

ABDConst

Academia Brasileira de Direito Constitucional

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Volume **15** | Número **28** | jan./jul. 2023

ABDConst.**Academia Brasileira de Direito Constitucional**

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst Rua XV de novembro, 964, 2º andar, Centro, CEP: 80.060-000, Curitiba /PR
Telefone: +55 (41) 3024-1167 / Fax: +55 (41) 3027-1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Se pide canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

Constituição, Economia e Desenvolvimento

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Programa de Pós-graduação em Direito.

Vol. 15, n. 28 (jan./jul. 2023) - Curitiba: 2023

Publicação semestral

ISSN 2177-8256

1. Direito 2. Academia Brasileira de Direito Constitucional

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA DA
ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL

Editores Responsáveis: Ilton Norberto Robl Filho, Luís Henrique Braga Madalena e Rene Sampar

Editor Adjunto: Vinícius Quarelli

E-mail: ilton@abdconst.com.br; revista@abdconst.com.br

Editoração: Vinícius Quarelli

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

CONSELHO EDITORIAL

Editores Responsáveis

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e permanente do Mestrado em Direito do IDP. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Luis Henrique Braga Madalena

Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela ABDConst. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst.

Rene Sampar

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador acadêmico da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Editor Adjunto

Vinícius Quarelli

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS- RS). Especialista em Direito Constitucional pela ABDConst. e em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma instituição. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos.

Membros do Conselho Editorial

Alexandre Walmott Borges

Professor de mestrado em Direito e Gestão Organizacional da UFU - Universidade Federal de Uberlândia. Professor visitante do mestrado em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita F. Doutor em Direito pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia.

Antonio Carlos Wolkmer

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNESC.

António José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Cristiano Celone

Professor associado de Direito Administrativo do Departamento de Direito da Universidade de Palermo e sócio fundador da Associação ítalo-brasileira dos Professores de Direito Administrativo e Constitucional (AIBDAC).

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR.

Ingo Wolfgang Sarlet

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUC/RS. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha.

Luís Fernando Sgarbossa

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Lenio Luiz Streck

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISINOS e da UNESA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa e Doutor pela UFSC.

Marco Aurélio Marrafon

Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

Marcus Firmino Santiago da Silva

Professor do Curso de Direito da UDF - Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

Mario Antonio Roque Midón

Ex-Presidente da Associação Argentina de Direito Constitucional. Prof. Titular de Direito Constitucional da UNNE – Argentina.

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

Milena Petters Melo

Professora da Universidade de Blumenau – FURB e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce, UNISALENTO.

Nicola Gullo

Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de Palermo, Itália.

Priscila Machado Martins

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso. Professora de Direito Processual Constitucional, Universidade de los Andes, Chile.

Roberto Gargarella

Professor da Universidade Torcuato Di Tella e da Universidade de Buenos Aires, Argentina.

Sabina Grabowska

Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Dublin.

CONSELHO DE PARECERISTAS DA REVISTA DA ABDConst.

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco
Aldo Muro Júnior
Alexandre Coutinho Pagliarini
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Alexandre Hamilton Oliveira Santos
Alexandre Morais da Rosa
Alexandre Walmott Borges
Alfredo Copetti
Álvaro Borges de Oliveira
Álvaro de Oliveira Azevedo Neto
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci
Ana Paula de Barcellos
André Luiz Costa-Corrêa
Andrea Boari Caraciola
Ângela Issa Haonat
Ângela Maria
Antonio Baptista Gonçalves
Antonio Celso Baeta Minhoto
Antonio Gomes Moreira Maués
Antonio Veloso Peleja Junior
Balmant Emerique
Bárbara Dayana Brasil
Beclaute Oliveira Silva
Brandão Soares
Bráulio de Magalhães Santos
Caio Augusto Souza Lara
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall
Carlos Bolonha
Carlos Victor Nascimento dos Santos
Carolina Alves Vestena
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta
Cavalcanti Ramalho
Célia Barbosa Abreu
Christiane De Holanda Camilo
Cláudia Luiz Lourenço
Claudio Gonçalves Munhoz
Claudio Smirne Diniz Clodoaldo Moreira
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral
Daniel Francisco Nagao Menezes
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Daniela Rezende Oliveira
Delmo Mattos da Silva
Demetrius Nichele Macei
Diana Carolina dos Santos Júnior
Eduardo Antônio Klausner
Eduardo Biacchi Gomes
Eduardo Molan Gaban
Eleonora Mesquita Ceia
Eliana Franco Neme
Eloi Martins Senhoras
Emerson Gabardo
Emilio Peluso Neder Meyer

Eneas De Oliveira Matos
Érico Hack
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho
Eroulths Cortiano Júnior
Everton das Neves Gonçalves
Ezilda Claudia de Melo F. M. Maciel
Fábio Lima Quintas
Fabrício de Assis Campos Vieir
Fabrício Ricardo de Limas Tomio
Fausto Santos de Moraes
Fauzi Hassan Choukr
Felipe Chiarello
Fernando Hoffmam
Fernando Nagib
Flávia Danielle Santiago Lima
Flávio Pansieri
Francisco de Assis do Rego M. Rocha Jr.
Germano André Doederlein Schwartz
Geziela lensue
Gilberto Morbach
Giovani da Silva Corralo
Gisele Mascarelli Salgado
Guilherme Camargos Quintela
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro
Gustavo Silveira Siqueira
Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Heder Carlos de Oliveira
Heitor de Carvalho Pagliaro
Henrique Napoleão Alves
Henry Atique
Ingo Wolfgang Sarlet
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Jackeline Fraga Pessanha
Jacqueline de Souza Gomes
Janaína Machado Sturza
Jean Carlos Dias
Jéssica Fachin
João Paulo Bachur
João Paulo Capelotti
Jorge Jose Lawand
José Carlos Buzanello
José de Magalhães Campos Abrósio
Jose Everton da Silva
José Francisco de Assis Dias
José Luiz Ragazzi
José Renato Martins

Josemar Sidinei Soares
Josias Jacintho Bittencourt
Juliana Cordeiro Schneider
Julio Pinheiro Faro
Jussara Maria Leal de Meirelles
Katiucia Boina
Leilah Luahnda Gomes De Almeida
Leonam Liziero
Leonardo Vieira Wandelli
Lilian Márcia Balmant
Livia Gaigher Bósio Campello
Luã Nogueira Jung
Luana de Carvalho Silva Gusso
Lucas Abreu Barroso
Lucas Catib de Laurentiis
Lucas Gonçalves da Silva
Luciana Costa Poli
Luciana Fernandes Berlim
Luciana Souza de Araujo
Luciene Dal Ri
Luís Fernando Sgarbossa
Luis Gustavo G. Castanho de Carvalho
Luis Henrique Braga Madalena
Luis Renato Vedovato
Luiz Claudio Araújo Coelho
Luiz Eduardo Anesclar
Luiz Henrique Cademartori
Luiz Ricardo Guimaraes
Maraluce Maria Custodio
Marcelo Henrique Nogueira Diana
Marcelo Labanca C. de Araújo
Marcelo Lamy
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes
Márcia Jucá Teixeira Diniz
Márcio Pugliesi
Marco Antônio César Villatore
Marco Antônio Ribeiro Tura
Marco Aurélio Marrafon
Marco Felix Jobim
Marcos Alves da Silva
Marcos Augusto Maliska
Marcos Catalan
Marcos Coelho
Marcus Firmino Santiago
Margareth Anne Leister
Margareth Vetis Zaganelli

Maria da Graça de Moraes Bittencourt Campagnolo
Mário Ferreira Neto
Martinho Martins Botelho
Mateus de Oliveira Fornasier
Micheli Pereira
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
Milena Petters Melo Monica Bonetti Couto
Mônica Helena Harrich Silva Goulart
Murilo Melo Vale
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi
Newton de Oliveira Lima
Nina Tricia Disconzi Rodrigues
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paula Pessoa Pereira
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sérgio da Silva
Phillip Gil França
Rafael de Oliveira Costa
Rafael Silveira e Silva
Rafael Tomaz De Oliveira
Raphael Boldt de Carvalho
Rene Sampar
Ribeiro Guedes
Ricardo Aronne
Ricardo Carneiro Neves Júnior
Ricardo Serrano Osorio
Rodrigo da Costa Vasconcellos
Rodrigo Fortunato Goulart
Ronaldo Lindimar José Marton
Samantha Ribeiro Meyer Pflug
Sandra Sereide Ferreira da Silva
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli
Sandro Marcelo Kozikoski
Sandro Rogério Monteiro de Oliveira
Saulo Bichara Mendonça
Sebastião Neto
Sérgio Cabral dos Reis
Simone Tassinari Cardoso
Sonia Barroso
Sulamita Crespo Carrilho Machado
Sylvio Alarcon
Tiago Resende Botelho
Túlio Lima Vianna
Valencia Tello
Valéria Cristina Pereira Furlan
Valéria Silva Galdino Cardin

Vanessa Oliveira Batista Berner
Vânia Beatriz Rey Paz
Wagner Silveira Feloniuk
Wagner Wilson Deiró Gundim
Walter Guandalini Junior
William Soares Pugliese

PARECERISTAS QUE PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

Alexandre Walmott Borges

Beclaute Oliveira Silva

Eleonora Mesquita Ceia

Geziela Iensue

Gilberto Morbach

Gustavo Silveira Siqueira

Jéssica Fachin

José Renato Martins

Luís Fernando Sgarbossa

Luis Henrique Braga Madalena

Luiz Henrique Cademartori

Marco Antônio César Villatore

Marco Aurélio Marrafon

Newton de Oliveira Lima

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Rene Sampar

Rodrigo da Costa Vasconcellos Sérgio

Cabral dos Reis

Wagner Wilson Deiró Gundim

INDEXAÇÃO



latindex



Google Acadêmico



EDITORIAL

Com grande honra apresentamos o número 28 (2023, v. 15, n. 28, jan./jul.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Essa nova edição publica pesquisas e ensaios de excelência, relevância e atualidade, encontrando-se também atenta à internalização contando com a veiculação de textos de pesquisadores e professores de instituições espanholas e alemãs.

O primeiro eixo temático versa sobre **Estado Social, Políticas Públicas e Intervenção**.

1) Escrito por Suelen Maiara dos Santos Alécio e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, *A DUPLA VULNERABILIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS À TUTELAREM A DIGNIDADE HUMANA* é um trabalho que visa investigar a situação de crianças e adolescentes em situação de rua. O foco é examinar como o direito pode proteger a dignidade desses jovens que são atraídos para um ambiente hostil nas ruas, onde ficam expostos a drogas e violência.

2) Em *MEDIDAS DE EMERGÊNCIA E SAÚDE PÚBLICA EM CRISE*, Renan Francelino da Silva, Márcio Cordeiro de Melo Júnior e José Mário Wanderley Gomes Neto esmiuçam a ADPF 672 MC-REF/DF, a fim de compreender ela influenciou na estratégia do uso da máscara facial em resposta ao COVID-19 e no processo decisório sobre conflitos federativos em tempos de crise sanitária

O segundo eixo temático abrange as pesquisas acerca da **Jurisdição Constitucional entre Teoria e Prática**.

1) Escrito por de Luã Jung, *A CONSTITUIÇÃO LINGUÍSTICA: UMA HOMENAGEM A HERMENÊUTICA JURÍDICA E(M) CRISE* é uma homenagem ao livro "Hermenêutica jurídica e(m) crise" de Lenio Streck, enfatizando sua importância para a hermenêutica jurídica no Brasil.

2) *UMA ANÁLISE SOBRE A RAZÃO DE SER DA SÚMULA VINCULANTE* é um Artigo escrito por William Soares Pugliese e Henrique Max Silveira Wagner. Neste

trabalho, buscam desenvolver o tema das súmulas vinculantes. Introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 por meio do artigo 103-A da Constituição, permite que o Supremo Tribunal Federal emita enunciados sobre questões constitucionais de grande relevância e atual controvérsia. Essa iniciativa não é nova em nosso sistema legal, assemelhando-se aos antigos assentos portugueses, que, entretanto, foram considerados inconstitucionais no século passado devido à semelhança com as normas e à incompatibilidade com a Constituição. Este artigo propõe traçar paralelos entre as experiências do Brasil e de Portugal, analisando a natureza das súmulas vinculantes e suas implicações legais.

3) Escrito por Bruna Silva Araújo e Renata Silva Gomes, *A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO STF* investiga se a ponderação de princípios da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro como parte de uma argumentação jurídica racional.

4) Escrito por Sebastião Sérgio da Silveira e por Arnaldo Rodrigues Neto, *OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E SEU PANORAMA PROTETIVO NO DIREITO BRASILEIRO* tem como objetivo analisar a proteção constitucional do consumidor, considerando os Direitos Fundamentais relacionados a essa proteção e a importância do amparo constitucional para a realização desses direitos.

5) Em *CRISE DA DEMOCRACIA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL*, Arnaldo Bastos Santos Neto e Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida discutem a hermenêutica constitucional e seu papel na promoção da democracia no Brasil. Ademais, argumenta que a interpretação constitucional é um processo dialético entre a compreensão prévia do intérprete e o significado do texto, bem como destaca a importância de interpretar a Constituição de acordo com os princípios democráticos-fundamentais

O terceiro eixo temático enfrenta a relação entre **Sujeitos e Direitos: potencial de construções críticas ao constitucionalismo pelo diálogo comparado e interdisciplinar.**

1) De autoria do Professor Anderson Vichinkeski Teixeira, *A EUGENIA NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO BRASILEIRO* é uma

pesquisa busca explorar a influência do movimento eugênico brasileiro no contexto jurídico-constitucional. Embora tenha sido amplamente estudado em áreas como História e Educação, esse tema recebeu pouca atenção no campo do direito constitucional. O objetivo é realizar uma breve análise histórica dos fundamentos que moldaram a visão constitucional republicana no Brasil. Primeiro, serão examinadas as origens da pesquisa sobre eugenia. Em seguida, será investigado como o projeto eugênico influenciou a transição da Velha República para a Nova República, especialmente na Constituição de 1934, destacando como as ideias eugenistas relacionadas à educação e saúde desempenharam um papel central nos debates constitucionais. Por fim, será discutida a possibilidade de que o ideário eugênico tenha persistido mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que adotou uma perspectiva multicultural na defesa da sociedade e dos direitos fundamentais.

2) Em *E-COMMERCE DOS DADOS PESSOAIS E A LGPD*, Cleuler Barbosa das Neves e Gisele Gomes Matos investigam se o microsistema brasileiro de Proteção de Dados Pessoais (CF/1988, LGPD/2019 etc.) apresenta lacunas próprias quanto à possibilidade de comércio do direito privado aos dados pessoais não sensíveis pelo seu titular, bem como pelos controladores e operadores de dados e informações

3) Por fim, *STADTLUFT MACHT FREI* é um Artigo em que Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Iensue exploram a discussão acerca da natureza jurídica constitucional ou meramente legal das leis orgânicas municipais no Brasil e, para tanto, resgatam as doutrinas rivais sobre o autogoverno municipal nos EUA.

Reiteram-se os votos de excelente leitura!

Ilton Norberto Robl Filho, Luis Henrique Braga Madalena e Rene Sampar

Editores Responsáveis da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Vinícius Quarelli

Editor Adjuntos da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

SUMÁRIO**1) ESTADO SOCIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO****1.1) A DUPLA VULNERABILIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS À TUTELAREM A DIGNIDADE HUMANA.....16**

Suelen Maiara dos Santos Alécio e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão

1.2) MEDIDAS DE EMERGÊNCIA E SAÚDE PÚBLICA EM CRISE.....47

Renan Francelino da Silva, Márcio Cordeiro de Melo Júnior e José Mário Wanderley Gomes Neto

2) JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE TEORIA E PRÁTICA**2.1) A CONSTITUIÇÃO LINGUÍSTICA: UMA HOMENAGEM A HERMENÊUTICA JURÍDICA E(M) CRISE.....73**

Luã Jung

2.2) UMA ANÁLISE SOBRE A RAZÃO DE SER DA SÚMULA VINCULANTE.....93

William Soares Pugliese e Henrique Max Silveira Wagner

2.3) A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO STF.....114

Bruna Silva Araújo e Renata Silva Gomes

2.4) OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E SEU PANORAMA PROTETIVO NO DIREITO BRASILEIRO.....142

Sebastião Sérgio da Silveira e por Arnaldo Rodrigues Neto

2.5) CRISE DA DEMOCRACIA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....167

Arnaldo Bastos Santos Neto e Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida

3) SUJEITOS E DIREITOS: POTENCIAL DE CONSTRUÇÕES CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO PELO DIÁLOGO COMPARADO E INTERDISCIPLINAR**3.1) A EUGENIA NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO BRASILEIRO.....182**

Anderson Vichinkeski Teixeira

3.2) E-COMMERCE DOS DADOS PESSOAIS E A LGPD.....201

Cleuler Barbosa das Neves e Gisele Gomes Matos

3.3) STADTLUFT MACHT FREI.....263

Luís Fernando Sgarbossa e Geziela Iensue

A DUPLA VULNERABILIDADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS À TUTELAREM A DIGNIDADE HUMANA

THE DOUBLE VULNERABILITY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN STREET SITUATION AND PUBLIC POLICIES TO PROTECT HUMAN DIGNITY

Suelen Maiara dos Santos Alécio¹
Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo investigar a precariedade da vida das crianças e adolescentes em situação de rua, analisando-a sob uma perspectiva de dupla vulnerabilidade. Pretende-se abordar os direitos da personalidade, em destaque o desenvolvimento saudável. A presente pesquisa enfrentará como problema: Como o direito pode tutelar a dignidade humana das crianças e dos adolescentes que são atraídas para as ruas, ambiente hostil e cruel, que as tornam vulneráveis? Qual o fascínio que as ruas têm à atraí-las, e a envolve-las com o uso de drogas e com a violência? Para responder tal questionamento, examinar-se-á a Política Nacional das Pessoas em Situação de Rua (Decreto 7.053/2009) com olhar crítico para o primeiro ciclo das políticas públicas: identificação do problema. Pretende-se investigar melhorias para tais pessoas, e, e sugerir outros projetos e programas para promoção dos direitos das crianças e adolescentes em situação de rua. Para responder a esta problemática, buscar-se-á como percurso metodológico a revisão bibliográfica, com a pesquisa de tese, livros, artigos, decretos, leis, vídeos e reportagens, com o fim de verificar qual o tratamento e entendimento atribuído à temática. Verifica-se que a situação de rua inviabiliza a concretização do desenvolvimento físico e psíquico das crianças e adolescentes em todos os aspectos e que este grupo é fruto de ausência de políticas públicas efetivas do Estado.

Palavras-chave: Crianças e adolescentes em situação de rua; Direitos da personalidade; Dignidade humana; Políticas Públicas.

ABSTRACT: This paper aims to investigate the precariousness of the lives of street children and adolescents, analyzing it from a double vulnerability perspective. It is intended to address personality rights, highlighting healthy development and demonstrating the reasons for children and adolescents to take to the streets. This research will analyze the National Policy of People on the Street (Decree 7.053/2009) criticizing the first cycle

¹ Doutoranda e Mestre Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário UniCesumar; e-mail: su.alecio@gmail.com; Lattes: 5790110260722442; ORCID: 0000-0002-0968-7385

² Doutora em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Docente na graduação e no Programa de Mestrado e doutorado da UNICESUMAR; e-mail: cleidefermentao@gmail.com; Lattes: 4532145888110686, ORCID: 0000-0002-7121-5565

of public policies: problem identification. It is intended to investigate improvements and suggest other projects and programs to promote the rights of street children and adolescents. To answer this problem, bibliographic revision is sought as a methodological path, with the research of thesis, books, articles, decrees, laws, videos and reports, in order to verify the treatment and understanding attributed to the theme. It appears that the situation on the street makes it impossible to achieve the healthy development of children in all aspects and that this group is the result of the absence of effective public policies by the State.

