de acessibilidade da PCD na pós-graduação a partir da ética da alteridade, fundamentada em Emmanuel Lévinas. Com o fito de atingir o objetivo geral, fragmenta-o em específicos, que espelham as seções estruturais de desenvolvimento da pesquisa, sendo estes: a) expor a dimensão da acessibilidade e educação da pessoa com deficiência na pós-graduação, com ênfase na perspectiva finalística desta categoria; e b) formular uma dimensão ética de acessibilidade à pessoa com deficiência na pós-graduação a partir de Emmanuel Lévinas.

A metodologia utilizada é a metafenomenologia levinasiana. A metodologia propõe uma abordagem de essência ética para além de uma origem fenomênica, abrindo-se à metafísica. Nesse sentido, a filosofia levinasiana propõe uma ressignificação e abertura de dimensões a diversos conceitos, destacadamente o tempo, a formação do ser (subjetividade) e o infinito, que compõem o que Lévinas tratou de ética como filosofia primeira. Ainda, a metodologia proposta se vale de relatos de PCDs e experiências para auxiliar esse procedimento de abertura ao Outro.

O trabalho é dividido em duas seções de desenvolvimento. A primeira, intitulada “Pessoa com deficiência no sistema nacional de pós-graduação: um breve panorama sobre acessibilidade”, desenvolve um panorama normativo da PCD na pós-graduação e a relevância da acessibilidade na perspectiva atitudinal. A segunda seção, intitulada “A alteridade de Emmanuel Lévinas como condição de efetivação da acessibilidade atitudinal: rumo à construção de uma pedagogia do acolhimento”, desenvolve o conceito de alteridade e propõe sua inserção no

campo educacional, entrelaçando ética, educação e direito com o tecido da PCD na pós-graduação.

2. PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO: UM BREVE PANORAMA SOBRE ACES-SIBILIDADE

O Brasil³ é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007. As referidas disposições foram incorporadas pelo Decreto N° 6.949, de 25 de agosto de 2009, pelo rito do art. 5º, §3º, da CF, recebendo o mesmo tratamento que as emendas constitucionais⁴, integrando, assim, um bloco de normas constitucionais.

Faz-se uma pequena incursão sobre as normas constitucionais antes de retomar a convenção das PCD. Indica-se na topografia constitucional que há diversas normas expressas ou implícitas da Constituição Federal que indicam um diálogo com a indicada convenção. Aponta-se que o art. 5º concede direitos fundamentais e garantias a todos, sem distinção de qualquer natureza. Nesse sentido, o art. 227 preceitua o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar prioritariamente a educação e demais direitos à criança, adolescente e ao jovem, destacando-se o §1º, II, que indica a necessidade de criação de programas às PCD, com treinamento para o trabalho e convivência, bem como a eliminação de quaisquer obstáculos e formas de discriminação⁵.

Além disso, pode-se mencionar que a lei de acessibilidade⁶ ostenta preocupação com as estruturas adequadas à PCD, mas também indica no seu art. 24 a necessidade de campanhas educativas à população em geral para que tome consciência da acessibilidade e integração social da PCD. Já o Plano Nacional de Educação⁷ se restringe à preocupações arquitetônicas de acessibilidade.

Retomando a Convenção de Nova York, já no seu preâmbulo, reconhece a dignidade e direitos iguais a todos os membros da família humana, sendo este o fundamento de liberdade, justiça e paz no mundo. Que a declaração de direitos e os pactos internacionais devem ser destinados a todas as pessoas, sem distinção, incluindo a educação e a necessidade de garantir às PCD sua fruição plena. Ainda, que a deficiência é um conceito em desenvolvimento, sendo

3 BRASIL, 2009.

4 BRASIL, 1988.

5 A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) estabelece no seu art. 58 que a educação especial inclui as PCD desde a Educação Infantil ao longo da vida. Ainda, o art. 44 dispõe sobre a pós-graduação é compreendida na Educação Superior (Brasil, 1996). Dessa forma, por interpretação sistemática-teleológica, a conclusão normativa é que a PCD tem direito de acessar a pós-graduação.

6 BRASIL, 2000.

7 BRASIL, 2014.

fruto da relação de tais pessoas com as barreiras de atitudes e ao ambiente da participação delas na sociedade em igualdade de oportunidades. Destacam-se no nosso estudos os itens preambulares “m”); “n”); e “w”):

m) Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza,

n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas,

w) *Conscientes* de que a pessoa tem deveres para com outras pessoas e para com a comunidade a que pertence e que, portanto, tem a responsabilidade de esforçar-se para a promoção e a observância dos direitos reconhecidos na Carta Internacional dos Direitos Humanos⁸.

A justificativa do destaque aos itens preambulares tem o escopo de indicar subsídios normativos que vão sustentar a ética da alteridade proposta à acessibilidade. Tal dimensão será mais bem explorada na seção seguinte para melhor organização e metodologia. Isso porque os itens destacam que: m) a PCD ostenta potência contributiva de desenvolver diversos aspectos da sociedade; n) a necessidade de sua autonomia; e w) todas as pessoas têm o dever de auxiliar neste projeto.

O artigo 24 da Convenção é o que trata da educação, que deve ser efetivado em todos os níveis⁹. O objetivo educacional é o pleno desenvolvimento do potencial humano e sua participação efetiva em uma sociedade livre. Para alcançar dito objetivo, as PCD não devem ser excluídas do sistema educacional, sendo tomadas as medidas necessárias de ambiente e apoio. Já o artigo 9 da Convenção de Nova York, que trata da acessibilidade traz diretrizes diversas de infraestrutura física e de serviços às PCD.

Como mencionado, o foco deste trabalho é o da PCD na pós-graduação. Apenas para fins informativos iniciais, aponta-se que, em 2018, dos 2.763 programas de pós-graduação acadêmicos (mestrado e doutorado), apenas 737 programas ostentam ações afirmativas de inclusão, sendo que 78,08% deles incluem a PCD¹⁰. Dessa forma, verifica-se que todas as dimensões da acessibilidade devem atuar conjuntamente e ainda ostentam muito espaço para ocupar os diversos programas.

8 BRASIL, 2009.

9 Inclusive, nos termos do item b), do artigo 8, o direito educacional das PCD deve ser fomentado em todos os níveis do sistema educacional, ou seja, deve incluir a pós-graduação.