Key-words: Street children and adolescents; Personality rights; Human dignity; Public policy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos da personalidade e sua importância no desenvolvimento saudável de crianças e do adolescentes. 3. Dos fatores motivacionais para a vida em condição de rua. 3.1 Conflitos familiares; 3.2 A pobreza extrema; 3.3 Uso de drogas e outros vícios; 4. Políticas públicas na promoção e proteção de crianças e adolescentes em vulnerabilidade; 5. Considerações finais; 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende fazer uma análise acerca dos direitos da personalidade, destacando-se o direito ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, diante da precariedade de projetos do Poder Público para tutelar as garantias de efetivação dos direitos deste grupo em situação de rua. Dessa forma pode ser questionado: Como o direito pode tutelar a dignidade humana das crianças e dos adolescentes que são atraídas para as ruas, ambiente hostil e cruel, que as tornam vulneráveis? Qual o fascínio que as ruas têm para atraí-las, e envolvê-las com o perigo das drogas e da violência? Quais são os fatores motivacionais para as crianças irem para as ruas? Como foi elaborada a Política Nacional das Pessoas em Situação de Rua (Decreto 7.053/2009)? Foi respeitado todos os parâmetros e ciclos para uma política pública eficaz?

Para analisar tais questionamentos a presente pesquisa utilizará o método dedutivo e hermenêutico, com a interpretação dos direitos da personalidade da pessoa humana, do direito ao livre desenvolvimento das crianças e adolescentes e a ausência de tutela por parte do Estado na efetivação de políticas públicas que transformem a situação de vulnerabilidade, enfatizando-se programas e projetos que inserem essas crianças e

adolescentes no contexto da educação, cultura, arte e lazer. Para tanto, iniciar-se-á a pesquisa em textos, ideologias e teorias gerais, objetivando uma premissa específica.

Para isso, o presente artigo pauta-se em uma pesquisa bibliográfica, com o intuito de explicar os problemas apresentados a partir de referências teóricas e de revisão de literatura. A coleta de bibliográfica ocorreu por meio de seleção de artigos científicos, reportagens recentes, vídeos, tese, decretos, leis, obras em Direito, Psicologia, Assistência social e outros. Justifica-se que o estudo das pessoas em situação de rua deve ser analisado de forma multidisciplinar, uma vez que exige da pesquisa uma visão ampla que englobe o contexto vivido por tal grupo.

No primeiro capítulo será abordado a respeito dos direitos da personalidade e a sua importância para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes. Será analisado que a infância e adolescência são períodos importantes da vida e que precisam de uma atenção redobrada, motivo pelo qual a tutela da criança e do adolescente é pautada numa responsabilidade tripartida.

No segundo capítulo o foco da pesquisa será dado nos fatores motivacionais que levam crianças e adolescentes a optarem pela rua como condição de vida. Dentre eles será examinado os conflitos familiares, a pobreza material extrema e o uso de drogas e outros vícios.

No terceiro capítulo será examinado a elaboração das políticas públicas em prol da promoção do direito das crianças e adolescentes. Será verificado que existe uma Política Nacional das Pessoas em Situação de Rua (Decreto 7.053/2009), todavia, este não atinge a real finalidade. Pretende-se demonstrar, citando alguns programas e projetos, que a criança e o adolescente necessita de estar inserido num espaço educacional, cultural, artístico que potencialize o aprendizado de diferentes formas como uma possível forma de mitigar e amenizar a situação de vulnerabilidade deste grupo, bem como, da desigualdade social existente.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA NO

DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DE CRIANÇAS E DO ADOLESCENTES

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa, essenciais para o seu desenvolvimento e para a concretização do princípio da dignidade humana. Os direitos da personalidade são concedidos pelo simples fato do indivíduo ser pessoa, portanto, de forma incondicionada, sem distinção, sem preconceitos ou preferências. Salienta-se que a garantia da personalidade deve ser efetivada de forma plena, portanto, no aspecto físico, psíquico, espiritual, moral, ético, entre outros.

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes a pessoa humana, direitos essenciais que podem se confundir com a própria pessoa, e estão elencados no art. 5º inciso X da Constituição, bem como, nos artigos 11 a 20 do Código Civil, sendo os principais: intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (BRASIL, 2002).

Nas lições de Adriano De Cupis é possível compreender que estes direitos são tão essenciais porque constituem a medula da personalidade, dizendo que os direitos da personalidade são: “[...] direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais” (DE CUPIS, 2008, p. 24). Para este autor, tais direitos são tão importantes que sem eles todos os demais seriam 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, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal” (DE CUPIS, 2008, p. 24).

Os direitos da personalidade estão intimamente ligados ao próprio ser, e sobre os elementos que compõe a própria pessoa. Elimar Szaniawski (2005, p. 70) aduz que “[...] a personalidade é o primeiro bem que a pessoa humana adquire, e por meio deste que o ser humano pode obter todos os demais. Acerca destes bens, seleciona como mais importantes: a vida, a liberdade e a honra, porque são inerentes à pessoa humana”.

Salienta-se que os direitos da personalidade são tutelados sob uma óptica geral pautada no princípio da dignidade humana, se não houver tutela e respeito à dignidade

humana, conseqüentemente haverá violação a um direito da personalidade, tendo em vista que a proteção da dignidade, é o próprio objetivo desses direitos (FERMENTÃO, 2009, p. 112). Sobre a importância da fundamentação dos direitos da personalidade na dignidade humana Nunes (2002, p. 45) faz a seguinte consideração: “É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais [...] É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”.

Verifica-se, portanto, que há uma interligação entre a dignidade humana e os direitos da personalidade e que ambos correspondem aos aspectos mais íntimos da pessoa humana e concretizam o direito à uma vida digna. Contudo, é preciso enfatizar que tais direitos precisam ser tutelados e garantidos em todas as fases da vida humana, principalmente na fase mais crítica e peculiar que é a infância e adolescência.

Ao investigar as legislações comparadas (Direito Francês, Italiano, Grego, Espanhol entre outros), Fermentão (2009, p. 120-122) obtempera que: “os direitos da personalidade começam com o nascimento com vida, e que tal personalidade acompanha toda trajetória da vida humana. E, assim como a personalidade tem sua gênese a partir da existência, o fim desta se consuma com a morte”. Embora a detenção do direito da personalidade esteja conectada a ideia de “existência da pessoa” (vida e morte), é preciso enfatizar, baseando-se nas palavras de Capelo De Souza (1995, p. 104), que: “a tutela destes direitos da personalidade produz efeitos mesmo depois da morte do respectivo titular”.

A personalidade humana em si, é um complexo de vários direitos que devem ser garantidos, tais como: direito à uma vida digna, direito à imagem, ao nome, a privacidade, a intimidade, dentre outros. Inclusive um dos direitos da personalidade é a integridade física. Segundo Carlos Alberto Bittar (2015, p. 129), sendo este direito é responsável pela proteção da: “[...] incolumidade do corpo e da mente. Consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos”.

As crianças e os adolescentes são indivíduos que estão em estado peculiar de desenvolvimento, denominado como “vulneráveis”. A esse respeito, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Toda pessoa humana tem a garantia de direitos iguais e fundamentais para sua existência, conforme prevê o art. 5º da Constituição Federal de 1988. Assim, uma vida plena, saudável e digna são direitos que a criança e o adolescente detém, fruto de previsão não apenas especial, como o Estatuto acima, mas também da própria Constituição Federal, isto porque, para merecer a tutela do Estado, basta ser pessoa. A valorização da pessoa como sujeito a torna centro de tutela jurídica, atuando como principal destinatário da ordem jurídica (SZANIAWSKI, 2005, p. 126).

Verifica-se, portanto, a preocupação do legislador em tutelar integralmente a criança e o adolescente e prevendo que à eles devem ser garantido todos os direitos que concretizam o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Ademais, em razão do período da vida em que se encontram essas pessoas, elas precisam de atenção especial do Estado, da família e da sociedade, é o que se denomina responsabilidade tripartida insculpida no art. 227 da Constituição Federal³ e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴.

³ Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁴ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte,

Importante salientar que a criança e o adolescente, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganha relevância no que tange à uma igualdade de tratamento e de direitos com a Constituição Federal de 1988 e com sua lei específica, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme relatam Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima, Cynthia Xavier de Carvalho e Cláudio Basílio de Lima (2014, p. 657), historicamente a doutrina da situação irregular: “[...] promovida durante anos pelo antigo Código de Menor, de 1979, postulava o menor em situação de risco como objeto de direito, sujeito passivo da relação, com a ideia marcante de criminalização da pobreza”. Portanto, o tratamento jurídico relacionado a este grupo sofreu uma transformação digna. A criança deixou de ser mero objeto de posse e passou a ser sujeita de direitos e garantias fundamentais, devendo ser tutelada com total prioridade. De situação irregular e vista como ponto principal da criminalidade, as crianças e adolescente passam a serem regulados pela “Doutrina da Proteção Integral” (CARELLI, 2019, p. 331).

A infância é um momento muito importante na vida, pois é nestes primeiros anos de vida que a criança carrega consigo os valores que aprendeu com sua família, aprende sobre normas de conduta, desenvolve suas capacidades e também, começa a expressar-se de maneira singular sobre o mundo. Tudo que está ao redor da criança pode influenciá-la no seu comportamento e na formação de sua consciência, portanto, os objetos, as conversas, as relações e os vínculos formam não apenas a consciência em relação ao mundo, mas também uma consciência sobre si mesma, denominada de autoconsciência. Nesse sentido, denota-se que a formação da personalidade é complexa e é fator que distingue cada um no universo, uma vez que cada biografia de vida é construída de modos diversificados, com culturas, educação, afeto, condições de vida e aprendizagens completamente distintas uma das outras (BISSOLI, 2014, p. 590).

Acerca da personalidade, é importante enfatizar que a tecnologia e as mídias podem influenciar as crianças e adolescentes em sua formação, justamente porque estes estão num processo de desenvolvimento físico e psíquico, por isso, Cardin, Silva e Rissato (2018, p.

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

153) argumentam que: “[...] a criança e o adolescente são seres naturalmente vulneráveis, por isso, a exposição continuada a qualquer conteúdo televisivo ou de rádio influencia diretamente a construção da personalidade do espectador, e esta influência pode ser benéfica ou maléfica”.

A criança e adolescente devem ser tratados com prioridade e de forma plena. A proteção do Estado para com este grupo deve ser ampla, ou seja, para a tutela da dignidade da pessoa humana e a proteção integral do indivíduo, além do resguardo em aspectos negativos, por exemplo, para fazer cessar alguma violação externa à dignidade e aos direitos fundamentais ou da personalidade, o Estado deve buscar “a proteção da estrutura biopsicológica que compõe a pessoa, não lhe cabendo a escolha arbitrária de quais seres humanos e em quais situações concederá a proteção de sua espada e a justiça de sua balança.” (ALMEIDA, 2010, p. 9).

Pelas razões expostas, o direito da personalidade é tão importante e intrínseco à pessoa humana que precisa ser tutelado em todas as áreas possíveis, principalmente no período crítico que é o de desenvolvimento na infância e adolescência. Distribuída a responsabilidade: a sociedade pode ser mais participativa em projetos sociais que envolvam cultura, esporte, lazer, as famílias incumbem o cuidado e o desenvolvimento saudável de seus entes, construindo uma vida harmoniosa regada pelo amor, calor humano e o afeto que possibilite a formação de um adulto equilibrado e responsável, e por fim, o Estado pode desenvolver políticas públicas que proporcionem o efetivo direito de ser criança e adolescente sem que estes se preocupem com o aspecto econômico dentre outros fatores negativos que serão vistos a seguir.

Ocorre que muitas vezes essa responsabilidade não é cumprida. O Estado, a família e a sociedade, ao invés de garantir e prover uma vida digna para as crianças e adolescentes, acabam falhando em seus imprescindíveis papéis. O desenvolvimento da personalidade na vida de algumas crianças e adolescentes acabam sendo prejudicados, mitigados, ou em alguns cenários, não há que se falar em desenvolvimento ou o mínimo de dignidade humana. Esse último aspecto é a realidade de muitas crianças e adolescentes que, não

suportando viver em seus lares acabam encontrando na rua a única opção de vida, assunto este que será delineado a seguir.

3. DOS FATORES MOTIVACIONAIS PARA A VIDA EM CONDIÇÃO DE RUA

Acredita-se que a condição de rua não é uma escolha, não propriamente uma escolha tomada em sã consciência. Normalmente pessoas que encontram-se nas ruas afirmam que iniciaram nessa vida acreditando que seria apenas um modo alternativo, ou, uma busca pela liberdade, ou ainda, uma simples saída do lar de forma temporária, entretanto, o que era para ser apenas uma condição, acaba se perpetuando e se tornando uma vida na miserabilidade.

A pobreza, a violência intrafamiliar e a necessidade de procurar por drogas é uma das prováveis experiências que levam alguns meninos e meninas para as ruas brasileiras. Além disso, há crianças que decidem pelas ruas para buscar dinheiro para ajudar em casa (CARELLI, 2019, p. 331). Entretanto, os motivos são amplos, não se restringindo apenas a estes, conforme Vieira e Santos (2018, p. 34) destacam outros motivos gerias que levam as pessoas a aceitarem a rua como condição de sobrevivência: “o desemprego, a pobreza, as migrações, a velhice, os problemas de saúde, o rompimento de um relacionamento, a falta de moradia acessível par aluguel e venda, apoio insuficiente para pessoas que deixam a prisão, dentre outros”.

Por tais razões, é necessário buscar compreender porque a rua é um atrativo e consequência da vida de muitas pessoas, em especial, porque isso acontece com crianças e adolescentes. Para tanto, será destacado três motivos mais comuns na vida desse grupo que são: os conflitos familiares, a pobreza extrema e o uso de drogas e outros vícios.

3.1 Conflitos familiares

O gerador dos conflitos familiares advém das próprias situações rotineiras, como o fato de trabalhar excessivamente, pensamentos e culturas distintas entre os cônjuges, métodos diferentes na criação dos filhos, costumes familiares opostos, ausência de

confiança e segurança, ausência de regras e disciplinas, ou seja, os próprios comportamentos dentro do ambiente familiar. Dessa forma, o conflito familiar está na ausência dos pais em serem plenamente responsáveis quanto aos filhos, que muitas vezes não os disciplinam, não constroem uma relação harmoniosa e saudável intrafamiliar, não garantem os elementos básicos como a educação, saúde e alimentação, além de muitos casos enfrentarem uma crise no aspecto financeiro (BARCZAK; VIEIRA; ARGONDIZO, 2018, p. 89).

Os conflitos familiares também estão interligados com fatores biológicos e genéticos, justamente porque a família é composta por pessoas distintas uma das outras, nesse sentido Nara Nascimento Barczak, Tereza Rodrigues Vieira e Luís Fernando Centurião Argondizo (2018, p. 89): “[...] é a partir dessa distinção, como a educação, a índole, a genética familiar e a diferença etária é que se baseiam e, por muitas vezes, surgem os conflitos familiares”. (BARCZAK; VIEIRA; ARGONDIZO, 2018, p. 89). Além disso, o conflito familiar também pode estar ligado a falta de empatia em relação ao outro. É fato que, a união de pessoas diferentes geram conflitos tendo em vista que cada um possui seus pensamentos, suas ideologias e o seu modo de ver o mundo, assim, esses tipos de pessoas acabam “[...] não percebendo que a maturidade e a boa convivência exigem olhar a situação de todas as formas, inclusive a do outro, para poder chegar a um ponto comum”. (CACHAPUZ, 2006, p. 114).

Além desses aspectos apresentados, é possível afirmar que alguns conflitos familiares ocorrem da disputa pelos afetos, ou seja, pela má distribuição do afeto, principalmente quando se tem muitos filhos. O cenário representa uma competição motivado pelo desejo dos filhos em conquistar um ambiente que garante amor, um espaço familiar seguro, uma disputa pelo reconhecimento e pela proteção, traduzem-se em necessidades básicas e naturais de uma condição humana (MUSZKAT, 2003, p. 24).

Tudo isso demonstra que muitos conflitos familiares advém de desentendimentos entre os genitores, bem como, da ausência de cuidados para com o vulnerável. Corroborar-se com o entendimento de Carlos Alexandre de Moraes (2019, p. 136): “Os pais

são responsáveis por todas as fases de desenvolvimento do filho, que começa na fecundação (natural ou mecânica) e se estende pelo menos até a maioridade”. Em outras palavras, a responsabilidade dos pais perante seus filhos é importantíssima para seu desenvolvimento, motivo pelo qual, uma criação irresponsável com conflitos familiares pode gerar danos nocivos na vida da criança.

É cediço que os conflitos familiares prejudicam o desenvolvimento da criança e do adolescente, seres estes que dependem totalmente de seus genitores para o seu crescimento, conforme já descrito acima, estão em situação peculiar de desenvolvimento e precisam de proteção integral. Desse modo, José Sebastião de Oliveira (2002, p. 242) argumenta que: “[...] a família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. Inexistentes estes atributos, o que existe é um mero elo de direito, sem vinculação fática”.

Importante frisar os estudos feitos com base na psicologia e desenvolvimento desse grupo e analisar quão relevante é o impacto que fatos ocorridos na infância, podem refletir na vida adulta. Assim, a experiência familiar que a criança vive permite com que ela entre “[...] em contato com diferentes papéis, como o de mãe, de pai, de irmãos, de tios e de avós, e, quando participa, por exemplo, do espaço da creche e da casa, tem a oportunidade de estabelecer diferentes repertórios de comportamento para cada um deles” (LEGAL; DELVAN, 2011, p. 28).

Salienta-se que o abuso sexual e a violência no seio familiar, também é aspecto preponderante para atrair as crianças para as ruas. Não é raro que os abusos ocorram dentro do ambiente familiar, pela falta de apoio e de assistências às famílias, isso fragiliza o liame afetivo a ponto de ocorrer “[...] a ruptura do laço familiar, ocasião em que muitas crianças e adolescentes acabam abandonados e conseqüentemente, indo para as ruas, tornando-se alvos fáceis de diversas formas de exploração, dentre elas, a sexual” (CARDIN; SILVA; RISSATO (2018, p. 154).

Fato é que o abuso sexual não acontece somente dentro dos lares, a prostituição infantil é reconhecida também nas ruas. De acordo com Eliane Lima Guerra Nunes e

Arthur Guerra de Andrade (2009, p. 52): “O baixo nível socioeconômico das famílias e a violência dentro do lar podem provocar a ruptura dos laços familiares. A baixa escolaridade e o abuso de drogas lícitas e ilícitas influem de modo marcante na permanência das adolescentes na rua”, concluem os autores que esses fatores, associados a outros, como por exemplo, a necessidade de sobrevivência financeira acabam facilitando a crescente exploração sexual infanto-juvenil.

Mesmo que a rua represente condições negativas como as narradas, ela tem sido mais atrativa para as crianças e adolescentes que os lares em conflito, ou seja, mesmo correndo riscos, perigos e enfrentando a violência nas ruas, este grupo vem preferindo-as. É lamentável isso porque a família deveria ser o lugar onde se desenvolve a pessoa (PERLINGIERI, 2007, p. 243), bem como, conforme Carlos Alexandre de Moraes (2019, p. 120) afirma que a família é o local onde: “os filhos encontrem abrigo, proteção, carinho, dedicação, afeto, sustento e orientação, [...] “local” blindado de qualquer mal; entretanto, não é isso que alguns filhos tem encontrado, pelo contrário, acabam vivenciando os maiores pesadelos de sua vida no âmbito familiar.

Verifica-se que a família deveria ser o lugar seguro onde a criança e o adolescente pudesse encontrar refúgio e proteção. A família tem um papel muito importante no que tange a proteção desses pequenos seres, mais do qualquer organismo social, ela “carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações” (LOBO, 2010, p. 19).

Se as crianças e adolescentes estão saindo de seus lares, é porque algo está se desraigando do propósito familiar, faltando as condições afetivas para o desenvolvimento das pessoas que constituem essa família. O ambiente familiar deve ser um lugar harmonioso, protetivo, saudável, que traga não somente os aspectos materiais para criança, mas também os imateriais. É na família e por meio dos pais, que os filhos devem buscar proteção e não nas ruas. Contudo, denota-se que muitas vezes, estes pequenos seres encontram esses e demais atributos em lugares que não são seus lares.

3.2 A pobreza extrema

Outro fator relevante e que também demonstra um número expressivo de crianças e adolescentes que vão para as ruas, é a falta de renda, ou seja, o aspecto econômico. Nessa linha, Nara Nascimento Barczak, Tereza Rodrigues Vieira, Luís Fernando Centurião Argondizo (2018, p. 95): “Além dos conflitos familiares, a inexistência de expectativa no trabalho ou de melhoria em suas finanças e, inclusive, por estresse excessivo em virtude dos problemas comuns do cotidiano”, pode ser uma grande influência para a busca das ruas como solução imediata.

O Estado tem sido inerte na vida dessas famílias, principalmente no que tange a falta de oportunidades de emprego e de condições mínimas para se ter uma vida digna, assim, deveria este órgão implementar meios de incentivos no que tange a questão do profissionalismo e política públicas de capacitação. Conforme Nara Nascimento Barczak, Tereza Rodrigues Vieira, Luís Fernando Centurião Argondizo (2018, p. 94): “O exercício profissional engrandece o homem. Exercer uma atividade profissional é de extrema importância, considerando que é na escolha da profissão e no exercício dela que o homem terá discernimento de si e de seu próprio valor, e, principalmente se sentir pleno e realizado em desenvolver algo produtivo para a sociedade”. Outro benefício do trabalho, de acordo com Edina de Paula Bom Sucesso (2002, p. 25): é que este “[...] é uma forma como o homem interage e transforma o meio ambiente, assegurando a sobrevivência e estabelecendo relações interpessoais, que, teoricamente, serviram para reforçar sua identidade e seu senso de contribuição”.

Esse cenário revela que uma crise de Estado, a crise econômica e política sofrida pelo Estado reflete nas pessoas. Contudo, algumas famílias, mesmo em meio à crise conseguem se reerguer, se estabilizar, mas outras não veem outra saída senão, abandonarem seus lares e as vezes seus próprios filhos para as ruas. Corroborando com esta ênfase, Nara Nascimento Barczak, Tereza Rodrigues Vieira, Luís Fernando Centurião Argondizo (2018, p. 94):

A falta de emprego também poderá ser fator de aumento dos indícios de violência e criminalidade, em virtude do desespero e vulnerabilidade que se sobrepõem ao indivíduo, quando intenta de diversas maneiras, sem sucesso, prover seu sustento, o que em sequência pode ser fator preponderante para o abandono do lar e a busca da rua como morada, onde ficará exposto ao perigo e à marginalidade das ruas, optando também pela falta de higiene e dignidade que um ser humano necessita para sua sobrevivência, abandonando qualquer contato com familiares e amigos, pelo fato de não ter mais esperanças e estímulo de lutar pelos seus objetivos.

Verifica-se que é um senso comum brasileiro e de certa forma padronizada que a renda seja provida pelos pais, ou seja, que o sustento da casa seja garantido somente pelos genitores. Todavia, essa realidade não comporta igualmente a todos. Muitos lares enfrentam crises econômicas e financeiras ou vivem sob extrema pobreza, por isso, crianças e adolescentes acabam por sustentar ou ajudar nas despesas ou subsistência da família.

O aspecto financeiro está conectado com o fator educação, tendo em vista que este influência não somente a ida, mas também a permanência das crianças na rua, assim, a pobreza impede o acesso à educação, tendo em vista que ir para escola é um desafio praticamente impossível, plano distante para eles, um objetivo a longo prazo onde não se pode criar expectativas. O universo escolar é totalmente estranho à sua cultura e rotina.

Ressalta-se que grande parte das crianças utilizam do seu dia-a-dia para trabalhar, ou seja, a prioridade de suas vidas é tão somente para arrecadar dinheiro, seja para sua própria subsistência material ou para sustentar os vícios. Assim, para as crianças nesse meio social a escola não expressa uma visão positiva, pelo contrário, retira delas um precioso tempo, que poderia ser destinado à obtenção de renda. Diante disso, “algumas tentam frequentar a escola, principalmente nos primeiros meses de aula, mas, durante o ano letivo, acabam desistindo dos estudos”. Por isso, a educação se mostra distante, o ritmo escolar, com horários pré-determinado de chegada e saída, com conteúdo programático, está muito longe da realidade pela qual as crianças e adolescentes vivem nas ruas. Desse modo, é comum verificar que as crianças e adolescentes de rua tornam-se protagonistas da evasão escolar (DI LORENZO, 2014, p. 491).

Acontece que o período da infância e adolescência não deveria ter como foco a conquista financeira para manutenção do lar, tais períodos devem ser vividos por eles com brincadeiras, estudos e sem qualquer preocupação de cunho econômico, nesse sentido, Patrícia Saboya Gomes (2005, p. 92) salienta que o direito de ser criança é fundamental e que muitos, por estarem submetidos à trabalhos são privados deste direito: “O direito de correr, pular, brincar de boneca, soltar pipa, jogar futebol, nadar. O direito de viver experiências lúdicas, tão importantes no processo do desenvolvimento físico, mental, social e emocional”.

Verifica-se, portanto, que a condição financeira pode influenciar na forma de vida que crianças e adolescentes terão. Nesse pensar, Letícia Facci de Castro (2017, p. 106) aduz que: “A pobreza de recursos econômicos é vista como a tradução literal do que vem a ser a desigualdade, é a partir desta que os extremos são vistos. Mas, em decorrência disso, é possível verificar outras ramificações que a desigualdade gera, tão danosas quanto a falta de recursos [...]”, conclui a autora que a desigualdade econômica traz efeitos nefastos a pessoa, atingindo a efetivação dos direitos fundamentais e básicos para a manutenção e desenvolvimento da pessoa. De igual modo, Cleber Sanfelici Otero (2011, p. 54) salienta que “[...] a pobreza não é apenas uma forma de segregação social, mas, pior, pois ela acarreta a redução dos direitos humanos”

A extrema pobreza pode impedir o acesso a direitos fundamentais na construção de uma vida digna. Salienta-se que as crianças e adolescentes necessitam de direitos básicos, entre eles, fundamentais e sociais, que sem uma renda não será garantido. Por essa razão, inúmeras crianças ingressam nas ruas na busca de sustentar suas famílias e a si próprio, alguns fazem das ruas seu meio de subsistência, outros acabam não conseguindo lutar contra essa condição e acabam se entregando para a miserabilidade.

3.3 Uso de drogas e outros vícios

Outro motivo para ir às ruas ou permanecer nelas é o uso constante de entorpecentes e o consequente vício no álcool e nas drogas, questiona-se: por que as drogas

são tão usadas neste meio? Os efeitos gerados pelo o uso dessa substância é de tranquilidade, fazendo com que a droga substitua as inúmeras ausências que as pessoas em situação de rua sentem. Ressalta-se que uma das consequências que o vício pode causar é o de proporcionar um prazer imediato, assim, a intoxicação química aparenta ser eficaz porque amortece “[...] as preocupações da vida que sempre têm como pano de fundo a consciência sobre o estado de abandono à própria sorte, que constitui o elemento mais concreto da experiência humana”. (NUNES; ANDRADE, 2009, p. 51).

O uso delas pode ser justificado também, como estratégia de sobrevivência. As drogas amenizam a fome e a violência cotidiana, logo, o uso delas dá início a um novo estilo de sobrevivência nas ruas (RIZZINI; COUTO, 2019, p. 113). Assim, fica fácil entender essas crises enfrentadas pelas pessoas em situação de rua, justamente porque o cenário enfrentado por elas está longe do que se denomina dignidade humana.

No entendimento de Beatriz Flausino (2009, [s.p]):

Entre outros fatores relacionados ao uso de drogas, estão o frio, a compensação do estresse da vida de rua e da degradação dessa situação, e mesmo para a socialização com outras pessoas na mesma situação por questões de sobrevivência e segurança. Segundo Varanda, "alguém que precisa carregar uma carroça pesada cheia de sucata, que tem de revirar latões de lixo em frente a outras pessoas, competir com carros e motos por espaço e tem essa como a única alternativa de ganho está mais propenso a usar álcool e drogas como forma de suportar e enfrentar tudo isso. Então, precisamos nos confrontar com a situação em que o morador de rua vive e não simplesmente com a doença que consideramos que ele tenha.

As crianças e adolescentes utilizam de substâncias, álcool e entorpecentes para fugir da triste realidade em que vivem. Muitas vezes, a criança já nasce com alguma síndrome decorrente da má gestação ou negligência da mãe que carrega o feto dentro de si. Nessa linha, Nora Newcombe relata em sua obra acerca do desenvolvimento da criança que há pesquisas indicando que alterações no ambiente pré-natal podem exercer importantes influências sobre o desenvolvimento fetal. Inclusive, a ingestão de álcool durante a gravidez pode desenvolver o que chama-se de SAF - Síndrome Alcoólica Fetal. As consequências dessa omissão maternal são imensas, crescimento pré e pós-natal retardado, nascimento prematuro, deficiência mental, deformações físicas, distúrbios do

sono e doença cardíaca congênita (NEWCOMBE, 1999, [s.p]).

O ambiente onde a criança cresce e vive importa em muito para o seu desenvolvimento, isso inclui condições ambientais. Tais condições dizem respeito à crianças que são privadas de estímulos físicos e sociais, ou aquelas que vivem em extrema miséria, até o mesmo o estresse e exposição pré-natal a drogas podem ser fatores que influenciam no desenvolvimento da pessoa. Logo esses fatores podem comprometer funções do cérebro, bem como gerar psicopatologias na infância e na adolescência (HALPERN; FIGUEIRAS, 2004 [s.p]).

Fato é que droga é tudo aquilo que vicia, não se limitando apenas ao uso da cocaína, maconha, crack, ou seja, droga engloba todo o tipo de objeto consumido que pode causar dependência, até mesmo aquilo que é permitido por lei, como o álcool e o tabaco. Nesse teor, salientam Mota, Ronzani e Moura (2019, p. 505) que: “O uso abusivo de álcool e outras drogas está presente em todas as sociedades e deve ser tratado não apenas como um problema de saúde pública, mas como um desafio social nos próximos anos”.

O problema do uso de drogas e outros vícios está inserido e enraizado na vida de grande parte dos moradores de rua. De acordo com a Pesquisa Nacional sobre a População de rua 35,5% de 31.992 moradores de rua entrevistados em 71 municípios pelo país declararam que o uso de álcool e/ou outras drogas constituiu a razão da saída de seus lares para as ruas. A pesquisa foi desenvolvida pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) (BRASIL, 2008).

Sobre o presente assunto, a pesquisa realizada por Eliane Lima Guerra Nunes e Arthur Guerra de Andrade (2009, p. 49-51) demonstra o quanto ele está relacionado com a prostituição infantil. Fato é que o corpo, para crianças e adolescentes em situação de rua, pode ser um instrumento para sustentar os vícios:

Todas referiram uso de múltiplas drogas diariamente (álcool, tabaco, maconha e crack), há pelo menos dois anos, sendo o crack a droga de escolha e uso compulsivo (quatro ou mais pedras por dia). O dinheiro proveniente do comércio sexual era empregado por todas quase exclusivamente no consumo de crack. O que eu faço, entendeu... Não vou falar que não dá dinheiro. Tanto que se eu não usasse droga, eu tinha... Quatro anos gastando tanto dinheiro que eu já peguei

nos meus programas... Todo o dinheiro que eu pego é na maldita. Todo! (E3, 18 anos). Mencionaram que as drogas fazem parte da vida na rua: “Ah, eu fico na nóia, fico assim, pá, pum... Não fico pensando no meu sentimento... O que está me machucando...” (E7, 15 anos).

Uma vez na rua, o binômio drogas e prostituição apresenta-se como a nova referência, ou melhor, como um enunciado que caracteriza as relações nesse novo ambiente. O uso de drogas e a comercialização do próprio corpo estão estreitamente ligados, na medida em que o primeiro termo possibilita a entrega do corpo como mercadoria, isentando o sujeito de um aprofundamento reflexivo quanto ao que está entregando ao pagador

Verifica-se que as drogas são prejudiciais no aspecto psicofísico, atingem a memória, causam transtorno de dependência e abstinência, se elas são devastadoras na vida adulta, quem dirá no período em que a mente e o corpo estão em processo de formação e desenvolvimento. Nesse sentido, crianças e adolescentes tem-se utilizado dessas drogas para fugirem de suas tristes realidades, como ferramenta de alívio e satisfação imediata. Contudo, foi possível observar que o uso de drogas pode causar efeitos nefastos na formação da personalidade das crianças e adolescentes, efeitos estes que podem perpetuar-se por toda a vida, se não for buscado tratamento adequado e eficaz.

Analisado alguns motivos que demonstram que as ruas acabam sendo mais atrativas do que os próprios lares, passa-se a analisar quais são as consequências para o desenvolvimento da personalidade deste grupo denominado como duplamente vulnerável.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS NA PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE CRIANÇAS EM VULNERABILIDADE

Para compreender políticas públicas é necessário visualizar que elas se conectam diretamente a problemas advindos do meio social e que devem ser resolvidas pelo Estado, todavia, verifica-se que elas repercutem na Economia, no Direito, na Sociedade, na Política e demais setores (SOUZA, 2007, p. 69). Nesse sentido, Daniel Francisco Nagao Menezes e Felipe Chiarello de Souza Pinto (2019, p. 400) afirmam que: “O Estado é o local de reconhecimento, debate e resolução dos problemas, existentes em uma determinada sociedade e a política pública é responsável pela identificação, planejamento e resolução dos problemas de determinada sociedade”.

Verificado o contexto onde as políticas públicas se inserem, importante destacar seu conceito que Celina Souza (2007, p. 69) resume como: “[...] o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”. Desse modo, verifica-se que a política pública constitui uma ação governamental que, por meio de ferramentas coordenadas, impulsionam, ou seja, movimentam a máquina do governo para atingir um determinado objetivo, ou a concretização de um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

Para que uma política pública seja formulada, é necessário a identificação de um problema, o enfrentamento deste problema como prioridade para sua inclusão na agenda, discussão, formulação da agenda e de alternativas, processo de tomada de decisão, implementação/execução e avaliação, ou seja, existe um processo, metodologicamente, a ser seguido. Esse processo que uma política pública passa, é também denominado como ciclo político-administrativo (HOWLETT, 2013, p. 99).

As pessoas em situação de rua é um problema que já foi identificado e enfrentado pelo Poder Público, ou seja, as fases da política pública citadas por Howlett anteriormente, foram verificadas na implementação da Política Nacional de Pessoas em Situação de Rua regida pelo decreto 7.053 de 23 de dezembro de 2009. Tal política, conceitua pessoa em situação de rua da seguinte forma:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Ocorre que o conceito de pessoa em situação de rua que o Decreto acima trouxe, não carrega o sentido real da vida desse grupo. Há uma conotação de subjetividade do legislador no artigo primeiro, transparecendo que as pessoas em condição de rua preferem

permanecer nesta situação, do que se submeterem à uma política pública (MENEZES; PINTO, 2019, p. 399). O Decreto não considerou as razões sociais que levam à existência verdadeira deste grupo, segundo Daniel Francisco Nagao Menezes e Felipe Chiarello de Souza Pinto (2019, p. 405): “[...] como se o morador de rua fosse o responsável por estar nessa situação, desvinculado do resto da realidade da localidade e momento histórico, existindo um problema já na primeira etapa de uma Política Pública, qual seja, a identificação do Problema”.

A crítica acima pode ser corroborada nas lições de Rosimeire Barboza da Silva e Alderon Pereira da Costa (2015, p. 121) que afirmam “o próprio texto da Política representaria as preocupações dos poderes públicos com aqueles e aquelas que levam um estilo de vida “não convencional”, fora da norma, por meio da formulação de políticas públicas de inclusão”, ou seja, o conceito peca ao limitar as pessoas em situação de rua como resultados de “ausência de vínculos familiares” e moradia dita como “convencional”.

A Política Nacional das Pessoas em Situação de Rua não possui previsão específica dos direitos da criança e do adolescente, não há objetivos ou diretrizes expressas para este grupo que precisa de uma abordagem especial. A proteção da pessoa em situação de rua por meio deste decreto é generalizada em face dos problemas realmente enfrentados por elas, por isso, compreende-se que deveria haver um tratamento e estudo específico para cada grupo que vive sob tal condição, destacando-se por faixas etárias, tendo em vista que cada idade necessita de atendimento diferenciado (crianças, adolescentes, jovens, adultos, idosos).

Percebe-se que faltam muitas regulamentações e soluções para que o problema das pessoas em condição de rua seja realmente avaliado (última fase do ciclo das políticas públicas) como resolvido. De acordo com Denicy de Nazaré Pereira Chagas e outros (2019, p. 383): “as políticas voltadas a essa população, na maioria das vezes são quase sempre compensatórias e assistencialistas, não havendo preocupação em diminuir a desigualdade social ou reinserir essas pessoas em suas comunidades e famílias”. Formular políticas públicas nessa área necessita uma cautela, “[...] o fenômeno “situação de rua” é

complexo, multicausal e precisa ser enfrentado de forma global, tendo como norte uma perspectiva de integralidade e da dignidade do ser humano” (CHAGAS *et al*, 2019, p. 383).

Políticas públicas nesse espaço, devem refletir e aplicar de forma imediata os mandamentos constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Exige-se do Estado e dos Poderes Públicos: “a impossibilidade de retrocesso social naquilo que já foi alcançado, bem como o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização” (VENDRAME; MORENO, 2011, p. 3).

Apesar de haver uma política nacional para esse grupo, conforme abordado acima, ela não é suficiente para dirimir o problema. Denota-se que ainda há a necessidade de novos olhares na elaboração das políticas públicas que compreenda quem é este grupo em estado de vulnerabilidade. Vislumbra-se na pesquisa realizada por Ricardo Mendes Mattos (2003, p. 75), que o Estado, na identificação e elaboração da política pública, precisa enxergar a realidade narrada por um ex-morador de rua Sr. Cléver:

O morador de rua não é só aquele que está debaixo do viaduto, dormindo debaixo de uma cobertura, ou mesmo num asfalto ou numa calçada fria, mas é aquele morador que um dia ele teve uma cama quente, um dia ele teve um lar, ele teve uma cultura na vida dele. Mas como se fosse numa fração de segundos, como um vírus no computador, aquilo deu um “tilt” na vida dele. E ele parou de funcionar, e ele foi parar ali, como se fosse um depósito de ferro velho. Sem ter alguém, um mecânico que fosse lá tentar descobrir onde estava o problema, tentar descobrir se tinha conserto ou não aquela peça ... E cada vez mais, quanto mais tempo a pessoa fica colocada nesse depósito de ferro velho, que é o mundo aí fora, as calçadas e as esquinas da vida, aquele defeito vai se agravando de tal forma que vai tomando conta de todas as peças, ela vai enferrujando todas as suas partes [...].

A vida das pessoas em situação de rua precisa ser investigada afundo pelo Poder Público. Deve-se levar em consideração o contexto onde essas pessoas vivem, a faixa etária, os vínculos familiares (interrompidos, fragilizados, rompidos), suas origens, suas rotinas e dificuldades, os vícios, ou seja, se não houver contato com este grupo com o intuito de entender o motivo pelos quais a rua se tornou condição de vida, não há como elaborar uma política efetiva, pois esta, restará distante da realidade. Do mesmo modo, mas

com prioridade, deve-se estudar o grupo das crianças e adolescentes e buscar compreender quais os caminhos devem ser traçados para garantir à elas o disposto em lei, qual seja, uma proteção integral.