10 VENTURINI, 2019.

No mesmo sentido foi a pesquisa de Santos, Martins e Pauseiro¹¹ que analisaram as principais dificuldades de permanência da PCD no sistema de pós-graduação das Universidades Federais. A pesquisa consistiu em revisão sistemática na base de dados do Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), sem recorte temporal ou delimitação de idioma. A partir da busca foram localizadas as ocorrências sintetizadas na seguinte tabela:

Tabela 1 – Revisão sistemática da literatura das PCD na base CAPES

Buscador	Pesquisa 1	Pesquisa 2	Pesquisa 3
	"Pessoa com deficiência" E "Superior",	"Pessoa com deficiência" E "Graduação"	"Pessoa com deficiência" E "Pós-Graduação"
Idioma	Qualquer idioma	Qualquer idioma	Qualquer idioma
Data de Publicação	Qualquer ano	Qualquer ano	Qualquer ano
Campo de busca	Título	Título	Título
Total de Documentos achados	72	21	17
Quantitativo de artigos	72	21	17
Artigos publicados em periódicos revisados por pares	47	19	15

Fonte: Santos, Martins e Pauseiro (2023, p. 1100).

A pesquisa indicou que a maioria dos Programas de Pós-graduação está focada em nível federal. Dessa forma, a análise dos autores deu ênfase aos desafios nas indicadas instituições. Destacaram os desafios físicos, comunicacionais, metodológicas e atitudinais, que obstam a participação plena das PCD. Tais desafios sinalizam para a necessidade de medidas governamentais de assistência estudantil e de serviços especializados, exigindo engajamento dos gestores para o alinhamento pedagógico e administrativo da instituição¹².

Prosseguindo, pode-se perguntar o porquê ter o foco da pesquisa voltado para a pós-graduação. Tal questionamento é válido e justifica um breve espaço de esclarecimento. A pós-graduação constitui espaço para a formação de mestres e doutores que poderão ministrar aulas, realizar pesquisas e as difundir para a sociedade, de modo que a inclusão de PCD praticamente se torna condição de representação da pluralidade social na produção e difusão do conhecimento. Também se destaca o edital de pesquisas de PCD e alteridade da CAPES¹³, mencionado na Introdução. Portanto, espera-se que pontos de vistas plurais contribuam para uma sociedade mais rica e acolhedora, o que vai ao encontro das diretrizes constitucionais e internacionais expostas no início desta seção.

11 SANTOS; MARTINS E PAUSEIRO, 2023.

12 SANTOS; MARTINS E PAUSEIRO, 2023.

13 BRASIL, 2023.

O que se pode verificar nesse breve recorte é que a maior parte das diretrizes indica uma grande preocupação com as estruturas físicas e de serviços que possibilitem o acesso ontológico da PCD. Ainda assim, como indicado anteriormente, há diversas disposições, ainda que tímidas, que indicam uma responsabilidade além da meramente arquitetônica e de serviços, mas a de integração e dignidade, que implicam numa emancipação da PCD. É essa perspectiva que se busca desenvolver neste trabalho, tendo como condição a acessibilidade.

Sasaki¹⁴ apresenta as seis dimensões da acessibilidade: a) arquitetônica; b) comunicacional; c) metodológica; d) instrumental; e) programática; e f) atitudinal. Dentre tais dimensões, a que nos interessa ao trabalho é a dimensão atitudinal, que é marcada pela responsabilidade de cada um perante as PCDs.

Dessa maneira, a acessibilidade atitudinal tem como objeto a percepção e a sensibilidade na relação com a PCD. Deve-se evitar preconceitos, mistérios, tabus, estigmas, discriminações etc. De certa forma, todas as dimensões de acessibilidade têm relação com a atitudinal, cujo foco são as atitudes, os atendimentos, o trato sensíveis e a atenção específica para cada pessoa. Portanto, a acessibilidade atitudinal visa remover o peso das barreiras da exclusão¹⁵.

A dimensão da acessibilidade atitudinal, pode ser compreendida nos espectros do lazer, trabalho e educação. Em relação ao primeiro espectro, a acessibilidade atitudinal deve ser vista como eliminação de preconceitos que afastam oportunidades de lazer das PCD. No trabalho, há o desiderato de eliminação de preconceitos, estigmas, estereótipos e discriminações, como fruto de programas e práticas de sensibilização e conscientização dos demais trabalhadores. Na seara educacional, é necessário desenvolver a sensibilização e conscientização nas instituições de ensino, visando eliminar preconceitos e fortalecer a inclusão social conjunta, inclusive para que todos aprendam a evitar comportamentos discriminatórios¹⁶.

Para uma contextualização inicial da dimensão atitudinal, e sua importância, analisa-se vídeo publicado no canal do Youtube *Trilhas na Pós-graduação*, em que Lorrane Stefane Silva¹⁷, formada em Pedagogia, expõe seus desafios e experiências ao cursar o mestrado na Universidade Federal de Uberlândia. Explica que o primeiro desafio foi logo no ingresso, pois solicitou a utilização de leitor de tela para a prova, que não funcionou adequadamente e teve que solicitar ao aplicador do exame ajuda diversas vezes.

Ao iniciar as aulas teve dificuldade com a plataforma *Moodle* da instituição, a qual não era acessível, o que foi resolvido após cerca de um mês e

14 SASSAKI, 2009.

15 BRASIL, 2020, p. 12.

16 SASSAKI, 2009.

17 SILVA, 2020.

meio, por solicitação da professora do crédito. Durante este tempo, conseguiu realizar suas atividades semanais com ajuda dos colegas de turma e da professora da disciplina. Outro problema foi a monitoria, que é importante tanto para a acessibilidade a materiais e sites que não são acessíveis, como para o auxílio de condução pela estrutura da instituição, sendo que apenas conseguiu ter seu auxílio após seis meses de ingresso e sua periodicidade de fornecimento era irregular. Dessa forma, destaca a importância de recursos estruturais e humanos para a PCD na pós-graduação.

Outro ponto de destaque de Silva¹⁸ foi a rede de apoio na pós-graduação que foi constituída por colegas da sala, familiares e professores. Eles a auxiliaram não apenas a suprimir as dificuldades de acessibilidade do curso, mas também a acolheram para que se sentisse importante e valorizada. Faz a consideração que se não tivesse essa rede de apoio de amigos, família teria desistido da pós-graduação¹⁹, de modo que o “acolhimento, é essencial para as pessoas [com deficiência] permanecerem, técnicos, professores que trabalham precisam fazer a pessoa se sentir respeitada e valorizada”²⁰.