Em relação as crianças e adolescentes, destaca-se o Projeto: “Criança não é de Rua” mobilizado em defesa dos direitos deste grupo. Tal projeto foi criado em 23 de Julho de 2007 na cidade de Fortaleza, a data escolhida tem por justificativa o ocorrido no Rio de Janeiro no ano de 1993, “Chacina da Candelária”. A campanha visa chamar a atenção da sociedade, dos governos e da mídia para esta tragédia que ocorreu e que ainda ocorre com as crianças e adolescentes. Por meio de uma plataforma online, o projeto se desenvolve na divulgação de seminários e palestras, incentivando e conscientizando as pessoas de todo o território brasileiro a fazer parte dessa Ação Nacional em defesa de crianças e adolescentes, propondo também ações reivindicatórias e propositivas de enfrentamento à situação de vulnerabilidade social (ORG, 2017).

Além disso, é necessário examinar a importância das escolas para o aprendizado, a evolução, o desenvolvimento e construção da personalidade das crianças e adolescentes. Somado com o aspecto da ausência de afetividade e conflitos familiares, muitas crianças tem ido às ruas em busca daquilo que não encontram em suas casas e nas escolas. Nesse sentido, Michelle de Freitas Bissoli (2014, p. 594-595) afirma que: “Sabemos que a atividade educativa não acontece apenas na escola, também família e a sociedade participam ativamente dessa tarefa. Só que a escola é o local sistematicamente organizado para educar”. Prosseguindo, a autora argumenta que a escola tem uma função social de promoção, por meio de um processo pedagógico para desenvolver “[...] as capacidades da criança e de sua forma singular de ser e de atuar socialmente” (BISSOLI, 2014, p. 595).

O conhecimento é um meio para desenvolver a personalidade, e conforme os ensinamentos de Cleber Sanfelici Otero (2011, p. 77) “[...] não pode mais ficar limitado ao mundo cultural de uma classe social, mas, ao revés, deve ser ampliado e democratizado para permitir a abertura a novos horizontes e, assim, possibilitar a reflexão e o desenvolvimento de todas as pessoas e da própria sociedade”.

Além da educação, é importante inserir as crianças e adolescentes em situação de rua em projetos que possibilitem o desenvolvimento da arte e cultura. Este é o foco do Programa de Extensão Universitária “Direitos Humanos para a Diversidade: construindo espaços de arte, cultura e educação” desenvolvido em 2013 pela Universidade Federal de São Carlos. O programa se divide em subprojetos que implantam espaços interativos contextualizando a diversidade, promoção de ações integradas, intersetoriais e fomentadoras de processos de empoderamento, cidadania ativa e autonomia dos grupos historicamente estigmatizados. Esses subprojetos contaram com a cooperação de pessoas que se utilizam dos serviços públicos, tais como: CAPS, CAPS-AD, CREAS-POP e o Albergue Noturno da cidade de São Carlos, interior do Estado de São Paulo (SILVA, *et al*, 2016, p. 203).

Salientam Carla Regina Silva *et al* (2016, p. 209) que os espaços de arte e cultura cooperam, não somente para saúde mental dos participantes: “mas também a potência de se tratar de questões sociais importantes e complexas, compartilhadas por diversos cidadãos em situação de vulnerabilidade, com ou sem transtornos mentais”. Portanto, as autoras concluem que projeto, ao realizar oficinas com atividades semanais com propostas terapêuticas, ocupacionais sustentadas por uma abordagem humana, sensível, reflexiva e crítica permite compreender que os instrumentos artísticos e culturais são potencializadores e facilitadores dos processos de aprendizagem e empoderamento das pessoas em situação de rua (SILVA, *et al*, 2016, p. 209).

Outro projeto chamado “Consultório na Rua”, utiliza-se da música para amparar moradores de rua no Estado do Rio de Janeiro. A música, nesse sentido, pode cooperar para desinibir e trazer tratamento terapêutico para o grupo (RODRIGUES; ALBUQUERQUE, 2016). Outro projeto no âmbito musical desenvolvido no mesmo Estado é denominado “Corais uma só voz”. A reportagem demonstra a transformação que o coral pode trazer para a mudança da vida das pessoas em situação de rua. É possível perceber por meio da reportagem a alegria de alguns entrevistados contando como é ensaiar, aprender e se apresentar para o público em teatros e demais eventos. Denota-se

também como a música pode ajudar na autoestima e trazer uma rotina na vida dessas pessoas, retirando delas principalmente, a ociosidade (REDE VIDA, 2018).

Nesse contexto, verifica-se que o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente precisam deste apoio cultural, artístico, ético, educacional e terapêutico. Este grupo, por estar em situação de dupla-vulnerabilidade necessita de estar inserido neste contexto de aprendizado, socializador e formador de cidadania. Frisa-se que a responsabilidade para com este grupo é tripartida. Logo, se as crianças estão indo para as ruas, essa condição é resultado de vários fatores que não estão sendo efetivos: a educação não é acessível e nem garantida para todos, muitas vezes ela não tem sido atrativa, o sistema de saúde não tem sido eficaz, não tem sido promovido o direito à moradia com qualidade, o Estado não tem se preocupado em compreender a realidade das crianças em situação de rua, pois estas precisam de projetos e programas que transformem sua condição social e econômica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade expressam-se como os mais íntimos da pessoa humana pelos quais é impossível se dissociar da pessoa. Tais direitos, fundam-se na essencialidade do que é ser pessoa, por isso, estão intimamente ligados a outros direitos que, somados, tornam a vida humana, digna. O desenvolvimento da personalidade na vida de algumas crianças e adolescentes é fase importante que precisa ser garantida com prioridade e integralidade. Todavia, algumas crianças e adolescentes acabam sendo prejudicados no que tange a um desenvolvimento da personalidade saudável, em alguns cenários não há que se falar em desenvolvimento ou o mínimo de uma vida digna.

Muitos são os fatores que podem influenciar as crianças e adolescentes a saírem de suas casas. Conforme visto, os aspectos variam, podendo ser desde ausência material até a imaterial, compreende-se portanto, a falta de moradia, educação, saúde, alimento, dentre outros requisitos mínimos necessário a subsistência do ser, ausência de afeto, carinho, amor, paciência, segurança e proteção, e ainda, o uso de drogas, a prostituição, a violência

e os conflitos familiares. No final, o que há em comum a todos elas é a busca da rua como solução aparente e imediata para seus problemas. Portanto, identifica-se as crianças e adolescentes em situação de dupla-vulnerabilidade, sendo uma devido ao *status* “criança e adolescente”, pois por si só já são vulneráveis e carecem da tutela integral, e a segunda vulnerabilidade é representada pela condição de rua.

A violência, o abuso, o medo, os traumas vividos por esse grupo de extrema vulnerabilidade, faz com que nas ruas encontrem refúgio. O uso de drogas acaba sendo não somente um lazer ou uma diversão, pelo contrário, o uso traz alívio e uma sensação de paz. Os efeitos da droga supre de forma disfarçada, a ausência de inúmeros direitos não foram concretizados na vida dos “moradores” de rua: alivia temporariamente a fome, o medo, o frio, as dores, as desesperanças.

Uma vida nas ruas é significado literal de ausência do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse cenário se agrava ainda mais, quando se trata de crianças e adolescentes, uma vez que, como já dito anteriormente, são seres vulneráveis. Assim, as escolas, as famílias, a sociedade em si, precisa ser abrigos, no sentido físico e psicológico para que essas crianças não vejam a rua como meio atrativo ou solucionador de seus problemas, tendo em vista que, se um dia nas ruas já trazem prejuízos, quem dirá uma vida inteira nelas.

A criança e o adolescente necessitam de um ambiente saudável para crescer, isso implica num local seguro, que possa se alimentar, suprir suas necessidades básicas, se higienizar, dormir com tranquilidade, que possa brincar, estudar e se desenvolver. Nessa toada, fica claro que a vida nas ruas prejudica este crescimento e desenvolvimento e que o princípio insculpido no ECA seja efetivamente garantido, ou seja, que todas as crianças e adolescentes sejam tratados com total prioridade vez que encontram-se em estado peculiar de desenvolvimento.

Nesse intuito, deve o Estado garantir a existência de todos os direitos na vida dessas pessoas, tendo em vista que todos os direitos são concedidos à todos de forma igualitária. Para isso, o Poder Público deve buscar formas de melhorar suas políticas públicas,

identificando o problema de forma profunda e se engajando com a vida deste grupo, conforme visto, não se pode conceitua-los como simples resultados de ausência de moradia ou de vínculos familiares interrompidos ou fragilizados com subjetividade. Os exemplos de projetos e programas citados na pesquisa configuram-se formas de se visualizar como pequenas ideias podem transformar e melhorar a condição destas crianças e adolescentes.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: perspectiva do direito português. 2010. 59 f. Dissertação (Mestrado). Curso de Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

BARCZAK, Nara Nascimento; VIEIRA, Tereza Rodrigues; ARGONDIZO, Luís Fernando Centurião. Pessoas em situação de Rua: Aspectos Sociais. *In*: CARDIN, Valéria Silva Galdino. VIEIRA, Tereza Rodrigues (orgs). **Pessoas em situação de rua**: Invisibilidade, Preconceitos e Direitos. Brasília, DF: Zakarewicz, 2018.

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

BISSOLI, Michelle de Freitas. Desenvolvimento da personalidade da criança: o papel da educação infantil. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 19, n. 4, p. 587-597, dez. 2014. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141373722014000400587&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 04 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/1413-73722163602>. Acesso em: 08. Jun. 2020.

BOM SUCESSO, Edina de Paula. **Relações interpessoais e Qualidade de Vida no Trabalho**. São Paulo: Qualitymark, 2002.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009**: Institui a política nacional para a população em situação de rua e seu comitê intersetorial de acompanhamento e monitoramento, e dá outras providências. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm.

BRASIL. Política nacional para inclusão social da população em situação de rua. **Pesquisa**

nacional sobre a população em situação de rua: sumário executivo. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2008. Disponível em: http://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-08/pol.nacional-morad.rua_.pdf. Acesso em 04 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS. Secretaria Nacional de Renda e Cidadania e Secretaria Nacional de Assistência Social. **Orientações Técnicas.** Brasília: Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro Pop), 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos e Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2006.

CAPELO DE SOUZA, Rabrindanath Valentino. **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra, 1995.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; SILVA, Ariane Luiz da; RISSATO, Gabriela de Moraes. Da sexualidade e prostituição infantil: da proteção da criança em situação de rua. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino. VIEIRA, Tereza Rodrigues (orgs). **Pessoas em situação de rua:** Invisibilidade, Preconceitos e Direitos. Brasília, DF: Zakarewicz, 2018.

CARELLI, Andrea Mismotto. Situação de rua e o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes. In: GRINOVER, Ada Pllegrini *et al.* **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.** 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CASTRO, Leticia Facci de. **Os efeitos nocivos à dignidade humana provocados pela desigualdade extrema.** 2017. 147 p. Dissertação (Mestrado). Centro Universitário de Maringá. UNICESUMAR. Paraná: 2017.

CHAGAS, Denicy de Nazaré Pereira *et al.* Direito à saúde das pessoas em situação de rua. In: GRINOVER, Ada Pllegrini *et al.* **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.** 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DI LORENZO, Wânia Claudia Gomes Lima. Crianças e Adolescentes em Situação de Rua: Propostas Pedagógicas como Instrumento de Materialização do Direito ao Desenvolvimento. *In*: BORGES, Maria Creusa de Araújo; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. (Org.). **Direito, Educação, Ensino e Metodologia Jurídica I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 480-501.

DI LORENZO, Wânia Claudia Gomes Lima. CARVALHO, Cynthia Xavier de; LIMA, Cláudio Basílio de. Crianças e adolescentes em situação de rua: desenvolvimento econômico, estratégias compulsórias e direitos fundamentais. **Pensar** (UNIFOR), v. 17, p. 646-671, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito a liberdade**: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009.

FLAUSINO, Beatriz. Uso de álcool e drogas por moradores de rua tem abordagem equivocada. 10 jul. de 2009. Estudo aborda uso de drogas por moradores de rua **EcoDebate**. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2009/07/10/estudo-aborda-uso-de-drogas-por-moradores-de-rua/>. Acesso em: 04 Jun. 2020.

GOMES, Patrícia Saboya. O combate ao trabalho infantil no Brasil: conquistas e desafios. *In*: OLIVEIRA, Oris de (Org). **Trabalho infantil e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2005.

HALPERN, Ricardo; FIGUEIRAS, Amira Consuelo de Melo. Influências ambientais na saúde mental da criança. **Jornal de Pediatria**. Rio de Janeiro, v. 80, n. 2 (Supl), 2004.

HOWLETT, Michael. RAMESH, M, PERL, Anthony. **Política Pública**: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora. Trad. Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LEGAL, José Eduardo; DELVAN, Josiane da Silva. **Psicologia do desenvolvimento e aprendizagem**. Centro Universitário Leonardo Da Vinci. Indial: grupo Uniasselvi, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Família e Responsabilidade. *In*: **Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade**. Porto Alegre: Editora Magister/IBDFAM, 2010.

MATTOS, Ricardo mendes; TUCCI, Cléver e convidados. A situação de rua por ela mesma: relatos de sobreviventes. **Semana de Psicologia da Universidade São Marcos**,

São Paulo, 2003.

MORAES, Carlos Alexandre de. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2019.

MOTA, Daniela Cristina Belchior; RONZANI, Telmo Mota; MOURA, Yone Gonçalves de. Tratamento e apoio psicossocial às pessoas em situação de rua usuárias de drogas. *In*: GRINOVER, Ada Pllegrini *et al.* **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus Editorial, 2003.

NEWCOMBE, Nora. **Desenvolvimento Infantil: abordagem Mussem**. 8. ed. Porto Alegre: Artemed, 1999.

NUNES, Rizzato. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Eliane Lima Guerra; ANDRADE Arthur Guerra de. Adolescentes em situação de rua: Prostituição, drogas e HIV/AIDS em Santo André, Brasil. **Psicologia & Sociedade**. Jan-Abr; v. 21(1), p. 45-54, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORG. **Projeto criança não é de rua**: Campanha Nacional de Enfrentamento à Situação de moradia nas ruas de crianças e adolescentes. Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://www.criancanaoederua.org.br/projetos> Acesso em: 12 Jun. 2020

OTERO, Cleber Sanfelici. **A inclusão social da extrema pobreza: direito à cidadania integral e contextualização do mínimo necessário no Brasil**. 2011. 444 f. Tese (Doutorado). Instituição Toledo de Ensino, Centro de Pós-Graduação. Bauru: 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Superação da Divergência entre Competências Federativas e Formulação de Políticas Públicas: O Caso**

dos Moradores de Rua. *In*: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* **Direitos Fundamentais Das Pessoas Em Situação de Rua**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2019.

REDE VIDA. **Projeto de música com moradores em situação de rua vira referência mundial - Jornal da Vida 22/08/18**. 2018. 1 vídeo (2min 29seg) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YsgvVICxDG4>. Acesso em 24, maio 2020.

RIZZINI, Irene; COUTO, Renata Mena Brasil do. População infantil e adolescente nas ruas: Principais temas de pesquisa no Brasil. **Civitas, Rev. Ciênc. Soc.** Porto Alegre, v. 19, n. 1, p. 105-122, Apr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151960892019000100105&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 Jun. 2020 Epub. <http://dx.doi.org/10.15448/19847289.2019.1.30867>.

RODRIGUES; Matheus; ALBUQUERQUE, Patrícia. Projeto usa música para amparar moradores de rua do Rio: 'Consultório de rua' tem sete equipes na cidade e mais de oito mil inscritos. Agente comunitário usa acordeon para cativar moradores de rua. **G1**. 13 de maio de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/06/consultorio-na-rua-usa-musica-para-amparar-moradores-de-rua-do-rio.html>. Acesso em 24, maio 2020.

SILVA, Rosimeire Barboza da; COSTA, Alderon Pereira da. Direitos humanos da população em situação de rua? Paradoxos e aproximações à uma vida digna. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 3, n. 6, p. 120-121, jul./dez. 2015.

SILVA, Carla Regina *et al.* Direitos humanos para a diversidade: construindo espaços de arte, cultura e educação. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**. Florianópolis, v. 8, n. 20, p. 198-211, 2016.

SOUZA, Celina. **Estado da arte da pesquisa em políticas públicas**. *In* Políticas Públicas no Brasil. Gilberto Hochman, Marta Arretche e Eduardo Marques (orgs.). Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

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

VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Direitos sociais**: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (orgs). São Paulo: Boreal Editora, 2011.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Vanessa Carvalho dos. Bioética e Direito: Vulnerabilidade da pessoa em situação de rua. Será que alguém se importa? *In*: CARDIN, Valéria Silva Galdino. VIEIRA, Tereza Rodrigues (orgs). **Pessoas em situação de rua: Invisibilidade, Preconceitos e Direitos**. Brasília, DF: Zakarewicz, 2018.

Data da submissão: 04/02/2021

Data da primeira avaliação: 04/02/2021

Data da segunda avaliação: 04/02/2021

Data da aprovação: 30/09/2023

**MEDIDAS DE EMERGÊNCIA E SAÚDE PÚBLICA EM CRISE: COMO AS
NORMAS DO MUNICÍPIO DO RECIFE SOBRE O USO DA MÁSCARA FACIAL
FORAM MODIFICADAS AO LONGO DO ESTADO DE CALAMIDADE
PÚBLICA PROVOCADO PELO COVID-19?**

*EMERGENCY MEASURES AND PUBLIC HEALTH IN CRISIS: HOW HAVE THE
LAWS OF MUNICIPALITY OF RECIFE ON THE USE OF FACIAL MASKS BEEN
CHANGED THROUGHOUT COVID-19'S PUBLIC CALAMITY?*

**Renan Francelino da Silva¹
Márcio Cordeiro de Melo Júnior²
José Mário Wanderley Gomes Neto³**

RESUMO: Como as normas do município do Recife sobre o uso da máscara facial foram modificadas ao longo do Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional provocado pelo COVID-19? A literatura sobre processo decisório em matéria de conflitos federativos em tempos de crise sanitária aponta para um padrão de comportamento judicial, no qual o STF, tem ao longo dos últimos anos, afirmado o protagonismo dos Governadores e Prefeitos em matéria de saúde pública, em detrimento dos interesses dos demais entes federativos (União e Distrito Federal). Como essa circunstância excepcional de calamidade pública de importância internacional afetou a estratégia do Recife/PE quanto ao enfrentamento da pandemia do COVID-19? Este artigo pretende analisar qualitativamente, por meio de estudo de caso, a decisão colegiada da ADPF 672 MC-REF/DF, a fim de compreender como elas influenciaram na estratégia do uso da máscara facial em resposta ao COVID-19 e no processo decisório sobre conflitos federativos em tempos de crise sanitária. Conclui-se que há uma influência dessa circunstância excepcional na trajetória legislativa do ente municipal ao longo dessa crise sanitária e que, no que tange ao uso da máscara, há uma discrepância entre a estratégia utilizada pelo município do Recife, pelo Estado de Pernambuco e pela União.

Palavras-chave: Máscara facial; processo decisório; federalismo; COVID-19.

ABSTRACT: How have the laws of Municipality of Recife on the use of facial masks

¹ Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); e-mail: renan.fs@outlook.com.br; Lattes: 6547830112603497; 0000-0003-3272-0566

² Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); e-mail: marciocordeiro23@gmail.com; Lattes: 1859733154160546; ORCID: 0000-0002-1411-1604

³ Doutor em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE. Professor no PPGD da UNICAP; e-mail: jose.gomes@unicap.br; Lattes: 8519132753277329; ORCID: 0000-0002-4003-856X

been changed throughout COVID-19's Public Calamity? The literature on decision-making in matters of federal conflicts in the time of sanitary crisis points to a behavioral pattern, in which the Supremo Court has, over the last years, affirmed the protagonism of Governors and Mayors in facing in matters of public health, to the detriment of the interests of other federative entities (the Union and Federal District). How has this situation of epidemiological calamity affected the decision-making strategies of the Municipality of Recife regarding the facing Coronavirus? This article is dedicated to the qualitative analysis of the collegiate decision ADPF 672 MC-REF/DF, through a case study, with the purpose of understanding how such exceptional circumstances of sanitary calamity influenced the use of facial masks's strategy in that municipality and the court's decision-making process on federal conflicts. It was concluded that such exceptional circumstance influenced the legislative trajectory of municipal government throughout such sanitary calamity and, regarding the use of facial mask, there is no inconsistency between the strategy applied by the municipality, the State of Pernambuco, and the Union.

Key-words: Facial masks; decision-making process; federalismo; COVID-19.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. COVID-19 E Estado de Calamidade Pública. 4. Mapeando Medidas Excepcionais-Restritivas: Listagem Das Medidas Adotadas Pelo Município Do Recife Entre Janeiro De 2020 E Dezembro De 2021 Sobre O Uso Da Máscara Facial. 5. O Uso Da Máscara Facial E Divergências Entre Os Entes Federativos Sobre A Obrigatoriedade Dessa Medida: Um Estudo De Caso Da Decisão Colegiada ADF 672 Mc-REF/DF. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No dia 13 de outubro de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes levou à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) medida cautelar requerida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) contra os atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, no contexto da crise sanitária pública decorrente da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19). Naquele processo, a CFOAB alegava que a estratégia da Presidência da República estava em contraste com as diretrizes recomendadas pelas autoridades sanitárias de todo o mundo, inclusive do Ministério da Saúde brasileiro.

Em resposta, a União afirmou que o Governo Federal estava adotando todas as providências possíveis para enfrentar o novo Coronavírus, argumento esse justificado pelas 13 (treze) medidas provisórias, 17 (dezessete) decretos e 2 (duas) leis, além de projetos

diversos implementados pela Presidência da República no curso da pandemia do COVID-19.

A divergência narrada gerou um conflito federativo sobre a competência de cada ente para agir face à tão grave e virulenta crise sanitária: de um lado, a União; do outro, Estados e Municípios.

A literatura sobre processo decisório em matéria de conflitos federativos em tempos de crise sanitária aponta para um padrão de comportamento judicial, no qual o STF, tem ao longo dos últimos anos, afirmado o protagonismo dos Governadores em matéria de saúde pública, em detrimento dos interesses dos demais entes federativos (União e Distrito Federal) (GOMES NETO; CARVALHO; BARBOSA, 2020).

Como essa circunstância excepcional de calamidade pública de importância internacional afetou a estratégia de enfrentamento ao novo Coronavírus no âmbito do município do Recife/PE? Este artigo pretende analisar qualitativamente, por meio de estudo de caso, a decisão colegiada da ADPF 672 MC-REF/DF, a fim de compreender como elas influenciaram na estratégia do uso da máscara facial em resposta ao COVID-19 e no processo decisório sobre conflitos federativos em tempos de crise sanitária.

Este artigo divide-se em quatro partes. Inicialmente, descreve-se a metodologia adotada para responder ao problema de pesquisa formulado. Em seguida, apresenta-se um panorama do Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente da pandemia desse vírus e do uso da máscara facial como medida restritiva preventiva de saúde pública. A terceira parte lista as medidas adotadas pelo Município do Recife, entre janeiro de 2020 e dezembro de 2021, sobre o uso da máscara facial, e pelas entidades a ele vinculadas (União, Estado de Pernambuco). Uma vez expostas essas questões preliminares, analisa-se qualitativamente, por meio de estudo de caso, o acórdão da ADPF-672 MC-REF/DF.

2. METODOLOGIA

Antes de adentrarmos a análise do estudo realizado, é necessário delineá-lo

metodologicamente.

A pesquisa que deu origem a este artigo partiu da seguinte pergunta: como as normas do Município do Recife/PE sobre o uso da máscara facial foram alteradas ao longo do Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente do novo Coronavírus (Sars-CoV-2)?

Com base na proposta do mesmo estudo, elaborou-se a seguinte hipótese: a circunstância excepcional de calamidade sanitária provocada pelo COVID-19 influenciou o planejamento, direção e execução das estratégias das autoridades do município em questão no que tange à adoção de medidas restritivas recomendadas pelo Órgão Mundial da Saúde.

Para responder à pergunta formulada e testar a hipótese acima identificada, desenvolveu-se uma pesquisa empírica-qualitativa, em duas etapas, com o uso da técnica da pesquisa documental e do estudo de caso.

Inicialmente, realizou-se uma análise documental indireta, por ser a mais adequada a conhecer e analisar as espécies normativas. Em primeiro lugar, fez-se um levantamento, através do Portal Legislativo Municipal e do sítio eletrônico do Planalto, das leis e normas editadas pelo município do Recife e pelas entidades federativas ao qual está vinculado (o Estado de Pernambuco e a União) sobre o uso da máscara facial, entre janeiro de 2020 e dezembro de 2021.

A partir da análise documental, chegou-se ao total de 20 medidas legislativas que preveem o uso da máscara facial individual. Essas medidas foram categorizadas em níveis de entidade federativa (União, Estado e Município) e classificadas de acordo com a espécie normativa analisada. Após esse processo obteve-se: 3 medidas legislativas no âmbito federal, classificadas em: decretos federais (2) e leis federais (1); 16 medidas na esfera Estadual de Pernambuco, classificadas em: decretos estaduais (13), leis ordinárias estaduais (3); e 1 (uma) única espécie normativa em âmbito municipal, classificada apenas em decreto municipal.

Os dados foram colhidos e planilhados em uma tabela principal: Tabela 1 e em Sub-Tabelas vinculadas à primeira: Tabelas 1.A, 1.B e 1.C.

O material coletado a partir da pesquisa documental foi submetido à metodologia qualitativa de estudo de caso, porque é uma ferramenta de pesquisa empírica adequada a analisar o caso a partir do confronto entre a teoria sobre como os agentes institucionais deveriam se comportar no que tange às medidas restritivas em resposta ao COVID-19 (a máscara facial) e as particularidades do caso (o Estado de Calamidade Pública provocado por esse vírus) (YIN, 2005, s.p.; BAUER; GASKELL, 2002, s.p.).

O Estudo de caso baseou-se na análise qualitativa do acórdão da ADPF 672 MC-REF/DF⁴, porque esta decisão representa um marco para o processo decisório sobre conflitos federativos em tempos de crise sanitária (como a do COVID-19).

3. COVID-19 E ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, Hubei, na China (CN), as autoridades de saúde locais identificaram uma manifestação de uma doença de rápida transmissibilidade (*epidemic* ou epidemia) associada às pessoas próximas ao Mercado Atacadista de Frutos do Mar da cidade (SIFUENTES-RODRÍGUEZ; PALACIOS-REYES, 2020, p. 47-53). Tal caso se deu devido a uma série de relatos de casos de pacientes de hospitais locais daquela cidade, que apresentaram sintomas de infecção no sistema respiratório (*pneumonia*), atípica e sem causa identificada (SHE et. al., 2019, s.p.; HUANG et. Al, s.p.; ZHU et. al., 2020, s.p.).

Consequentemente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou (30.01.2020) Estado de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

É nesse contexto que os profissionais da área da saúde - em seus vários níveis funcionais - empreenderam estudos epidemiológicos e análises estratégicas em Saúde com

⁴ Visando à viabilidade da pesquisa com base nos recursos disponíveis, recorreu-se apenas a decisão de Referendo da ADPF 672, a qual está disponível para acesso e leitura no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código F71D-7E41-B9EF-1941 e senha D587-ACF6-51FF-9B37.

o objetivo de auxiliar no combate ao COVID-19.

Um mês após, o Ministério da Saúde Brasileiro (MSB), declarou (03.02.2020), por meio da Portaria nº 188/GM/MS, o expediente de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em decorrência da transmissão de uma epidemia causada pela enfermidade infecciosa respiratória provocada pelo vírus de Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 [(Sars-CoV-2), COVID-19 ou, como ficou conhecido no Brasil, novo Coronavírus] (OPAS, 2020).

Tal expediente levou o esse órgão a criar o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) - enquanto um mecanismo nacional de gestão coordenada de resposta à virulenta crise sanitária nacional, sob a responsabilidade da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS-MS) - ao qual compete, dentre outras finalidades, planejar, organizar, coordenar e controlar as medidas a serem empregadas durante a ESPIN, nos termos das diretrizes fixadas pelo Ministro de Estado da Saúde e manter os cidadãos informados sobre a ESPIN.

Devido à alta taxa de transmissão do COVID-19 e o conseqüente crescimento exponencial de casos e óbitos em outras partes do mundo, a OMS alterou (11.03.2020) a classificação da doença infecciosa provocada pelo vírus em questão (PEREIRA et. al., 2021, s.p.). Com efeito, a enfermidade causada pelo vírus que era caracterizada como epidemia (*epidemic*) tornou-se uma pandemia (*pandemic*) (OPAS, 2020, s.p.).

Com o objetivo de achatar a curva epidemiológica do COVID-10 e de frear a sua exponencial transmissão, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2020, s.p.) e a OMS recomendaram medidas preventivas e de controle do novo Coronavírus como: isolamento social, distanciamento social, quarentena e o uso da máscara.

Esse quadro de emergência sanitária de importância internacional levou as autoridades brasileiras - dentre os seus níveis federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) - a paulatinamente criarem, planejarem e executarem, medidas de combate e prevenção ao novo Coronavírus que seguissem as diretrizes recomendadas pelos órgãos mundiais da saúde.

Essa crise gerou uma intensa e vasta legislatura federal, estadual e municipal, referente ao assunto, a qual conta com leis, decretos e portarias editadas nos vários níveis federativos (MAIA FILHO, 2022, p. 180). Porém, essas medidas foram definidas e executadas de forma descoordenada e uniforme, o que criou um cenário de divergências entre as entidades federativas - que abriu um fértil campo para o surgimento de conflitos de natureza política judicializáveis (GOMES NETO; CARVALHO; BARBOSA (2020, p. 202).

4. MAPEANDO MEDIDAS EXCEPCIONAIS-RESTRITIVAS: LISTAGEM DAS MEDIDAS ADOTADAS PELO MUNICÍPIO DO RECIFE ENTRE JANEIRO DE 2020 E DEZEMBRO DE 2021 SOBRE O USO DA MÁSCARA FACIAL

O quadro de emergência sanitária de importância internacional provocada pelo COVID-19 levou as autoridades brasileiras - dentre os seus níveis federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) - a paulatinamente criarem, planejarem⁵ e executarem, medidas para enfrentar o vírus em questão e proteger os seus cidadãos de sua alta transmissibilidade.

Como as normas do Município do Recife/PE foram alteradas ao longo do Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente do novo Coronavírus (Sars-CoV-2)?

Para responder a essa pergunta, localizou-se e analisou-se as espécies normativas sancionadas pelas autoridades do Chefe do Executivo Federal, Estadual de Pernambuco e Municipal do Recife, que dispõe sobre o uso da máscara facial.

Os dados colhidos foram inseridos na Tabela 01 (conforme **Tabela 1 - Leis e Decretos em resposta ao novo Coronavírus (COVID-19), distribuídos em entidades**

⁵ O crítico quadro epidemiológico no país evidencia a necessidade do desenvolvimento de pesquisas de estudo de caso-controle de base populacional (Population-Based Case-Control Study). Este tipo de estudo - que vem sendo desenvolvido na área de epidemiologia ao longo das décadas serve como uma ferramenta estatística de pesquisa que permite observar e analisar estatisticamente os impactos decorrentes de quadros epidemiológicos (como o do COVID-19) na sociedade (BRESLOW, 1996; GAIL, 2014; BORGAN et. al., 2018).

federativas). A primeira coluna indica a espécie legislativa pesquisada. A segunda coluna identifica o número de registro de tal espécie normativa. A terceira coluna mostra a data em que tal medida foi sancionada pela autoridade competente. A quarta coluna indica a autoridade que sancionou a respectiva medida. A quinta e última coluna apresenta o texto legal da medida legislativa pesquisada.

Para uma visão específica e segmentada, dividiu-se essas espécies normativas em três sub-Tabelas: Tabela 1.A, 1.B e 1.C, de acordo com o ente por ela responsável: a União (**Tabela 1.A - Leis e Decretos federais em resposta ao COVID-19**), o Estado de Pernambuco (**Tabela 1.B - Leis e Decretos Estaduais Pernambucanos em resposta ao COVID-19**) e o Município do Recife (**Tabela 1.C - Leis e Decretos Municipais do Recife em resposta ao COVID-19**).

Com base no objeto presente no problema de pesquisa proposto [o uso (obrigatório) da máscara facial], criou-se uma legenda colorida para indicar a Previsão (P) e o Status (S) de cada espécie normativa pesquisada: Quadro 01 (de acordo com o **Quadro 1 - Legenda em cores para visualizar a Previsão e Status das Medidas federais, estaduais pernambucanas e municipais do Recife**).

Utilizam-se estas cores e letras para indicar se:

Cor verde: há alguma previsão do uso obrigatório da máscara facial (p);

Cor branca: a espécie normativa é silente quanto ao uso da máscara facial (S);

Cor laranja: o uso da máscara é obrigatório ou facultativo (O ou F);

Cor verde escuro: a espécie normativa pesquisada ainda está em vigor (V);

Cor vermelha: a espécie legislativa foi revogada (r);

Cor amarela: a espécie normativa foi alterada (A).

	PREVISÃO				STATUS	
previsão	Silente	Não previsão ou Facultativo		EM VIGOR	REVOGADO(A)	ALTERADO(A)

Quadro 1 - Legenda em cores para visualizar a Previsão e Status das Medidas federais, estaduais pernambucanas e municipais do Recife

Fonte: elaborado pelos autores, com base nos dados da pesquisa.

A pandemia do novo Coronavírus promoveu um chamado à e de solidariedade e responsabilidade coletiva global e uma corrida para frear o constante estágio evolutivo epidemiológico daquele vírus no mundo (BRITO; BARROS, 2020). Com base nesse quadro, o Secretário-Geral da ONU, António Guterres proferiu discurso sobre o novo Coronavírus o qual apontava para ações para evitar os impactos provocados pela pandemia do COVID-19 na saúde, na sociedade e na economia global; e para orientações às nações sobre a recuperação desta crise pela qual todo o mundo estava passando (ONU, 2020).

É nesse cenário que o Presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, sanciona a Lei Nº 13.979/2020 (Lei Nº 13. 979, de 6 de fevereiro de 2020) para dispor sobre medidas que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, como o isolamento (art. 3º, I), a quarentena (art. 3º, II), e o desenvolvimento de estudo investigativo epidemiológico (art. 3º, IV).

Um dos pontos que merecem destaque, é o parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei em comento. Tal dispositivo normativo dispunha que as medidas mencionadas e outras reconhecidas somente poderiam ser determinadas de acordo com evidências científicas e em análises estratégicas em saúde e que deveriam ser limitadas no tempo e no território de um modo a promover e preservar a saúde pública.

No mesmo sentido daquela Lei Federal, o Senado Federal reconhece (20.03.2020) o Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente decorrente do Novo Coronavírus [COVID-19 (DLG 06/2020 - Decreto Legislativo nº 6 de 20 de mar. 2020), e institui a Comissão Mista no âmbito do Congresso Nacional, para acompanhar os efeitos fiscais, orçamentários e financeiros relativos à tal virulenta crise sanitária (art. 2º).

Diante desse contexto, os profissionais da área da saúde - em seus vários níveis funcionais - empreenderam estudos epidemiológicos e análises estratégicas em Saúde com o objetivo de auxiliar no combate ao COVID-19.

Garcia e Duarte (2020) indicaram a importância da restrição das interações sociais (a quarentena e o isolamento, por exemplo) como uma das medidas sanitárias para a redução do impacto do contágio por COVID-19 frente à elevada taxa de transmissão do agente causador. Kraemer e colaboradores (2020) identificaram, por meio de um modelo empírico quantitativo, que medidas de limitação de mobilidade social mostraram-se eficientes no controle da distribuição espacial da contaminação por Covid-19, na China; e na redução da taxa de contaminação pelo vírus. Fowler e colaboradores (2020) encontraram evidências empíricas da existência de correlação entre a efetivação das campanhas “stay at home” (fiquem em casa) e a redução das taxas de contaminação e de fatalidades, ambas relacionadas à infecção respiratória por Covid-19. Gonçalves e colaboradores (2020, p. 14) apresentam o primeiro estudo de estudo populacional de caso-controle envolvendo a pandemia do COVID-19 no Brasil, no qual constatou-se que o distanciamento e uso da máscara facial são as principais medidas que protegem as pessoas do novo Coronavírus, sobretudo quando estas estão fora de casa.

Acompanhando essas evidências, o Governo Federal estabeleceu uma série de medidas temporárias e excepcionais destinadas ao enfrentamento do novo Coronavírus. Dentre elas, estão: o isolamento (art. 3º, I), a quarentena (art. 3º, II), os exames médicos (art. 3º, III, a), os testes laboratoriais (art. 3º, III, b), a coleta de amostras clínicas (art. 3º, III, c), a vacina e outras medidas profiláticas (art. 3º, III, d), os tratamentos específicos para o novo Coronavírus (art. 3º, III), a restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de entrada e saída do País (art. 3º, VI, a) e locomoção interestadual e intermunicipal (art. 3º, VI, b).

O uso dessas medidas gerou a necessidade de novos estudos sobre o COVID-19. É nesse cenário que especialistas da área de saúde — em seus vários campos de atividade — apresentaram novas pesquisas sobre outras medidas preventivas de transmissão e contágio do mesmo vírus, incluindo o uso da máscara facial (de tecido, cirúrgica, N-95, PFF2, caseira ou artesanal, dentre outras).

Com base nas evidências sobre a eficácia do uso da máscara no cenário pandêmico

do COVID-19, o Governo Federal promulga a Lei 14.019/2020 (Lei Nº 14.019, DE 2 JULHO DE 2020) para dispor sobre uso obrigatório desse item como medida sanitária destinada ao enfrentamento do mesmo vírus. Tal Lei alterou a Lei Nº 13.979/2020, acrescentando o artigo 3º-A: “É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos”.

Esse conjunto de medidas indicam que o Estado Brasileiro adotou o uso obrigatório da máscara facial individual como medida preventiva e de controle do vírus, de acordo com as diretrizes recomendadas pela OPAS e OMS à luz das análises estratégicas em Saúde e das evidências científicas sobre a eficácia do uso da máscara contra a pandemia do COVID-19 no mundo.

Esse trajeto pode ser acompanhado a partir da Tabela 1-A, que lista as medidas adotadas pelo Poder Executivo Federal em resposta ao COVID-19:

PREVISÃO (P) e STATUS (S) DA MEDIDA	MEDIDA LEGISLATIVA	TEXTO LEGAL
S; A	LEI FEDERAL nº 13.979, 6 de fev. 2020	Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.
S; V	DECRETO FEDERAL Nº 06, 18 de mar. 2020	Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.
p; O; V	LEI FEDERAL Nº 14.019, 2 de jul., 2020	Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos [...]

Tabela 1 - Leis e Decretos em resposta ao novo Coronavírus (COVID-19), distribuídos em entidades federativas

Tabela 1.A - Leis e Decretos federais em resposta ao COVID-19

Fonte: elaborado pelos autores, com base nos dados da pesquisa

A pandemia do novo Coronavírus surtiu efeitos em todo o território brasileiro, o que levou os demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) a disporem sobre medidas restritivas de enfrentamento a tal vírus, dentre elas, o uso da máscara facial em estabelecimentos e vias públicos e privados acessíveis à sociedade e em transportes públicos e coletivos.

Acompanhando a estratégia da União em resposta à tal pandemia, o Estado de Pernambuco editou decretos e leis que dispuseram sobre medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, em consonância a Lei Federal Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

No que tange à máscara facial, porém, o Estado de Pernambuco adotou uma estratégia diferente daquela utilizada pelo Poder Executivo Federal.

À luz das evidências sobre a eficácia do uso da máscara no cenário pandêmico do COVID-19, este ente estabeleceu, de um modo confuso⁶, a partir do dia 23 de abril de 2020, através do Decreto de nº 48.969, a obrigatoriedade do uso de máscara para o exercício de atividade essencial, no período de enfrentamento da mesma crise sanitária decorrente da pandemia do COVID-19.