Doravante, destaca-se a pesquisa de Silva et al²¹ em que os alunos do curso de Pedagogia, na disciplina de Educação Inclusiva, foram submetidos a uma experiência de serem privadas do uso da visão e um outro grupo foi responsável por conduzi-los. As acadêmicas enfatizaram a importância do acolhimento e auxílio dos colegas, bem como observaram como a atitude dos demais pode influenciar negativamente esse acolhimento, conforme o relato da acadêmica Bruna:

Foi uma sensação estranha, fiquei com muito medo de cair ou de alguém esbarrar em mim. Teve um momento em que os olhares e risadinhas das pessoas ao redor me deixaram bastante constrangida e me passaram insegurança²².

A percepção dos alunos nessa experiência não é diferente da experiência de alunos cegos. Conforme aponta Souza²³, ao analisar os sentimentos de alunos com deficiência visual na convivência em sala de aula, eles manifestaram situações desagradáveis e/ou significativas, apontando aspectos ligados à afetividade (atitudes do grupo) e ao acesso a materiais de apoio/didáticos. Portanto, a perspectiva atitudinal não deve ser vista apenas como uma questão estética ou de narrativa, mas como elemento tão importante quanto a estrutura física de uma instituição que visa a formação de uma PCD.

18 SILVA, 2020.

19 SILVA, 2020, 20:10.

20 SILVA, 2020, 26:20.

21 SILVA et al, 2021.

22 SILVA et al, 2021, p. 670.

23 SOUZA, 2008.

É interessante observar que a dificuldade do Outro é estranha ao Eu, até que o eu se abra para a exterioridade, ou seja, compreenda o mundo além da sua percepção. Nesse aspecto, aponta-se o relato pessoal de Clóvis de Barros Filho no *podcast* do *Flow*²⁴, no qual salienta que perdeu a visão após complicações oculares (câncer nos olhos e incompatibilidade de silicone na retina) e que começou a trabalhar no *podcast* voltado para pessoas com deficiência visual “Veja Bem” desde então. Em sua fala, ele exemplifica que a alegoria da caverna platônica²⁵ não faz sentido ao cego e que a sua percepção sobre o tema somente ocorreu após a sua própria perda visual. No *podcast* ele se expressa da seguinte maneira:

Claro, eu não me preocupei enquanto não perdi, só quando eu perdi, porque quem enxerga não se importa com quem não enxerga. Posso te provar isso. Outro dia estava descendo a Pamplona, na calçada pode ter um caminho para cegos. Eu indo com a minha dificuldade, descendo devagar da Paulista para a Rua Estados Unidos, sentido Jardins. E o que pude observar? Na frente da farmácia tem o caminho [para cegos], acabou a farmácia, acabou o caminho. Quer mais? Na frente do fim do caminho tem um poste. Quer dizer, é de uma sociedade cruel. Não somente não vai ter caminho, como vai ter um poste. Você não sabe se é crueldade ou estupidez [...] ao entrar na farmácia e perguntei, tem caminho para cego aqui? Claro, nós fazemos questão de manter. Mas, pergunto, o que adianta se na loja ao lado não tem e na outra também não. Ora, mais aí não é problema meu, meu problema é aqui na frente.

Após a sua perda de visão, Barros Filho comenta as dificuldades financeiras de sua equipe com a interrupção de trabalhos em decorrência da perda de visão. Ao olhar para as pessoas ao seu redor, ele percebe que não pode demiti-las neste momento, especialmente pela época vivenciada (contexto da pandemia da COVID-19). A saída foi dar palestras virtuais. O entrevistado, então, conclui que não se trata de resiliência, mas sim de “amor pelas outras pessoas, por mim não faria nada disso, mas por eles, nossa! Porque fazemos mais pelos outros do que fazemos por nós mesmos [...] é pelos outros que alcançamos nossos limites, por você, não”²⁶.

24 BARROS FILHO, 2021.

25 No livro VII de a República (PLATÃO, 2007) é exposto o mito da caverna. O mito é exposto no diálogo entre Sócrates e Glauco, com o objetivo de expor o estado de ignorância. O mito constitui num cenário imaginário em que os homens habitam uma morada subterrânea na forma de caverna, em que há uma entrada aberta à luz. Os habitantes estão lá desde a infância com as pernas e pescoço acorrentados, impedindo que vejam algo diverso do que está diante deles. A luz adentra a caverna por meio de uma fogueira acesa numa colina na direção de suas costas e a luz passa por uma estrada ascendente com um pequeno muro antes de chegar à caverna. Dessa forma, os habitantes da caverna apenas enxergam objetos transportados e algumas falas humanas, de modo que atribuem realidade às sombras dos objetos. Um desses prisioneiros, caso libertado e descubra toda a realidade externa à caverna, decide retornar à caverna para expor as descobertas aos demais, porém, seria morto por eles.

26 BARROS FILHO, 2021, 1:19:45.

A abertura da percepção de Barros Filho vai ao encontro da pesquisa produzida por Silva et al²⁷, no sentido de que o educador deve ter conhecimento das características da deficiência do seu aluno. Por isso, os cursos de formação de educadores devem promover capacitação para minimizar tais barreiras. Isso também se trata de acessibilidade atitudinal que deve abarcar todos os participantes do processo educativo.

Esses relatos indicam que não é possível pensar em inserir pessoas plurais e singulares no contexto da educação. Sem essa abertura ao diferente, à exterioridade, que é a alteridade. É neste sentido que a filosofia de Emmanuel Lévinas se torna incontornável e será objeto do próximo tópico, a fim de apontar que a acessibilidade atitudinal não pode ser sustentada sem a alteridade.

3. A ALTERIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS COMO CONDIÇÃO DE EFETIVAÇÃO DA ACESSIBILIDADE ATITUDINAL: RUMO À CONSTRUÇÃO DE UMA PEDAGOGIA DO ACOLHIMENTO

A compreensão de alteridade que guia este trabalho foi extraída da filosofia de Emmanuel Lévinas. Antecipa-se que se trata de compreensão de assimilação gradual, já que a epistemologia proposta tem início no Outro e não no Eu, o que desafia o *logos* ocidental contemporâneo. Dessa forma, será realizada uma breve contextualização da origem do conceito, depois sobre sua estrutura e, então, da sua relação com a acessibilidade no aspecto atitudinal.