Excepcionalmente, o Estado dispensou, através da Lei Ordinária Estadual de nº 17.141, de 1 de janeiro de 2021, da obrigatoriedade da Lei as pessoas a) com transtorno do espectro autista, com deficiência intelectual, com deficiências sensoriais ou com quaisquer outras deficiências, comprovadas por laudo médico, ou com b) três anos de idade; sob a justificativa de que essas debilidades poderiam impedir o uso adequado da máscara.

A Tabela 1-B apresenta a listagem das leis e decretos editadas pelo Estado de Pernambuco entre janeiro de 2020 e dezembro de 2021.

⁶ A Ementa da Lei diz que o uso é obrigatório. Entretanto, o *caput* do Art. 1º da mesma lei informa que o uso da máscara é recomendado, no território do Estado de Pernambuco, em especial pelas pessoas que precisem sair de casa e circular pelas vias públicas para exercer atividades ou adquirir produtos essenciais.

PREVISÃO (P) e STATUS (S) DA MEDIDA	MED. LEG.	TEXTO LEGAL
S-; R	DECRETO ESTADUAL Nº 48.809, de 14 de mar. 2020	Regulamenta, no Estado de Pernambuco, medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, conforme previsto na Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.
S-; A	DECRETO ESTADUAL Nº 48.833, de 20 de mar. 2020.	Declara situação anormal, caracterizada como “Estado de Calamidade Pública”, no âmbito do Estado de Pernambuco, em virtude da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.
p; F; r	DECRETO ESTADUAL Nº 48.969, de 23 de abr. 2020	Estabelece a obrigatoriedade do uso de máscara para o exercício de atividade essencial no período de enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Art. 1º Fica recomendado o uso de máscara, mesmo que artesanal, pela população em geral, no território do Estado de Pernambuco, notadamente pelas pessoas que tenham de sair de casa e circular pelas vias públicas para exercer atividades ou adquirir produtos ou serviços essenciais, inclusive quando se utilizem do transporte público.
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 49.055, de 31 de mai. 2020	Art. 2º Permanece obrigatório, em todo território do Estado de Pernambuco, o uso de máscara, mesmo que artesanal, pelas pessoas que tenham de sair de casa e circular em vias públicas para exercer atividades ou adquirir produtos ou serviços essenciais.
p; O; A	LEI ESTADUAL Nº 16.918, 18 de jun. 2020	Art. 1º É obrigatória no Estado de Pernambuco a utilização de máscaras de proteção em espaços públicos enquanto durar o "Estado de Calamidade Pública", conforme Decreto do Poder Executivo de nº 48.833, de 20 de março de 2020.
p; O; V	DECRETO ESTADUAL Nº 49.252, de 31 de jul. 2020	Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 16.918, de 18 de junho de 2020, que dispõe, no âmbito do Estado de Pernambuco, sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras nos espaços que indica durante o período da pandemia causada pela Covid-19.
p; O/F; A; V	LEI ORDINÁRIA ESTADUAL Nº 17.141, 1 de jan. 2021	Art. 1º-A. Ficam excepcionalmente dispensadas da obrigatoriedade de que trata esta Lei as pessoas com transtorno do espectro autista, com deficiência intelectual, com deficiências sensoriais ou com quaisquer outras deficiências que as impeçam de fazer o uso adequado de máscara de proteção facial, conforme declaração médica, que poderá ser obtida por meio digital, bem como no caso de crianças com menos de 3 (três) anos de idade
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 50.346, 1 mar. 2021	Art. 2º Permanece obrigatório, em todo território do Estado de Pernambuco, o uso de máscaras pelas pessoas, mesmo que artesanais, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas,

		no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares, inclusive ônibus e táxis
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 50.433, 15 de mar. 2021	Art. 4º Permanece obrigatório, em todo território do Estado, o uso de máscaras pelas pessoas, mesmo que artesanais, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas, no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares, inclusive ônibus e táxis
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 50.470, 26 de mar. 2021	Art. 7º Permanece obrigatório, em todo território do Estado, o uso de máscaras pelas pessoas, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas, no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares [...]
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 50.561, 23 de abr. 2021	Art. 9º Permanece obrigatório, em todo território do Estado, o uso de máscaras pelas pessoas, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas, no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares, inclusive ônibus e táxis.
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 50.846, 11 de jun. 2021	Art. 27. Permanece obrigatório, em todo território do Estado, o uso de máscaras pelas pessoas, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas, no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares, inclusive ônibus e táxis.
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 50.874, 18 de jun. 2021	Art. 14. Permanece obrigatório, em todo território do Estado, o uso de máscaras pelas pessoas, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas, no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares, inclusive ônibus e táxis.
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 50.924, 2 de jul. 2021	Art. 11. Permanece obrigatório, em todo território do Estado, o uso de máscaras pelas pessoas, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas, no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares, inclusive ônibus e táxis.
p; O; r	DECRETO ESTADUAL Nº 51.749, 29 de out. 2021	Art. 6º Permanece obrigatório, em todo território do Estado, o uso de máscaras pelas pessoas, nos espaços de acesso aberto ao público, incluídos os bens de uso comum da população, vias públicas, no interior dos órgãos públicos, nos estabelecimentos privados e nos veículos públicos e particulares, inclusive ônibus e táxis.
p; O; A; V	LEI ORDINÁRIA ESTADUAL Nº 17.472, 4 de nov. 2021	Altera a Lei nº 16.918, de 18 de junho de 2020, que dispõe sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras nos espaços que indica durante o período da pandemia causada pelo Covid-19 e dá outras providências, originada de Projeto de Lei de autoria dos Deputados Joaquim Lira e Simone Santana, a fim de incluir a adoção de medidas que evitem a proliferação do novo Coronavírus (COVID-19) nos estabelecimentos prestadores de serviço de saúde.

Tabela 1.B - Leis e Decretos Estaduais Pernambucanos em resposta ao COVID-19

Fonte: elaborado pelos autores, com base nos dados da pesquisa.

Esse conjunto de medidas adotadas pelo Estado de Pernambuco apontam para mecanismos de combate ao vírus e controle deste no território estadual pernambucano, em conformidade com as diretrizes recomendadas pelos órgãos mundial e nacional da saúde com base nas análises estratégicas em Saúde e das evidências científicas sobre a eficácia do uso da máscara contra a pandemia do COVID-19 em cenário internacional.

Pode-se dizer que o Estado em questão adotou uma estratégia diferente daquela adotada pela União ao incluir, dentre as medidas restritivas existentes (como o distanciamento/isolamento social, quarentena, exames laboratoriais, vacina), o uso da máscara facial em seu território, no decorrer da pandemia do COVID-19.

E no Município de Recife, qual foi a estratégia utilizada no que se refere ao uso da máscara como medida e restritiva de enfrentamento do novo Coronavírus?

A Tabela 1.C expõe a única espécie legislativa editada por esse município, entre janeiro de 2020 e dezembro de 2021, sobre o uso da máscara facial.

PREVISÃO (P) e STATUS (S) DA MEDIDA	MED. LEG.	TEXTO LEGAL
p; V	DECRETO MUNICIPAL Nº 33.640, 24 de abr. 2020	Disciplina, no âmbito do Município do Recife, o uso de máscaras pela população no curso do período de enfrentamento da pandemia decorrente da propagação do Novo Coronavírus (Sars-Cov-2). Art. 1º Fica recomendado o uso de máscaras, mesmo que artesanais, pela população em geral, no Município do Recife, notadamente pelas pessoas que tenham que sair de casa e circular pelas vias públicas, inclusive por meio de transporte público, para exercer atividade laboral ou adquirir produtos ou serviços essenciais.

Tabela 1.C - Leis e Decretos Municipais do Recife em resposta ao COVID-19

Fonte: elaborado pelos autores, com base nos dados da pesquisa.

Percebe-se que o município do Recife seguiu a mesma estratégia adotada pelo Estado de Pernambuco no que tange ao uso da máscara em resposta à transmissão do COVID-19 em território estadual. Tal estratégia indica a observância às diretrizes recomendadas pelos órgãos mundial e nacional da saúde com base nas análises estratégicas em Saúde e das evidências científicas sobre a eficácia do uso da máscara contra a

pandemia do COVID-19 em cenário internacional. Porém, diferentemente do disposto nas normas das outras esferas, o ente municipal recifense optou por recomendar (e não estabelecer a obrigatoriedade), o uso da máscara em seu território, em especial pelas pessoas que tenham que sair de casa e circular pelas vias públicas, inclusive por meio de transporte público, para exercer atividades essenciais.

5. O USO DA MÁSCARA FACIAL E DIVERGÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DESSA MEDIDA: UM ESTUDO DE CASO DA DECISÃO COLEGIADA ADF 672 MC-REF/DF

No dia 13 de outubro de 2020, em sessão Virtual⁷ histórica de julgamento do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Luiz Fux e Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, os Ministros(as) desta Corte confirmaram, por unanimidade, a conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo e, no mérito, julgou parcialmente procedente a Arguição de Preceito Fundamental de número 672, para assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II, e 198, da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos. Tal sessão foi composta pelos seguintes Ministros: Luiz Fux (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes (Relator).

A pesquisa que deu origem a este artigo submeteu a decisão colegiada da ADPF 672 MC-REF/DF⁸ à metodologia qualitativa do estudo de caso, porque é uma ferramenta de pesquisa empírica adequada a analisar o caso a partir do confronto entre a teoria sobre como os agentes institucionais deveriam se comportar no que tange às medidas restritivas

⁷ A sessão foi realizada, virtualmente, durante os dias 02 de outubro de 2020 e 09 de outubro do mesmo ano. A escolha pela ferramenta de videoconferência se deu em razão das medidas administrativas restritivas de isolamento social decorrentes da pandemia do novo Coronavírus.

⁸ Visando à viabilidade da pesquisa com base nos recursos disponíveis, recorreu-se apenas a decisão de Referendo da ADPF 672, a qual está disponível para acesso e leitura no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código F71D-7E41-B9EF-1941 e senha D587-ACF6-51FF-9B37.

em resposta ao COVID-19 (a máscara facial) e as particularidades do caso (o Estado de Calamidade Pública provocado por esse vírus) (YIN, 2005; BAUER; GASKELL, 2002).

A partir do material coletado (o Acórdão de Referendo na Medida Cautelar na ADPF 672/DF, proferido no Plenário do Supremo Tribunal Federal), conheceu-se e analisou-se os argumentos utilizados pelo Ministro Relator e pelos demais Ministros do mesmo Tribunal para julgar o mérito da demanda submetida ao Plenário.

Dando início a análise, a ADPF 672 fora promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o Poder Executivo Federal em razão dos atos omissivos e comissivos praticados por este ente no período de Estado de Calamidade Pública decorrente da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19).

O Quadro 2 a seguir apresenta trechos dos argumentos utilizados pela parte autora e pela parte ré, que permitem uma visão panorâmica sobre a demanda em questão. Parte deles correspondem exatamente à fala do Autor e do Réu; a outra parte foi construída a partir do relatório do Ministro Relator da mesma demanda de modo a assegurar o conteúdo da fala de cada uma das partes.

Partes	Trechos dos Argumentos extraídos do Acórdão do julgamento da ADPF 672 MC-REF / DF
Conselho Federal da OAB	<p>“o governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária, mas, ao contrário, praticado ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo mundo. [...] A finalidade dessa medida seria achatar a curva de contágio da doença [...] a atuação de Estados e Municípios torna-se ainda mais crucial porque são as autoridades locais e regionais que têm condições de fazer um diagnóstico em torno do avanço da doença e da capacidade de operação do sistema de saúde em cada localidade. [...] o Presidente da República, em especial, tornou-se um agente agravador da crise. a atuação do Governo Federal na área econômica seria insuficiente para garantia da manutenção da produção, emprego e renda de diversos setores da economia, de forma mais sensível para trabalhadores informais e população de baixa renda. Relata como preceitos fundamentais violados: o direito à saúde (art. 6º, caput, e art. 196 da CF) e o direito à vida (art. 5º, caput, da CF); o princípio federativo (art. 1º, caput, da CF), na medida em que o Presidente da República age para esvaziar e desacreditar políticas adotadas por outros entes federativos com fundamento em suas respectivas competências constitucionais (art. 23, II, e art. 24, XII, da CF); e a independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF)”.</p>
Presidente da República	<p>“o Governo Federal vem adotando todas as providências possíveis para o combate ao novo coronavírus”.</p>
Advocacia-Geral da União	<p>“A AGU abordou as medidas efetivamente adotadas pelo Presidente da República e pelo Governo Federal no enfrentamento da pandemia do coronavírus, entre os quais menciona a edição de 13 (treze) medidas provisórias, 17 (dezesete) decretos e 2 (duas) leis, além de projetos e ações diversos a cargo de vários Ministérios e entes da Administração Indireta. [...] a AGU pretendeu demonstrar que todos os atos passíveis de controle de constitucionalidade - dotados de uma solenidade oficial mínima, que permita o seu reconhecimento como ato estatal - estão de acordo com as políticas adotadas no mundo e com as recomendações científicas, sanitárias e epidemiológicas. E que o Governo Federal estaria comprometido com políticas de isolamento social, como medida para prevenção contra a disseminação do novo coronavírus: todas as ações concretas do Governo demonstram estar de acordo com as políticas adotadas no mundo, com as recomendações da OMS. [...] a AGU reconheceu a competência concorrente da União e dos Estados para atuar na área da saúde (art. 24, XII, da CF), com base na qual foi editada a Lei 13.979/2020, que não afastou a competência dos demais entes federados, mas apenas estabeleceu as orientações gerais, destacando a competência de cada autoridade, a fim de que o território brasileiro adotasse com uniformidade as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do COVID-19. [...] o Governo Federal vem adotando todas as providências possíveis para o combate ao novo coronavírus, implementando medidas que buscam (i) garantir o isolamento social da população para evitar a rápida disseminação do coronavírus (COVID-19), e (ii) assegurar o emprego e a renda da população.</p>

Quadro 2 - Argumentos das Partes da ADPF 672 MC-REF/DF

Fonte: Elaborado pelos autores, com base no Acórdão de Referendo na Medida Cautelar da ADPF 672/DF (disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal).

Percebe-se que o conflito em questão diz respeito à defesa ao direito fundamental à saúde durante o Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente da pandemia do novo Coronavírus e ao papel das entidades federativas Estaduais e Municipais para agir nesse cenário.

Além disso, o relatório do Ministro Relator, Alexandre de Moraes, mostra indícios da prática de atos omissivos e comissivos por parte do Poder Executivo Federal e de sua respectiva autoridade (a Presidência da República) no decorrer dessa pandemia, o que contribuiu para um cenário ainda mais gravoso dessa crise sanitária pública de importância mundial.

Diante desse quadro, o Ministro Relator, Alexandre de Moraes, proferiu o VOTO no sentido confirmar a medida cautelar e, no mérito, julgar parcialmente procedente a ADPF 672/DF, para assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituinte Federal ao aplicar a Lei 13.979/20 e dispositivos relacionados a esta.

O Quadro 3 a seguir traz trechos dos argumentos utilizados por esse Ministro em seu VOTO. Tais argumentos foram acolhidos pelos demais Ministros que participaram do julgamento ADPF em questão.

Ministro do Supremo Tribunal Federal	Voto	Trechos dos argumentos extraídos Acórdão do julgamento da ADPF 672 MC-REF/DF
Alexandre de Moraes (Relator)	<p>“Em vista do exposto, VOTO pela CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR, e, no mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ADPF, para assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Ressalte-se, por fim, como feito na concessão da medida liminar, que a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.”</p>	<p>“em momentos de acentuada crise, o fortalecimento e ampliação da cooperação entre os três Poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes [...] é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade. [...] impõe-se reconhecer ausente de fundamento constitucional qualquer iniciativa do Poder Executivo federal que vise a desautorizar medidas sanitárias adotadas pelos Estados e Municípios com o propósito de intensificar ou ajustar o nível de proteção sanitária e epidemiológica nos âmbitos respectivos, com fundamento em orientações de seus órgãos técnicos. [...] Todavia, a competência dos Estados e Municípios nessa matéria não desonera a União do múnus de atuar como ente central no planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública, em especial de segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia da COVID-19 [...] os Estados e os Municípios possuem competência material para implementar as medidas sanitárias previstas na Lei Federal 13.979/2020, desde que fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo.”</p>

Quadro 3 - Voto e Argumentos do Ministro Relator da ADPF 672/DF

Fonte: Elaborado pelos autores, com base no Acórdão de Referendo na Medida

Cautelar da ADPF 672/DF (disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal).

Percebe-se que a Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito baseou-se na existência de precedentes de tal Corte Suprema no que tange à matéria de fundo⁹, nos termos do artigo 12 da Lei Nº 9.868/1999. Tais precedentes possuem como pano de fundo o reconhecimento do exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios e o direito respectivo para adotar ou manter medidas restritivas legalmente permitidas (como o distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, dentre outras) durante a pandemia do novo Coronavírus.

Este artigo, no caso sob análise (ADPF 672 MC-REF/DF) identificou um único bloco decisório (Quadro 4), formado a partir do Acórdão proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na sessão de julgamento, com base no Voto do Ministro Relator da demanda, Ministro Alexandre de Moraes:

Bloco Decisório	Acórdão do julgamento da ADPF 672 MC-REF/DF
Ministros: Luiz Fux (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes (Relator).	“O Tribunal, por unanimidade, confirmou a medida cautelar e, no mérito, julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II, e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário, ressaltando-se, como feito na concessão da medida liminar, que a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente, nos termos do voto do Relator.”

Quadro 4 – Bloco Decisório e Acórdão proferido no julgamento da ADPF 672/DF

Fonte: Elaborado pelos autores, com base no Acórdão de Referendo na Medida Cautelar da ADPF 672/DF (disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal).

⁹ O Ministro Relator, Alexandre de Moraes cita os seguintes precedentes: ADI 4.163, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 1º/3/2013; ADI 4.925, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/3/2015; ADI 5.253, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 1º/8/2017; ADI 4.788 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 8/8/2017; ADI 6.083, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2019, DJe de 18/12/2019; e ADI 6.031, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/3/2020, DJe de 16/4/2020.

O Bloco Decisório acima identificado corresponde à maioria absoluta dos Ministros que se posicionaram a favor da efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II, e 198, da CF/88 ao aplicar a Lei 13.979/20 e dispositivos conexos e do reconhecimento do exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, sobre as medidas restritivas sanitárias de ordem pública relativas à pandemia do COVID-19.

Nesse sentido, o Acórdão consubstancia-se no argumento de que cada entidade federativa, no exercício de suas atribuições e em seus respectivos territórios, goza do direito de adotar e manter medidas restritivas legalmente permitidas (como o uso da máscara facial) durante o enfrentamento ao Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente da pandemia do COVID-19, desde que sejam absolutamente respeitados o equilíbrio institucional e a harmonia e independência entre os Poderes e suas respectivas esferas federativas (União, Distrito Federal, Estados e Municípios).

6. CONCLUSÃO

Como as normas do Município do Recife/PE sobre o uso da máscara foram alteradas ao longo do Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente do novo Coronavírus (Sars-CoV-2)? O estudo dos elementos qualitativos do caso referente ao julgamento da ADPF 672-MC-REF/DF pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal trouxe dados que podem responder ao problema de pesquisa que deu origem a este artigo.

A análise dos dados coletados a partir do levantamento das leis e decretos editadas, entre janeiro de 2020 a dezembro de 2021, permitiu identificar a) a preocupação dos Ministros do Supremo Federal com os efeitos do Estado de Calamidade Pública decorrente da pandemia do COVID-19 no país e com as escolhas administrativas executivas dos entes federativos quanto às políticas públicas de controle e enfrentamento a tal crise sanitária; b) a divergência entre política entre o Poder Executivo Federal e os demais entes no tocante aos critérios e intensidade das medidas restritivas a serem tomadas; c) a divergência entre o

Poder Executivo Estadual de Pernambuco e o Poder Executivo Municipal do Recife no que se refere ao caráter de obrigatoriedade da medida de uso da máscara facial em seus respectivos territórios.