Lévinas (1906-1995) nasceu em Kaunas. De origem judaica, estudou o judaísmo e a filosofia. Fez mestrado com Edmund Husserl e doutorado com Heidegger. Na Segunda Guerra Mundial foi feito prisioneiro em campos de concentração com os demais judeus, presenciando o massacre de outros internos e de quase toda sua família. A experiência nos campos de concentração o marcou profundamente e o impulsionou a desenvolver uma filosofia que impedisse que os eventos da guerra se repetissem. O conceito central desta filosofia é a alteridade²⁸.

A alteridade é um conceito de uma filosofia ética que desafia a tradição do pensamento ocidental. A filosofia ocidental é fundada numa perspectiva egológica do humano, de modo que a compreensão do mundo ocorre racionalmente para si, para o cuidado de si e do que está dentro das categorias do Eu²⁹. O relato do professor Clóvis de Barros Filho, mencionado no tópico precedente, é exatamente isso, pois após décadas lecionando filosofia, foi somente com a perda da visão que ele compreendeu que algumas das alegorias que ele utilizava em sala de aula – a exemplo do mito da caverna, de Platão –

27 SILVA ET AL, 2021.

28 LÉVINAS, 1980; 2011.

29 LÉVINAS, 1980.

não fazia sentido para todos, especialmente para os cegos. Dessa forma, torna-se possível afirmar que, ao perder a visão, o professor foi levado à compreensão de que o conhecimento não se limita à perspectiva do Eu. Na verdade, começa com o Outro, não com o Eu, é ele que vai dizer o que se pode fazer, o que não se pode fazer, pois ele é a exterioridade.

O mundo como construção de conceitos é típico da tradição ocidental, pois parte da premissa do Eu ser capaz de tudo conhecer e racionalizar. Todavia, Lévinas³⁰ propõe que tal forma de pensar decorre da ontologia do *ser* como filosofia primeira. Logo, a virada de chave ocorreria com o estabelecimento da ética como filosofia primeira. Por isso, o Eu não viria antes do Outro, já que o Eu está na ontologia e a ética (exercício da conduta ideal na relação com o outro) privilegia o Outro. Este mesmo ponto indica que o foco central da filosofia levinasiana não é o conhecimento enraizado na racionalidade, mas o modo de ser, que se dá por meio da linguagem, ou seja, de dizer e dizer até dizer outramente que ser³¹.

A relação do Eu com o Outro é linguagem. Sempre quando se fala algo, é um dito. A linguagem do dito está inserida na história e na ontologia. Todavia, o dito sempre tem um dizer que não é inserido integralmente no que foi dito. O acesso ao dizer se dá com o rosto do Outro, que já é linguagem, de modo a acessar o reino ético e seu tempo. O rosto do Outro interpela o Eu com o mandamento de *não matarás*, ou seja, de socorro e não indiferença. Tal mensagem não precisa ser dita expressamente, ela já é transmitida no rosto do Outro³².

A percepção levinasiana de mobilizar o pensamento ao tempo ético produz conceitos cujo entendimento está para além das palavras. Está num tempo imediato, um tempo diacrônico (metafísica), em que a linguagem é testemunho do “*eis me aqúi*”. A racionalidade deixa de ser soberana para decidir o que é ou não é; ela passa a ser sustentação de discurso, sempre apto a recomençar. O pensamento vinculado não ao espaço, mas ao tempo, é movimento que articula conceitos em permanente (re)construção. Há o desenvolvimento de um modo de pensar diverso da racionalidade fundada na ontologia.

O filósofo postulou por uma ética em que o Outro viesse em primeiro lugar, antes do Eu e de interesses egoístas. Nesta perspectiva, a única justiça ética é aquela que não admite qualquer indiferença com o sofrimento e ao chamado do Outro³³. Também se posicionou contra a universalização da pessoa pela forma, defendendo a singularidade da pessoa, a sua alteridade.

A pessoa mundana se abre para a vulnerabilidade do Outro na medida em que a sensibilidade lhe afeta. A vulnerabilidade abre o movimento do Eu ir

30 LÉVINAS, 1980.

31 LÉVINAS, 2011.

32 LÉVINAS, 2010.

33 SOUZA, 2001, p. 272.

em direção ao Outro. A substituição promove o entregar do Eu para o Outro, permite que o Outro usufrua no lugar do Eu, o que é possível pela colocação do Eu no lugar do Outro e que por este responda. Não se trata meramente de dividir o pão, é entregar o pão ao Outro, é reconhecer a precedência do Outro frente ao Eu³⁴. Quando o existente assume a responsabilidade pelo Outro, torna-se mais que um existente, passa a ter uma existência, a qual transcende com a substituição. Nesse sentido,

A substituição é o cume da responsabilidade na Subjetividade, é simplesmente incluir o outro de tal forma em mim mesmo como se ele viesse morar debaixo de minha pele e pode incluir o “tirar o pão da própria boca” para dá-lo ao outro. E mais, a substituição pode implicar ter de expiar até mesmo as faltas do outro e morrer em seu lugar. Nesse sentido, a substituição é a elevação máxima possível ao homem, a sua santidade, a configuração suprema da Subjetividade³⁵.

O cume deste modo de ser é a substituição, que não é um algo que se questiona o que é, mas como um modo que produz a subjetividade. Logo, a subjetividade deixa de ser uma questão de ser. Não é possível encontrar uma entidade ou essência, já que ela opera como acontecimento temporal a ser testemunhado. Deixa de ser substantivo e se torna advérbio. Já que a subjetividade se desprende do campo da ontologia, esta não pode mais ser totalizada como conceito. Sempre há um dizer que não é dito, evidenciando a diacronia levinasiana que vincula o conceito com a infinitude do tempo. A subjetividade é um outramente que ser do que ser para si mesmo, focando-se mais na relação do que nos pontos desta relação.

Nesse sentido, é justamente a ética da alteridade que permite a efetivação da acessibilidade atitudinal. É a assunção de toda a responsabilidade e de incorporar como modo (advérbio) de acolhimento. O acolhimento, então, configura o ponto de intersecção entre ética da alteridade e a acessibilidade atitudinal, de modo que não é possível sustentar a acessibilidade sem alteridade e não pode a alteridade ocorrer sem a acessibilidade do Outro, sendo este ponto de encontro o acolhimento. Dessa forma, propõe-se uma pedagogia do acolhimento.

Lévinas³⁶ visa a ruptura com a filosofia ocidental, que criou um sistema emancipatório baseado na razão, como forma de encontrar o conhecimento. Todavia, o mesmo sistema emancipatório é o que aprisiona o ser humano no próprio sistema. O modo da filosofia ocidental ceifa a epistemologia para além da racionalidade. Dessa forma, seguindo a filosofia levinasiana e a proposta da pesquisa, o acolhimento seria o movimento do Eu ao Outro pela via educativa.

34 LÉVINAS, 1980.

35 BONAMIGO, 2016, p. 154.

36 LÉVINAS, 2012.

Este movimento indica a saída do movimento de compreender de si para si ao acolhimento e cuidado do Outro.

A proposta da pedagogia do acolhimento rompe com o fundamento egológico heideggeriano da tradição ocidental, orientado ao cuidado de si e à compreensão do seu entorno. Também se visa a ruptura com a intencionalidade husserliana de atribuir sentido a tudo, pois almeja-se o bem-estar do Eu e sua formação. A leitura levinasiana da contribuição ao humanismo da filosofia de Heidegger e Husserl ensinaria um humanismo centrado no sujeito “que tudo pode, que tudo apreende, que tudo dota de sentido e que busca se satisfazer. Enquanto ser em si, o modo de ir sendo é exatamente esse, de afirmação e confirmação da própria identidade, da sua autonomia”³⁷.

O fundamento para a proposta pedagógica é o termo “outramente” de Lévinas³⁸. O termo indica a mudança do ser enraizado no substantivo do ser que deve ser modo ético de acolhimento ao Outro, por isso, outramente que ser [para si mesmo, logo, ser para o Outro]. Nestes termos, outramente é resistência radical à ontologia da identidade. Rompe-se com o mesmo e abre-se à exterioridade, ao Outro. A formação subjetiva identitária somente pode ocorrer com o Outro, este é o mestre do Eu, de modo que sua exclusão é permanecer no mesmo, logo, aprisionado ao sistema ontológico da mesmidade.

É um desafio indicar diretrizes concretas de como se pode efetivar uma pedagogia do acolhimento fundado na filosofia da ética da alteridade. Pela própria filosofia levinasiana não seria possível desenvolvermos um rol exaustivo de diretrizes educacionais, já que a filosofia não enfatiza o substantivo, mas o advérbio. Nesse sentido, a educação deve atentar às diversidades e singularidades de cada humano como processo pedagógico que não apenas auxilia os que precisam de mais atenção como as PCD, mas também, por via de consequência, promove o desenvolvimento efetivo do Eu. Logo, como foi o relato de Barros Filho, é necessário pensar em forma pedagógicas que façam sentido às diversas origens, condições e singularidades.

Nestes termos, não se trata de abandonar ou de criar mais protocolos atitudinais. Trata-se de fazer cumprir os protocolos e ir além, de o Eu se entregar ao Outro. Trata-se, como na experiência narrada por Silva³⁹ dos demais colegas, que não tinham qualquer dever legal de lhe ajudar, socorrê-la, abolindo qualquer indiferença. Trata-se da professora do crédito da predita experiência não se limitar a seguir os protocolos atitudinais ao PCD, mas de ir além e tomar a frente para a auxiliar. Isso porque a alteridade, assim, a acessibilidade atitudinal ética, necessariamente deve ir além do dever.

37 GUEDES, 2023, p. 48.

38 LÉVINAS, 2011.

39 SILVA, 2020.

Nesse sentido, o Estado e as instituições de ensino que cumpram com os protocolos normativos não têm agido segundo a ética da alteridade. Isso porque se limitam a cumprir seu dever legal. O Estado, inclusive, age por mera legalidade. Todavia, a partir do momento que há uma esfera do dever legal, há uma delimitação, de modo que se torna possível ultrapassar tal delimitação para a alteridade vicejar. Esse é o modo da alteridade, que prescinde de forma específica ou de termo específicos, pois tais elementos são da ontologia. Ainda, nestes termos, o mais exigido pela alteridade é o Eu, que não pode delegar sua responsabilidade ao terceiro, ao Estado ou às demais circunstâncias, deve responder por tudo.

A falta de forma proposta pela filosofia levinasiana não significa obstar a criação de diretrizes e termos de acessibilidade, mas que a alteridade se molda pelo coração. Isso quer dizer que não há resposta certa e dogmática para todos os casos, já que cada Outro exige uma resposta ética única, que é o *eis me aqui*, podendo ocorrer de diversas maneiras. É como a proposta de pedagogia não violenta de Aldo Capitini, que não significa apatia, mas conexão e união das pessoas, numa revolução permanente de recusa a uma sociedade injusta⁴⁰.

A ética é uma relação que se dá pela linguagem. Dessa forma, como já foi exposto, o dizer e o dito devem interagir até chegar-se ao outramente, de modo que a pedagogia do acolhimento deve ocorrer por meio da linguagem ética, ou seja, é necessário ir além dos sinais linguísticos, mas visar a essência humana. Isso significa também aceitar que nunca conheceremos o Outro em toda sua integralidade, pois ele extravasa as categorias do Eu, até porque sua compreensão integral levaria à totalidade e à racionalização do Outro ao mesmo.

Pontua-se que os conceitos levinasiano se mostram ricos para um diálogo com os termos educacionais de Paulo Freire⁴¹, já que este entende que o encontro de dois sujeitos transcende o próprio encontro ao se visar o saber. Este que se constitui como práxis (ação com reflexão), comprometida com a transformação subjetiva e social.