No que se refere à estratégia legislativa, ao analisar as leis e decretos editadas nos âmbitos Federal, Estadual e Municipal, ao longo do quadro de emergência de saúde pública causado pelo COVID-19, verificou-se que, no município do Recife, havia apenas uma norma sobre o uso máscara, que tornavam o seu uso recomendado (e não obrigatório). Ao passo que existiam mais de dez normas de nível Federal e Estadual que impuseram ao cidadão o uso desse item, em cumprimento às medidas restritivas destinadas ao enfrentamento ao novo Coronavírus e à luz das evidências científicas e em análises estratégicas em saúde no país.

Com base na revisão da literatura desenvolvida, constatou-se que o uso da máscara facial individual trata-se de uma das medidas preventivas e de controle do novo Coronavírus adotadas pelo Estado Brasileiro de acordo com as diretrizes recomendadas pelos órgãos mundiais da saúde em nível nacional (MS) e internacional (OMS, OPAS), com base nas recentes evidências científicas sobre a pandemia do alusivo vírus em cenário nacional e internacional.

Este artigo não pretendeu discutir o monitoramento do uso da máscara enquanto política pública em resposta à pandemia do novo Coronavírus no país. Este é outro interessante e necessário assunto a ser desenvolvido através de pesquisas inter e multidisciplinares, com base em monitoramento de políticas públicas subnacionais através de banco de dados¹⁰, e em controle de caso populacional, que demonstrem a quantidade, grau e nível de casos de COVID-19 no município a partir do implemento da medida do uso

¹⁰ Petherick e colaboradores (2020) apresentam um modelo empírico com base em dados estatísticos para monitorar as medidas governamentais adotadas no Brasil e analisar se elas atendem aos critérios da OMS para se flexibilizar as medidas restritivas no país. Trata-se da extensão do Projeto Blavatnik School of Government da Universidade de Oxford ("Oxford COVID-19 Government Response Tracker"), intitulado "BRAZIL'S COVID-19 POLICY RESPONSE", o qual se utiliza do sistema "OxCGRT Brazil Subnational Coders", no qual pesquisadores brasileiros parceiros monitoram as medidas governamentais adotadas pelos municípios brasileiros (inclusive, o de Recife/PE) como resposta ao novo Coronavírus e as codificam dentro de um sistema cuja base de dados está ligada ao Projeto originário.

da máscara e de outras medidas preventivas e de controle desse vírus.

7. REFERÊNCIAS

BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BORGAN, Ørnulf; BRESLOW, N.E., CHATTERJEE, N. **Handbook of statistical methods for case-control studies**. Boca Raton: CRC Press/Chapman and Hall, 2018.

BRESLOW, Norman E. Statistics in epidemiology: the case-control study. **Journal of the American Statistical Association**, v. 91, n. 433, p. 14-28, 1996.

BRITO, Marina Falcão Lisboa; BARROS, Livia Dias. A PANDEMIA DA COVID-19 E O RISCO DOS MEDICAMENTOS "MILAGROSO": O USO OFF LABEL DA CLOROQUINA E HIDROXICLOROQUINA. In: TEIXEIRA, João Paulo Allain. Pensar a pandemia: **Perspectivas críticas para o enfrentamento da crise**. São Paulo, Tirant Brasil, 1ª ed, 2020, p. 307-316.

DIREITOS NA PANDEMIA (Boletim) - **Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil**. 2020. São Paulo: Conectas Direitos Humanos/Centro de Pesquisas e Estudos sobre Direito Sanitário (CEPEDISA) da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.

FOWLER, James H. et al. The effect of stay-at-home orders on Covid-19 infections in the United States. **arXiv preprint arXiv:2004.06098**, 2020.

GAIL, Mitchell H. **Case-Control Study, Population Based**. Wiley StatsRef: Statistics Reference Online, 2014.

GARCIA, Leila Posenato; DUARTE, Elisete. Intervenções não farmacológicas para o enfrentamento à epidemia da Covid-19 no Brasil. **Epidemiol. Serv. Saúde**, 29 (2), 9, abr. 2020.

GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; ANDRADE BARBOSA, Luis Felipe. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E LEALDADE FEDERATIVA: STF AFIRMA PROTAGONISMO DOS GOVERNADORES NO ENFRENTAMENTO À COVID-19 (Public Health Policies and Federative Loyalty: STF Affirms Protagonism of Governors in Facing COVID-19). **Revista Direito Público**, v. 17, n. 94, 2020.

GONÇALVES, Marcelo Rodrigues et. al. Social Distancing, Mask Use and the

Transmission of SARS-CoV-2: A Population-Based Case-Control Study. **SSRN Preprints with Lancet**. 2020 Dec 8 [preprint].

HUANG, Chaolin et al. Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China. **The lancet**, v. 395, n. 10223, p. 497-506, 2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30183-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30183-5).

KRAEMER, Moritz et al. The effect of human mobility and control measures on the Covid-19 epidemic in China. **Science**, v. 368, n. 6490, p. 493-497, 2020.

MAIA FILHO, Mamede Said Maia. Medidas de Emergência no Contexto da Covid-19. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, p. 170-195, 2022.

ONU. "**Todos na luta contra uma pandemia sem precedentes**". Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1709332>. Acesso em 18 de mar. 2022.

OPAS. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic> . Acesso em: 28 de abril de 2022.

OPAS. Distanciamento social, vigilância e sistemas de saúde mais fortes são chaves para controlar a pandemia de COVID-19, afirma diretor da OPAS, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6188:distanciamento-social-vigilancia-e-sistemas-de-saude-mais-fortes-sao-chaves-para-controlar-pandemia-de-covid-19-afirma-diretora-da-opas&Itemid=812. Acesso em: 31 de mai. 2022.

OPAS. **Folha informativa sobre COVID-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 31 mai. 2022.

PEREIRA, Mara Dantas et. al. A pandemia de COVID-19, o isolamento social, consequências na saúde mental e estratégias de enfrentamento: uma revisão integrativa. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 7, p. 1-35, e652974548-e652974548, 2020.

PETHERICK et. al. "**Variation in Government Responses to COVID-19**" Version 6.0. Blavatnik School of Government Working Paper. 2020. Disponível em: www.bsg.ox.ac.uk/covidtracker.

SANTARSIERO, A. et al. Effectiveness of face masks for the population. **Ann Ig**. 2021 Jul-Aug;33(4):347-359. doi: 10.7416/ai.2020.2390.

SHE et. al. 2019 novel coronavirus of pneumonia in Wuhan, China: emerging attack and management strategies. **Clinical and Translational Medicine**, v. 9, n. 1, p. 1-7, 2020.

SIFUENTES-RODRÍGUEZ, Erika; PALACIOS-REYES, Deborah. Covid-19: The outbreak caused by a new coronavirus. **Bol Med Hosp Infant Mex**, v. 77, n. 2, p. 47–53, 2020.

UEKI, H. et. al. Effectiveness of mace masks in preventing airborne transmission of SARS-CoV-2. **MSphere**, v. 5, n. 5, p. e00637-20, 2020.

WHO. **World Health Organization (COVID-19) situation reports**. 2020. Disponível em:

https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200514-covid-19-sitrep-115.pdf?sfvrsn=3fce8d3c_6 .

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZHU, Na et. al. A novel coronavirus from patients with pneumonia in China, 2019. **New England Journal of Medicine**, 2020.

Data da submissão: 31/05/2022

Data da primeira avaliação: 16/06/2022

Data da segunda avaliação: 26/06/2022

Data da aprovação: 30/09/2023

A CONSTITUIÇÃO LINGUÍSTICA: UMA HOMENAGEM A *HERMENÊUTICA JURÍDICA E(M) CRISE*

THE LINGUISTIC CONSTITUTION: A TRIBUTE TO LEGAL HERMENEUTICS AND CRISIS

Luã Nogueira Jung¹

RESUMO: Este texto consiste em uma homenagem à obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, de Lenio Streck. Ao destacar a relevância do livro em questão para a hermenêutica jurídica brasileira, ressalta-se a centralidade da filosofia da linguagem e, particularmente, da concepção constitutiva da linguagem para os debates contemporâneos sobre estatuto teórico do direito, em contraposição à filosofia da consciência e à concepção designativa da linguagem. Tomando-se a obra de Streck como ponto de partida, realiza-se uma reapropriação da perspectiva hermenêutica apresentada pelo professor, em diálogo com autores desta tradição. A partir de uma perspectiva metodológica hermenêutica, a partir da qual a historicidade de conceitos é interpretada e, nesse sentido, atualizada, pretende-se expor a contínua relevância de temas explorados pelo livro em questão, evidenciando-se, nesse sentido, a crise de paradigmas teóricos que persiste no direito brasileiro.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica e(m) crise; Lenio Streck; Filosofia da linguagem; Interpretação; Hermenêutica filosófica.

ABSTRACT: This text is a tribute to the work *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, by Lenio Streck. The relevance of the book in question for Brazilian legal hermeneutics is highlighted, as well as the centrality of the philosophy of language and, particularly, of the constitutive conception of language for contemporary debates on the theoretical status of law, as opposed to the philosophy of conscience and the designative conception of language. Taking Streck's work as a starting point, a reappropriation of the hermeneutic perspective presented by the professor is carried out, in dialogue with authors of this tradition. From a hermeneutic and critical methodological perspective, it is intended to expose the continued relevance of themes explored by the book in question, evidencing, in this sense, the crisis of theoretical paradigms that persists in Brazilian law.

Key-words: Hermenêutica jurídica e(m) crise; Lenio Streck; Philosophy of language; Interpretation; philosophical hermeneutics

¹ Mestre e doutor em Filosofia pela PUCRS. Pós-doutorado em Direito Público pela UNISINOS. Professor do PPG Direito UNESA-RJ; e-mail: lnogueirajung@gmail.com; Lattes: 0205633431595802; ORCID: 0000-0001-5759-8945

Sumário: 1. Introdução; 2. Naturalismo, Linguagem e Direito; 3. O aspecto constitutivo da linguagem; 4. Considerações finais; 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente texto é uma homenagem à obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, do professor Lenio Streck. De forma pioneira, principalmente na cultura jurídica brasileira, a obra faz um resgate da tradição hermenêutica e a relaciona às condições teóricas a partir das quais podemos desenvolver concepções sobre o conceito de direito, de interpretação jurídica e como estes temas teóricos se vinculam à práxis democrática.

O livro em questão, publicado em 1999, operou uma verdadeira reviravolta na hermenêutica jurídica (OLIVEIRA, 2013), bem como na educação jurídica brasileira. O desenvolvimento que Streck estabelece entre teses de autores da tradição hermenêutica como Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e interpretativista do direito como Ronald Dworkin, denunciando problemas teóricos do positivismo jurídico, sem, contudo, deixar de relacionar este panorama a deficiências crônicas da prática jurídica nacional, apresentou à época a diversos estudantes, juristas e pesquisadores um novo horizonte a ser explorado e provocou, como ainda provoca, reflexões valiosas para uma crítica ao senso comum teórico do campo jurídico.

Tendo em vista a crescente instrumentalidade do direito brasileiro e a descrença de seus agentes acerca da importância da teoria e da reflexão, o livro aqui homenageado, bem como a obra do professor como um todo, constitui uma abertura a partir da qual podemos (e devemos) dizer que o direito enquanto fenômeno humano é muito mais do que aquilo que dizem os tribunais ou do que as consequências quantificáveis do (ab)uso do poder indicam.

As diferenças paradigmáticas abordadas neste breve texto integram o pano de fundo de grandes conflitos teóricos contemporâneos para os quais a obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise* aponta, iluminando a dogmática jurídica brasileira. E o faz a partir do que Cirne-lima chama de dialética ascendente. Isto é: partir da concretude à abstração, da

prática à teoria – sem deixar de retornar à prática. Em outras palavras, os problemas que originam as considerações teóricas do livro têm como premissa a cotidianidade da vida jurídica e a sua prática contaminada pelo senso comum. É nesta dimensão que o professor Lenio percebe idiossincrasias cuja solução nos remete a debates filosóficos estruturantes.

Entre os problemas filosóficos tratados pela obra, a questão da linguagem como condição de possibilidade de abordagem do fenômeno jurídico tem proeminência. Em *Hermenêutica jurídica e(m) crise* desenvolve-se o percurso da filosofia da linguagem, que vai de *Crátilo* à hermenêutica filosófica. A partir desta reconstrução histórico-conceitual, propõe-se que muitas contradições do discurso jurídico e, principalmente, a defesa de relativismos no âmbito da teoria da decisão judicial tem como fundamento a perpetuação da filosofia da consciência, que é correlata à concepção designativa de linguagem, sobre a qual tecerei alguns comentários adiante.

Em contraposição ao “senso comum teórico dos juristas”², Streck propõe a comunhão da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e da teoria interpretativista de Ronald Dworkin como uma alternativa crítica ao quadro subjetivista em que a prática jurídica é retratada no Brasil. Temas como a intersubjetividade linguística, a normatividade da tradição e a justificação e coerência como critérios normativos de uma interpretação/aplicação jurídica são desenvolvidos a partir destes autores e contextualizados à realidade e história institucional do nosso país.

A primeira edição de *Hermenêutica e(m) crise*, como mencionado, data de 1999. Tendo em vista a época de seu lançamento, constata-se o propósito claro de oferecer uma alternativa a partir da qual seria possível reconduzir a teoria jurídica a uma metodologia de tratamento adequada ao novo panorama normativo apresentado pela Constituição Federal de 1988. Conceber o “novo” com os olhos do novo, como diria Streck.

É verdade, todavia, que, mesmo depois deste período de mais de vinte anos, o apelo

² Conceito cunhado Luis Alberto Warat, cujas ideias permeiam a obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, bem como foram marcantes na formação de tantos outros relevantes pensadores do direito no Brasil. Ver: WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito. I – Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

ao senso crítico e incomum da obra ainda se faz premente. Mesmo que suas provocações filosóficas na teoria brasileira do direito surtam até hoje efeitos positivos, o senso comum lá denunciado persiste como linguagem inautêntica no seio da dogmática e das práticas jurídicas cotidianas. Como afirma Heidegger, o senso comum “defende seu direito usando a única arma que dispõe. Esta é o apelo à ‘evidência’ de suas pretensões críticas” (HEIDEGGER, 1973). Precisamos, portanto, a cada dia, redescobrir as novas formas de manifestação do senso comum e submetê-las a um “raio-X epistêmico”.

Com esse intuito, pretendemos desenvolver no primeiro tópico deste texto linhas gerais de uma concepção contemporânea influente na filosofia, na ciência, e que se torna, a cada dia, pressuposto de novas teses jurídicas. Trata-se do naturalismo. Tal postura serviu como base de correntes utilitaristas, positivistas, realistas (no sentido jurídico) e, principalmente hoje, constitui o “paradigma” em que se movem os defensores da expansão da inteligência artificial no direito. Daremos ênfase ao aspecto linguístico que transpassa esta concepção global, a qual, como será mais aprofundado no segundo tópico, chamamos de concepção designativa de linguagem, em contraposição à concepção constitutiva de linguagem. Diante dos propósitos deste texto, tal problema nos levará a um dos principais núcleos de *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: a relevância da filosofia da linguagem e de como ela determina os rumos de práticas interpretativas como o direito. Ao revisitar a tradição hermenêutica a partir daquilo que Charles Taylor chama de tradição HHH (Hamman, Herder e Humboldt), em contraposição à tradição HCL (Hobbes, Condillac e Locke), pretendemos apontar como a obra aqui homenageada, no que tange a estes temas, permanece atual e estabelece um importante horizonte alternativo ao senso comum e seu apelo à evidência.

2. NATURALISMO, LINGUAGEM E DIREITO

Vivemos em uma época de grande avanço da técnica. O progresso com que as ciências naturais aprofundam o conhecimento de certas dimensões da realidade leva-nos a acreditar que cabem a elas, às ciências naturais, determinar o que é o real em si ou como

um todo. A partir desta pressuposição, em si problemática, acredita-se que as únicas respostas verdadeiras, inclusive sobre o que é o ser humano e seus objetos particulares de reflexão – práticas, instituições e valores – são limitadas pela explicação das ciências naturais.

Um exemplo paradigmático, nesse sentido, é a associação da neurociência com a ciência da computação. Acredita-se que, através do mapeamento cerebral e da possibilidade de codificação deste processo, definir-se-á o conceito de mente e, portanto, de humano. Será possível, então, predizer matematicamente estados de consciência e suas consequências práticas, bem como reproduzir artificialmente tais estados de consciência. Uma vez atingido este estágio, que estaria próximo de ser alcançado (KURZWEIL, 2005), encerra-se os debates místicos e seculares sobre todos os demais aspectos controversos da vida humana, considerados como epifenômenos. Este quadro representa aquilo que alguns autores chamam de naturalismo, fisicalismo ou materialismo e, especificamente em relação à definição de conceitos como a mente, neurocentrismo ou cérebrocentrismo³.

O naturalismo filosófico contemporâneo representa uma corrente de pensamento na história da filosofia a qual, apesar de distinções conceituais, guarda linearidade em termos de pressupostos. Podemos destacar, nesse sentido, (i) uma concepção metafísica fisicalista, segundo a qual aquilo que existe, o mundo, se limita ao conjunto de fatos a serem descritos pelas ciências⁴ (ii) uma epistemologia empirista, pautada pelo critério de verificação e (iii) uma teoria designativa da linguagem.

Animados com a possibilidade de ter rapidamente em mãos a “chave mestra do real”, os seus defensores ignoram que as ciências naturais dependem de certas condições teóricas que não são elas mesmas autenticadas pelo método científico em seu sentido

³ Nesse sentido, GABRIEL, Markus. **Neo-Existentialism: How to Conceive of the Human Mind after Naturalism's Failure**. Polity, 2018; FUCHS, Thomas. **Verteidigung des Menschen: Grundfragen einer Verkörpernten Anthropologie**. Suhrkamp Verlag Berlin, 2020.

Ver, nesse sentido, resenha sobre a segunda obra mencionada: CASTRO, Fabio Caprio Leite de; JUNG, Luã Nogueira. **Defesa do humano: questões fundamentais de uma antropologia corporificada, de Thomas Fuchs**. Veritas, Porto Alegre, v. 65, n. 3, p. 1-7, set.-dez. 2020

⁴1.11 - *Die Welt ist durch die Tatsachen bestimmt und dadurch, dass es alle Tatsachen sind.* (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 2016, p. 11.)

contemporâneo. Uma destas condições teóricas que é ignorada pelo naturalismo é a linguagem. Parte-se da pressuposição de que a linguagem é apenas uma ferramenta para a descrição e transmissão dos dados do mundo apreendidos pela mente. Linguagem, nesse sentido, é um instrumento de designação da realidade externa à consciência (e, afinal de contas, da própria consciência, objetificável a partir de dados).

Esta concepção linguística não é algo novo na história do pensamento e tampouco é incontroversa. No entanto, a negação da história da filosofia e das assim chamadas ciências humanas pelo naturalismo contemporâneo implica a ignorância ou desdém ao fato de que suas pressuposições são há muito tempo objeto de disputas teóricas.

Diante de sua “eficiência”, no entanto, o naturalismo penetra cada vez mais nos discursos acerca dos mais variados temas e faz com que os critérios de sucesso da investigação científica passem a ser os critérios de todas as áreas de reflexão. Isto ocorre em diferentes matérias atualmente. Na psicologia, na antropologia, por exemplo, e, especialmente relacionado a este texto, no direito.

O direito seria mais um fato a ser descrito e quantificado pela objetividade científica. Nesse sentido, dissemina-se cada vez mais no âmbito jurídico a ideia de que esta prática e as questões que giram em seu entorno poderão ter seu significado exaurido e as ações que lhe são constitutivas premeditadas pelo referido mapeamento do ente humano e sua possível emulação através do desenvolvimento de uma inteligência artificial.