Seguindo o raciocínio, toma-se como base a cartilha de formação em acessibilidade atitudinal desenvolvido no Governo do Ceará⁴². Essa cartilha foi desenvolvida com a contribuição de PCD e pessoas sem deficiência. Nesse sentido, o diálogo tem potência emancipadora e política, o que avoca os termos levinasianos ao debate. Na referida cartilha há diversas diretrizes sobre acessibilidade que vão ao encontro da proposta da pedagogia do acolhimento, destacando-se a seguir algumas para os fins desta pesquisa:

40 WERMUTH; SPENGLER, 2023.

41 FREIRE, 1987.

42 BRASIL, 2020.

a) *Nome e identidade*: a cartilha indica algumas diretrizes do dia a dia que podem auxiliar nessa acolhida. Uma questão que por vezes pode causar constrangimento é como se referir a uma não PCD, e o correto não é o termo pessoa normal, mas pessoa sem deficiência. Também, “como chamar, abordar ou se referir a uma pessoa com deficiência? Pelo nome”⁴³, ou seja, a PCD é apenas uma pessoa com certa característica que a caracteriza como PCD.

b) *Passabilidade*: é um termo explicado na cartilha como o evento em que a PCD não é considerada PCD, de modo a passar por um local sem capacitismo – preconceito contra o diferente –. Isso inclui o tamanho da aceitação dos outros, ou seja, da acolhida. A passabilidade constitui liberdade para a PCD transitar ou fazer escolhas sem qualquer constrangimento⁴⁴.

c) *Deficiência auditiva*: nem todos os surdos se comunicam em Libras, alguns falam, escrevem, fazem leitura labial etc. Desse modo, na situação em que

Eu estou inseguro na comunicação, como falo sobre isso?

Pergunte: “Eu estou ajudando?” “Estou conseguindo me fazer entender?”, “O meu tom de voz e o meu ritmo de fala estão bons pra você?”. Essas perguntas nunca são demais e abrem um espaço para que as duas pessoas se adaptem juntas nessa relação de comunicação⁴⁵.

d) *Deficiência visual*: pode trazer dificuldade educacional com exemplos e imagens. Dessa forma uma das indicações é a audiodescrição, ou seja, a descrição da imagem, que amplia a fruição das pessoas cegas, “pois ela atua como uma linguagem tanto no repasse de informações como também na percepção e fruição da imagem”⁴⁶.

Em todos os casos de deficiência, o Eu deve perguntar se a PCD deseja ou precisa de ajuda. Isso porque é o Outro que deve dizer o seu limite ou necessidade, não o Eu pelas suas categorias. Dessa forma, o ponto é que o Outro na linguagem deve comunicar e ensinar.

A acessibilidade para ser plena deve visar todas as suas dimensões. Assim, a acessibilidade atitudinal apenas pode ser plenamente efetivada com a sustentação da alteridade. Isso porque tal campo de dever e responsabilidade não pode ter o Eu em primeiro lugar, deve ser o Outro. A acessibilidade atitudinal educativa resulta na pedagogia do acolhimento, que constitui um modo radical de abertura do Eu ao Outro, em que este ensina àquele, construindo um mundo maior e mais inclusivo.

43 BRASIL, 2020, p. 6.

44 BRASIL, 2020, p. 9-10.

45 BRASIL, 2020, p. 16.

46 BRASIL, 2020, p. 18.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema de pesquisa que orientou este trabalho foi: é possível afirmar que há uma dimensão de alteridade intrínseca à acessibilidade e quais os efeitos éticos que se pode projetar com tal proposta? Valeu-se da hipótese que a mera inserção da PCD na pós-graduação não é suficiente para alcançar sua perspectiva finalística de desenvolvimento e dignidade.

Na primeira seção de desenvolvimento, foi exposto um quadro normativo das PCD, bem como a dimensão atitudinal da acessibilidade. Foi verificado o desenvolvimento de diversos desenvolvimentos normativos, que destacou a preocupação com a acessibilidade física prementemente. Todavia, como se visou destacar nas normativas há pequenos fragmentos que indicam a acessibilidade atitudinal e o objetivo de emancipação da PCD.

Na segunda seção de desenvolvimento, iniciou-se com a apresentação dos conceitos filosóficos de Emmanuel Lévinas. Em seguida, projetou-se seus conceitos aos relatos de PCD expostos na seção primeira de desenvolvimento, até se chegar em um esboço de uma pedagogia do acolhimento, que evidentemente merece ser aprofundada e difundida em demais pesquisas e propostas.

A proposta formulada consiste na alteridade sustentar a acessibilidade atitudinal, na medida em que não é possível se falar em acessibilidade atitudinal substancial sem a alteridade. Essa síntese pode ser nomeada de pedagogia do acolhimento, que consiste em ir além dos deveres legais e diretrizes. A acessibilidade não pode ser efetivada substancialmente apenas com desenvolvimento estrutural e normativo, é necessário andar de braços dados com a ética. Esta Pedagogia que tem como principal executor o Eu, que deve ao Outro uma resposta ética única às circunstâncias e à singularidade do Outro. Não se trata de focar no que deve ou não ser feito, mas a maneira de ser feito, que é a maneira de transcender os próprios deveres e socorrer o Outro.

Nestes termos, a acessibilidade da PCD na pós-graduação não pode ser efetivada apenas com questões estruturais e serviços especializados. Pensar em efetivar a acessibilidade em seu nível mais substancial é exigir ética de todos que participam do processo educativo, especialmente o Eu que costuma ser a pessoa sem deficiência que frui de toda a estrutura e não se questiona o porquê dela ter todo aquele acesso e Outra pessoa não. É justamente essa tomada de consciência que exige a tomada ética de sua responsabilidade e fazer acontecer a pedagogia do acolhimento.

REFERÊNCIAS

- BARROS FILHO, Clovis de Barros. **Clóvis de Barros Filho - Flow Podcast #421**. Youtube, 22 de jul. 2021. 140 min. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=dqE50LUi1xI&t=6485s&&ab_channel=FlowPodcast. Acesso em: 17 mar. 2024.
- BONAMIGO, Gilmar Francisco. O problema do humano em Emmanuel Lévi-
nas. **O que nos faz pensar**, v. 25, n. 38, 2016, p. 139-160. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/493>. Acesso em: 4 nov. 2023.
- BRASIL. Governo do Ceará. **Cartilha de formação em acessibilidade atitudinal**. Ceará, Governo do Ceará: 2020. Disponível em: <https://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2023/07/Cartilha-de-Formacao-em-Acessibilidade-Atitudinal.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.
- BRASIL. Ministério da Educação. **CAPES aprova projetos sobre alteridade na pós-graduação**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/assuntos/noticias/capes-aprova-projetos-sobre-alteridade-na-pos-graduacao>. Acesso em: 6 ago. 2023.
- BRASIL. Ministério da Educação. **CAPES aprova projetos sobre alteridade na pós-graduação**. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GUEDES, Edson Carvalho. Por uma pedagogia do acolhimento. **Revista Tópicos Educacionais**, Pernambuco, v. 29, n. 1, p. 42-58, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/topicoseducacionais/article/view/256857/44156#:~:text=Trata%2Dse%20de%20construir%20uma,de%20acolhida%2C%20respeito%20e%20confian%C3%A7a>. Acesso em: 20 mar. 2024.

KAFKA, Franz. **A metamorfose.** Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

LÉVINAS, Emanuel. **Humanismo do outro homem.** Petrópolis, RJ: Vozes: 2012.

LEVINAS, Emmanuel. **De outro modo que ser ou para lá da essência.** Trad. José Luis Pérez. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaio sobre a alteridade.** Tradução: Pergentino Steffano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 2010.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito: ensaio sobre a exterioridade.** Trad. Jorge Machado Dias. Lisboa: Edições 70, 1980.

PLATÃO. **A República.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

SANTOS, Rafael Lucas da Silva; MARTINS, Plínio Lacerda; PAUSEIRO, Sergio Gustavo de Mattos. Os desafios da inclusão de pessoas com deficiência na pós-graduação stricto sensu: uma revisão sistemática e uma pesquisa empírica sobre o tema. **Revista Educação e Políticas em Debate**, v. 12, n. 3, p. 1097-1116, 2023. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistaeducapoliticas/article/view/68667>. Acesso em: 17 mar. 2024.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: acessibilidade no lazer, trabalho e educação. **Revista Nacional de Reabilitação (Reação)**, São Paulo, Ano XII, mar./abr. 2009, p. 10-16. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/211/o/SASSAKI_-_Acessibilidade.pdf?1473203319. Acesso em: 21 fev. 2024.

SILVA, Lorrane Stefane. **Desafios de uma mestrandia com deficiência visual.** YouTube, 19 de mar. 2020. 30 min. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=oorex1yAJ2k&ab_channel=TrilhasnaP%C3%B3s-Gradua%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 20 mar. 2024.

SILVA, Luanny Helena de Miranda; TOPANOTTI, Mara Alice Barp; ABREU, Maiara Caroline Soares de; JULIANI, Moacir; NYARI, Nádia Liganara. A

acessibilidade atitudinal: as atitudes do Outro e a Inclusão Educacional no Ensino Superior. **Revista Interação**, Curitiba, v. 21, n. 1, 2021, p. 559-583. Disponível em: <https://interacao.org/index.php/edicoes/article/view/185/137>. Acesso em: 17 mar. 2024.

SOUZA, Olga Solagen Herval. A (con)vivência no mundo da sala de aula: Percepções e sentimentos de alunos com deficiência visual. In Olga Solange Herval Souza (Org.), **Itinerários da inclusão escolar: Múltiplos olhares, saberes e práticas**. Porto Alegre: ULBRA. p. 61- 76, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de. Justiça, liberdade e alteridade ética: sobre a questão da radicalidade da justiça desde o pensamento de E. Levinas. **Revista Veritas**, Porto Alegre, v. 46, n. 2, 2001, p. 265-274. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35008/18345>. Acesso em: 9 out. 2023.

VENTURINI, Anna Carolina. **Ação afirmativa na pósgraduação: os desafios da expansão de uma política de inclusão**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Rio de Janeiro: IESPUERJ, 2019. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/12384>. Acesso em: 21 fev. 2024.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; SPENGLER, Fabiana Marion. O ensino jurídico no Brasil e a aposta na pedagogia da pacificação: um paradigma não violento é possível? **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 4, 2023, p. 2206-2225. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/71075/49012>. Acesso em: 26 mar. 2024.

Recebido em: 26/04/2024

Aprovado em: 05/07/2024

MEMÓRIA HISTÓRICA /
HISTORICAL MEMORY

PALAVRAS DO CONSELHEIRO AFFONSO PENNA NO LANÇAMENTO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG*

WORDS FROM ADVISOR AFFONSO PENNA AT THE RELEASE OF THE REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

AFFONSO PENNA

Ouro Preto, 21 - Junho -1894.

Encetando a publicação de sua Revista, vem a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociaes da Capital do Estado de Minas Geraes contribuir com o seu modesto auxilio para o estudo do direito, pedra angular sobre que repousam as sociedades humanas. Sobre os cultores dessa nobre sciencia pesou sempre grande responsabilidade pela sua influencia nos destinos da sociedade, sendo cercados de grande autoridade tanto entre os povos de costumes simples e primitivos, como nos de civilização adiantada. Naquelles, as mais das vezes, a missão do jurista confundia-se com a do sacerdote.

Às exigências sociaes de cada época corresponde o desenvolvimento dos órgãos destinados a satisfazel-as: é lei que o exame do passado da humanidade põe em relevo. O estudo do direito romano, do direito feudal, do direito moderno, demonstra que á evolução histórica dos povos corresponde sempre o apparecimento de instituições jurídicas, de regras imperativas consoantes á garantia das manifestações da actividade social e progresso da civilização.

O influxo do organismo político sobre as instituições jurídicas é factio inconcusso e que mais se accentua em nações ainda novas, como as americanas. A individualidade destas tende a affirmar-se, resultante de elementos variados de que se compõe sua população, creada pelo movimento immigrantista de origens diversas.

Com a transformação radical da fôrma de governo, operada pela revolução de 15 de novembro de 1889, entrámos em pleno período de elaboração do direito. O desmoronamento de uma Constituição com a ordem de cousas que ella regia, trouxe alterações profundas nos órgãos da vida publica nacional, a cujas conseqüências não escapam as próprias relações de ordem civil da sociedade brasileira.

Não se limitam ao ramo de direito constitucional e administrativo, como á primeira vista pode parecer.

* Editorial do primeiro número da Revista, assinado por seu diretor, o Dr. Affonso Penna, também presidente do Estado de Minas Gerais à mesma época. Conservamos a ortografia da época.

O velho direito portuguez, que herdámos da metropole, já se achava aquém das exigências da nossa actividade, mesmo sob a monarchia, atentas as condições especiaes em que se desenvolvem os povos do Novo Mundo. O direito romano, base do direito nacional portuguez e brasileiro, não podia offerecer solução cabal para as relações jurídicas oriundas do progresso da civilização moderna, onde a electricidade e o vapor tem transformado a face dos povos.

A rapidez e multiplicidade das operações e relações industriaes e commerciaes diariamente effectuadas por intermédio desses dous agentes physicos, postos ao serviço do homem pela sciencia moderna, exigem regras novas, que não podem ser encontradas em simples exame theorico da questão, e antes devem ser procuradas na vida pratica, no contraste das opiniões, na investigação dos factos, na critica dos competentes, no estudo dos pleitos judiciaes.

O Estado e sua organização - eis o grande problema do dia, que absorve a atenção dos pensadores e estadistas, quer nos governos livres, quer nos auctoriarios: tal é o progresso da democracia. O bem estar dos povos é preocupação dos governantes, nos tempos hodiernos. Não se trata de pesquisas theoricas, de discussões acadêmicas, como no século XVIII, e sim de uma sciencia positiva, pratica.

A historia das velhas sociedades europeas põe em relevo as modificações profundas effectuadas nas regras jurídicas, pela reivindicação de direitos pleiteada pelas classes operarias, que durante séculos conservavam-se na condição de escravos, ou de servos da gleba.

Quem ignora o movimento que actualmente se effectua nas grandes massas de trabalhadores europeus, e que faz surgir questões gravíssimas que interessam a organização do trabalho, a constituição da propriedade, as condições de producção e distribuição da riqueza?

Na intensidade e rapidez de relações commerciaes, econômicas e financeiras em que se acham os povos civilizados, graças ao telegrapho e ao vapor, fácil é de comprehender a repercussão que as questões apaixonadamente discutidas além-mar hão de ter em nossa vida social.

Accrescente-se a isto que nos achamos em plena reconstrucção política e administrativa, que os organs da vida governativa soffrem modificação radical em todas as suas rodas internas e externas, como conseqüência da mudança de fórma de governo, e ninguém contestará o papel importante que têm de desempenhar as revistas scientificas, destinadas a elucidar os graves e complicados problemas do direito.

As difficuldades que surgem diariamente no funcionamento do novo regimen, durante o período de adaptação, exigem a máxima tensão de espírito, a indefessa apolicação de suas energias por parte daquelles que cultivam a nobre sciencia do direito que em todos os tempos tem prestado assignalados serviços á civilização.

Sob o influxo das novas idéas, das conquistas da revolução, surgiu a plena liberdade do ensino superior, o direito para os Estados (antigas províncias) e associações particulares de fundarem Academias e Faculdades livres.

Nos governos livres o conjuncto das instituições políticas, que constituem o Estado, nas suas múltiplas manifestações, actua de modo decisivo e directo sobre o espírito popular, provocando e fortalecendo a iniciativa particular. Nas democracias é esta a base primordial das instituições.

A criação de faculdades livres, ao lado dos institutos officiaes, é facto auspicioso para o progresso dos estudos no Brazil.

É um incitamento, um estímulo para as investigações scientificas e melhor diffusão do ensino, provocando nobre emulação pelo principio fecundo da concorrência. Cada instituto, official ou particular, tem de velar pela conquista e conservação de seus créditos, o que só alcançará pelo aperfeiçoamento dos methodos do ensino assiduidade e applicação dos lentes, pela elevação dos principios que forem professados.

Estado extenso e populoso como o de Minas, rico de tradições, onde é largo o campo para os cultores das letras jurídicas, quer na elevada carreira da magistratura, quer na nobre carreira da advocacia ou da administração, tornava-se indeclinável a criação de uma Faculdade de Direito, onde a mocidade mineira pudesse instruir-se, sem precisar transpor os limites da sua terra natal.

Não se comprehende que em uma federação de Estados autonomos, o mais populoso de todos e um dos primeiros na extensão territorial deixasse de possuir um instituto para preparo de seus magistrados, advogados, administradores, etc.

Tarefa sem duvida espinhosa e arriscada foi a daquelles que, olhando mais para a nobreza do commetimento do que para as difficuldades de o realisar, tomaram a si a criação de uma Faculdade de Direito. A idéa, porém, patrioticamente amparada pela generosidade do povo mineiro converteu-se em esplendida realidade, e vae produzindo sasonados fructos.

Até aqui a iniciativa individual, no Brazil, raras vezes se exercia fóra do campo dos interesses materiaes, congregando capitaes para fomental-os mediante lucro.

Surgem agora associações para fins altruístas pela fundação de institutos destinados ao ensino, ao preparo intellectual e moral do espírito das novas gerações, e o povo corre solícito em amparar tão nobre iniciativa.

É grato salientar symptoma tão promettedor para a futura grandeza da pátria.

Na litteratura jurídica é conhecido o grande contingente que as revistas scientificas têm trazido para o progresso do direito nos paizes mais adiantados como a Allemanha, França, Itália, Inglaterra, etc. Ahi terçaram armas juriskon-

sultos abalizados, examinando e investigando as questões intrincadas e difíceis dos diversos ramos da sciencia.

As publicações das decisões e arestos dos tribunaes, dos pareceres e allegações dos jurisperitos, dissertações dos professores e outros trabalhos de critica scientifica foram em todos os tempo fonte fecunda de luz para a solução das questões jurídicas, melindrosas por isso mesmo que jogam com os mais vivos interesses do homem, da família, das associações, da própria communhão social.

Para satisfazer necessidade scientifica tão elevada, é hoje geral a creação de revistas jurídicas em todas as academias de direito, quer sejam officiaes, quer devidas à iniciativa particular.

A faculdade livre de sciencias jurídicas e sociaes de Minas Geraes, hontem fundada, vem pedir um modesto logar na imprensa ao lado de suas irmãs já sagradas pelo applauso publico.

Na forma dos Estatutos da Faculdade, a revista conterà artigos sobre quaesquer assumptos scientificos e litterarios, especialmente sobre as matérias que constituem os cursos da Faculdade.

Esta julgar-se-á bastante feliz si o resultado de seus esforços corresponder aos nobres intuitos que nutre de contribuir, ainda que pouco, para o progresso dos estudos jurídicos no Brazil.

Dr. Affonso Penna.

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.