Ao perder a sua dimensão compreensiva, isto é, de significação, de normatividade e, portanto, de justificação conceitual e linguística, os conceitos relativos à prática jurídica passam a ser um problema meramente empírico. Em outras palavras, o direito é considerado apenas como aquilo que os seus agentes e, particularmente, os seus agentes investidos de poder, dizem que é. À teoria do direito, portanto, incumbe a missão de analisar o processo que leva tais agentes a se pronunciarem desta ou daquela maneira. Uma vez reconstruído tal processo, as questões ancestrais sobre o sentido e fundamentação de conceitos e proposições jurídicas se torna despicienda ou frívola.

É curioso notar, no entanto, como as abordagens supostamente científicas e

objetivas de uma prática humana como o direito conduzem esta prática a sua formulação mais subjetivista. Tomemos os exemplos do positivismo jurídico e do realismo.

Quanto ao positivismo, sabemos da forte relação entre a obra de Hans Kelsen e o Círculo de Viena⁵. O dogma positivista a respeito de proposições sintéticas *a posteriori*, empíricas, e proposições analíticas, tautológicas, bem como a postura emotivista em termos metaéticos daí decorrente (AYER, 1946) é a base a partir da qual Kelsen desenvolve a diferença entre a interpretação científica (descritiva) e a interpretação autêntica (prescritiva). Esse segundo âmbito, como enfatiza o professor Streck, é marcado pela discricionariedade. Afinal, proposições normativas, segundo a perspectiva positivista, não se referem aos entes do “mundo externo”, empíricos, portanto. O raciocínio prático, seja ele ético ou jurídico, está fora do âmbito da epistemologia e é tratado como uma questão de escolha racionalmente imponderável, posto que, para os empiristas lógicos, expressa apenas projeções individuais *sobre* o mundo natural e objetivo⁶.

Quanto ao realismo jurídico, destacamos a proposta de Brian Leiter em artigo intitulado *Heidegger and the Theory of Adjudication*. O autor analisa a utilidade da filosofia hermenêutica desenvolvida por Martin Heidegger para uma teoria da decisão judicial. Após tecer considerações acerca daquilo que Heidegger denomina de *como hermenêutico*, ou seja, o nível pré-compreensivo e antepredicativo de *Dasein*, Leiter conclui que “*se nós não podemos (assim como Heidegger nos faz acreditar) descrever teoricamente como juízes decidem casos, então nós não poderemos dizer a eles com qualquer especificidade como eles deveriam decidir*” (LEITER, 1996, p. 281). A alternativa sugerida pelo autor diante da suposta impossibilidade de uma teoria normativa é a de um “giro naturalista” (em oposição jocosa ao giro linguístico), a partir da qual deveríamos “revisitar a ideia do realismo jurídico de objetivar *apenas* uma teoria descritiva

⁵ Ver, nesse sentido, JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich. **Logischer empirismus und reine rechtslehre: beziehungen zwischen dem kreis und der Hans Kelsen-Schule**. Wien: Springer Verlag, 2001.

⁶ Este tema é explorado em STRECK, Lenio. **A pureza do direito kelseniano**. Estado da Arte, 2021. Disponível em: < <https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/> > Acessado em: 1 de junho de 2022.

adequada do que as cortes realmente fazem, não em termos do que elas dizem que fazem, mas em termos do que *causa* elas a fazerem o que fazem” (LEITER, 1996, p. 282).

A tranquilidade e autoevidência epistemológica sob a qual o naturalismo está assentado possui bases teóricas controvertidas ao longo da história da filosofia. Este movimento teórico ganhou proeminência e é constitutivo da própria modernidade, passando por modificações pontuais que lhe conferiram distintas classificações taxonômicas: empirismo, materialismo, positivismo etc. Como referido, tal quadro teórico é acompanhado de uma concepção designativa da linguagem segundo a qual a linguagem é uma ferramenta de descrição do mundo externo e de comunicação entre indivíduos.

No entanto, ao mesmo tempo em que tais correntes ganharam cada vez mais espaços no discurso social e teórico de suas respectivas épocas, é notável o desenvolvimento de alternativas a este modelo reducionista de compreensão da realidade, da linguagem e do próprio ser humano.

Entre os séculos XVIII e XIX, constata-se uma série de revoltas a este reducionismo nada “inovador”, para usarmos um termo da moda. Dentre tantos pontos de divergência, destacam-se as críticas à concepção meramente designativa da linguagem, à postura objetificante do mundo e do homem e à exaltação da instrumentalidade e quantificação da natureza. Em contraposição às características acima mencionadas, desenvolvem-se alternativas que privilegiam o aspecto constitutivo da linguagem, a autodeterminação do ser humano e a exaltação da cultura e historicidade como formas de manifestação da dimensão espiritual da vida humana. Influenciadas pelo romantismo e pelo idealismo alemão, podemos identificar preocupações centrais que constituirão a base do que hoje chamamos de tradição hermenêutica.

A partir desta tradição, práticas como o direito passaram a ser concebidas como algo mais além de epifenômenos resultantes das relações de causa e efeito descritas por um método supostamente neutro. O direito, assim como demais disciplinas humanas ou, como enfatiza Dilthey, as *Geisteswissenschaften*, torna-se dotado de sentido, de significação. Muda-se a abordagem explicativa por uma abordagem compreensiva.

No próximo tópico, pretendemos lançar luz sobre esta trajetória, enfatizando o aspecto linguístico, determinante para esta contraposição de escolas de pensamento. Nesse sentido, apontaremos autores que foram precursores do estabelecimento de uma alternativa ao quadro epistemológico cientificista de sua época e como as suas teses influenciam a hermenêutica filosófica contemporânea, corrente que, ainda que não isoladamente, representa uma posição alternativa em relação à colonização do mundo da vida pelas ciências naturais. Uma vez concluída esta rememoração, apontaremos como, diante do crescente predomínio da técnica sobre o direito, a influência da hermenêutica em teorias contemporâneas do direito proporciona uma alternativa de defesa da autonomia e, portanto, da dignidade do direito enquanto aspecto da dimensão humana do real.

3. O ASPECTO CONSTITUTIVO DA LINGUAGEM

Em seu livro *The language animal*, Charles Taylor distingue duas propostas modernas que influenciam diretamente grandes debates teóricos contemporâneos. De um lado, o autor destaca a tradição HCL – Hobbes, Condillac e Locke. De outro, a tradição HHH – Hamman, Herder e Humboldt.

A assim chamada tradição HCL é profundamente influenciada pela perspectiva científica de Galileo, segundo a qual entender a realidade é quebrá-la em suas partes componentes, e, então, mapear como elas se combinam. Esta noção de método, herdado inicialmente de Descartes e da epistemologia moderna, é usado por Hobbes, por exemplo, para desenvolver a sua própria concepção política. Para Taylor,

esta epistemologia enfatiza que nosso conhecimento do mundo é construído a partir de ‘ideias’ particulares, ou representações internas da realidade externa. Nós as combinamos para produzir a nossa visão do mundo. O erro ocorre, não nas ideias particulares, mas na maneira como combinamos elas no pensamento. Precisamos fazer isso de maneira atenciosa e metódica para atingir a verdade. A questão chave é a busca por um método. (TAYLOR, 2016, p. 104)

À necessidade de tal método corresponde uma teoria designativa segundo a qual a linguagem seria puramente codificação de informações. Nesse sentido, Hobbes afirma que “o uso geral da fala é o de transferir o nosso discurso mental em verbal; ou o trem de

pensamentos em um trem de palavras” (HOBBS, 1989, p. 18). Assim, a linguagem assume duas funções principais: registrar o pensamento e comunicá-lo (TAYLOR, 2016).

John Locke, por sua vez, adota a noção geral de Hobbes acerca da mente e função epistemológica da linguagem. Para ele, as palavras são “marcas sensíveis das ideias, e as ideias que elas denotam são sua própria significação” (LOCKE, 2014, p. 390). Palavras foram *criadas* por homens como signos de suas ideias, “não por alguma conexão natural que há entre específicos sons articulados e certas ideias, caso contrário haveria apenas uma única linguagem entre todos os homens, mas por imposição voluntária, mediante a qual determinada palavra é arbitrariamente produzida como marca de determinada ideia” (LOCKE, 2014, p. 390). Assim, de acordo com Locke, embora haja no nosso cotidiano uma relação familiar entre palavras e ideias a partir da qual poderíamos vislumbrar uma conexão natural entre ambas, as palavras significam apenas ideias individuais de cada sujeito. Isso, segundo o autor, pode ser observado diante das falhas comunicativas que existem mesmo no interior de uma prática linguística específica estabelecida. Nesse sentido, Locke chega a defender uma “liberdade inviolável de se fazer palavras denotarem qualquer ideia que se queira, uma vez que ninguém possui o poder de fazer os outros terem as mesmas ideias em suas mentes que um determinado sujeito tem, quando os outros usam as mesmas palavras que ele” (LOCKE, 2014, p. 393). De acordo com Taylor, tal compreensão direciona a epistemologia de Locke à fragmentação do nosso pensamento em átomos para que, em um momento posterior, seja possível ver como eles podem ser conectados responsavelmente. Para tanto,

precisamos da linguagem para construir uma imagem verossímil do mundo. O perigo é que podemos ser levados pelo nosso instrumento. A necessidade é de clareza, perspicácia, para ter sempre em mente a fundação do mundo no pensamento. Portanto, definições são cruciais. Há um certo ideal de transparência na linguagem, a sua discricção; ela deveria apenas deixar que o pensamento seja propriamente visto. (TAYLOR, 2016, p. 107)

Em relação a Condillac, Taylor destaca a sua defesa do nominalismo, segundo a qual não há significado enquanto tal, mas apenas o significado de um determinado som X para um determinado objeto A, B, ou C:

encontramos uma posição firmemente anti-Crátilo; significados são todos arbitrários; eles são estabelecidos por um certo povo. Em termos de Saussure, eles são ‘imotivados’: nada em um signo demanda que ele tenha este ao invés daquele significado. Todos os símbolos linguísticos são ‘instituídos’ (expressão de Condillac) em algum ponto. Eles são criações humanas e podem ser alterados por humanos. (TAYLOR, 2016, p. 110)

Estas são algumas das características teóricas do que Taylor chama, como apontado, de tradição HLC. Em síntese, esta tradição representa uma concepção designativa, instrumental e atomista acerca da linguagem humana. Em contraposição a esta corrente, que, como explorado por Taylor, influencia aquilo que podemos chamar de filosofia analítica da linguagem, temos a tradição denominada pelo filósofo canadense de HHH. Formada por Hamman, Herder e Humboldt, esta corrente, por sua vez, desenvolverá uma abordagem constitutiva, expressiva e holística acerca da linguagem humana. Cabe destacar, nesse sentido, que Vittorio Hösle, em sua *Breve história da filosofia alemã*, também aponta para o fato de que a oposição feita por estes autores à *Aufklärung* antecede o debate contemporâneo entre filosofia analítica e filosofia continental (HÖSLE, 2017).

Com efeito, é a partir destes autores que Streck desenvolverá o caminho percorrido em *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, no qual o autor expõe a relevância da filosofia da linguagem para a teoria do direito:

Tão importantes são tais autores que Cristina Laffont os coloca como precursores do rompimento com o paradigma instituído pela filosofia da consciência. Ou seja, no paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento de designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática, representado pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. (STRECK, 2011, p. 183)

Mas o que significa, neste contexto, afirmar o papel constitutivo da linguagem em nossa relação com o mundo? Para os autores mencionados, a imagem empirista segundo a qual a linguagem seria um terceiro elemento ou ferramenta que serve para comunicar as impressões causadas pelo mundo externo em nós a partir dos sentidos, formando assim

uma representação mental ou ideia, é equivocada. A partir de Hamman, desenvolve-se a concepção segundo a qual o pensamento ou a consciência não são fenômenos independentes de nossas capacidades linguísticas, mas algo que é possibilitado a partir delas. Nesse mesmo sentido, em seu *Tratado sobre a origem da linguagem*, Herder afirma que

colocado no estado de reflexão que lhe é próprio, logo que essa reflexão começou a agir livremente, o homem inventou a linguagem. Pois, reflexão o que é? E linguagem? A reflexão é caracteristicamente específica do homem, faz parte da espécie humana. Ora, a linguagem e a invenção da linguagem pelo próprio homem também o são. (HERDER, 1770, p. 32)

Quando Herder afirma que a linguagem é para o homem tão natural quanto o fato de ser homem, isso representa uma ruptura em termos antropológicos (e epistemológicos) em relação ao quadro naturalista sustentado pelas teorias de Hobbes, Locke e Condillac (quadro que ainda é relevante no *mainstream* científico e analítico). Isso porque, quando Herder afirma que a linguagem é um elemento intrínseco da própria constituição humana, está aí pressuposta a ideia de que ser o humano e a consciência não podem ser compreendidos sem a sua dimensão linguística. Esta, por sua vez, como sustenta Herder, é indissociável do aspecto social, cultural e histórico no qual o ser humano forma a sua identidade.

Este fator histórico da formação (*Bildung*) humana também é destacado por Humboldt em sua obra *Sobre as diferenças das construções linguísticas humanas*. Para o autor, “a linguagem se desenvolve e surge apenas socialmente, e o homem compreende-se a si mesmo apenas na medida em que testa a compreensibilidade de suas palavras com os outros” (HUMBOLDT, 2016, p. 46). Tendo em vista o caráter transcendental da linguagem em relação à consciência, Humboldt desenvolve o conceito de visão de mundo (*Weltansicht*), que simboliza a tese do autor de que a linguagem e, portanto, a historicidade, determina e situa o horizonte de sentido a partir do qual compreendemos a realidade.

A ideia de visão de mundo muitas vezes é associada a uma postura relativista, no sentido de que, segundo tal perspectiva, teríamos um acesso à realidade apenas

fragmentado. No entanto, o sentido mais profundo do conceito de *Weltansicht* está relacionado à noção de que apenas o ser humano, porque tem linguagem, tem mundo⁷. A leitura historicista ou relativista que se faz do conceito de *Weltansicht* (e da hermenêutica como um todo) desconsidera, por outro lado, o fato de que, para Humboldt, a linguagem, ao mesmo tempo em que delimita um horizonte de sentido, também é um organismo vivo, dinâmico.

Humboldt afirma que “uma linguagem não é nunca uma substância inerte à massa de palavras e regras por ela dada, mas uma atividade, um processo espiritual, como a vida de um ser corpóreo” (HUMBOLDT, 2016, p. 36). Nesse sentido, “a linguagem reside apenas no discurso conectado. Gramática e um dicionário são apenas comparáveis ao seu esqueleto morto”. A linguagem é uma atividade (*Energieia*), e não um produto acabado (*Ergon*). É, portanto, um processo criativo.

Como afirma Streck, Hamman, Herder e Humboldt podem ser considerados como os responsáveis pelo primeiro giro linguístico na história da filosofia. Tal consideração é ratificada, por exemplo, por Michael Forster, para quem, se considerarmos a virada linguística como o movimento segundo o qual (i) pensamento é essencialmente dependente e ligado pela linguagem e (ii) significado consiste no uso das palavras, tal movimento teórico tem seu *starting point* no século XVIII a partir dos autores ora referidos⁸.

De fato, a concepção de linguagem proposta no século XVIII por autores situados entre movimentos familiares como o romantismo e idealismo alemães antecipou ideias influentes para a filosofia contemporânea da linguagem. Herder, em seu *Tratado sobre a origem da linguagem humana*, aponta para o aspecto atomista da teoria da linguagem de

⁷ “Mas é exatamente isso que esclarece a diferença entre o homem e todos os demais seres vivos, a saber, que o homem tem ‘mundo’, na medida em que aqueles não têm uma relação com o mundo no mesmo sentido, ficando de certo modo confiados ao seu mundo circundante.

Quase já não se pode contestar que o que caracteriza a relação do homem com o mundo, em oposição a todos os demais seres vivos, é sua liberdade frente ao mundo circundante. Essa liberdade implica a constituição de mundo que se dá na linguagem. Um faz parte do outro. Elevar-se acima das coerções do que vem ao nosso encontro a partir do mundo significa ter linguagem e ter mundo.” (GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Mohr Siebeck Tübingen, 2010, p. 447/448).

⁸ FORSTER, Michael N. **German Philosophy of Language: from Schlegel to Hegel and beyond**. Oxford University Press, 2011, p. 1.

Condillac, no sentido de que, ao contrário do que este pressupunha, uma língua não se desenvolve por mero acúmulo individual de palavras, como tijolos que se sobrepõem na construção de um edifício (HERDER, 1770). Para Condillac, o desenvolvimento de uma língua poderia ser figurado com o exemplo de duas crianças socialmente isoladas que desenvolvem a capacidade de comunicação na medida em que catalogam consensualmente objetos ao seu entorno. De acordo com Herder, no entanto, para que se tenha o sentido daquilo que uma palavra é, já seria necessário possuir uma palavra. Portanto, Condillac ignoraria o pano de fundo a partir do qual uma língua se estabelece e se desenvolve: “ou ele [Condillac] pressupõe, antes da primeira página do seu livro, que a totalidade da linguagem já está inventada, ou então acabo por encontrar em cada página coisas que não se consegue enquadrar na ordem duma linguagem em formação” (HERDER, 1770, p. 17/18). Tal crítica de Herder a Condillac guarda semelhança, por exemplo, com o argumento de Wittgenstein em suas *Investigações filosóficas* contra a concepção de linguagem de Agostinho. Wittgenstein afirma que

Agostinho descreve o aprendizado da linguagem humana como uma criança que viesse de uma nação estrangeira e não compreendesse a língua da nação [atual]: assim como se já tivesse uma linguagem, apenas não essa. Ou também: como se a criança já pudesse pensar, apenas não pudesse falar. E ‘pensar’ quer dizer algo como: falar para si mesmo. (WITTGENSTEIN, 2016, p. 256).

O elemento comum às críticas de Herder e Wittgenstein é, de um lado, o holismo linguístico – a determinação do significado de um conceito é dada pela sua relação com outros conceitos da mesma família (jogos de linguagem) – e, de outro, a ideia de intersubjetividade – o sentido de uma linguagem e de suas partes é dependente do contexto social e histórico em que ela é empregada, caráter que antecede e confere sentido ao seu emprego em situações particulares. Tais pressupostos transcendem, como sabemos, a hermenêutica contemporânea.

A ruptura antecipada pelos autores da tradição HHH em termos de filosofia da linguagem, no entanto, não diz respeito exclusivamente ao aspecto epistemológico – a tese de que nossa experiência de mundo é atravessada pela linguagem. A mudança de uma

concepção designativa para uma constitutiva aponta, também, para uma releitura daquilo que entendemos por consciência e por ser humano. De acordo com esta tradição, a linguagem não é apenas uma alternativa útil ao ser humano, mas, propriamente, aquilo que nos torna humanos. Tendo em vista o seu caráter histórico, compreender o ser humano como um ser de linguagem implica que a sua interpretação em termos ontológicos e antropológicos não pode ignorar aquilo que lhe constitui, a sua historicidade.

Trazer a dimensão espiritual da linguagem e, portanto, da história para a própria definição daquilo que o ser humano é transcende em muito o reducionismo naturalista que limita esta definição a partir das possibilidades descritivas das ciências naturais. Em um trecho de *O que significa pensar?* Heidegger nos remete à imagem de alguém diante de uma árvore a observá-la e, a partir deste quadro, o autor questiona: “onde estão as ondas cerebrais cientificamente registráveis da árvore florescente? Onde está o prado? Onde está o homem? Não o cérebro, mas o homem que talvez morra amanhã e que outrora vinha a nós? Onde está a representação na qual a árvore se apresenta e na qual o homem se posiciona frente à árvore?” (HEIDEGGER, 2018, p. 30). Em seguida, ele apresenta como resposta outra pergunta em tom retórico: “de onde tiram as ciências o direito de determinar o lugar do homem e de se convocar como escala desta determinação?” (HEIDEGGER, 2018, p. 31). Nesse sentido, a crítica desenvolvida pelos autores tratados acerca da concepção meramente designativa da linguagem desdobra-se, em Heidegger, em uma crítica ao predomínio da técnica na modernidade⁹.

⁹ “Hoje, na modernidade, o homem experimenta o real como objeto, isto é, como o manipulável, o dominável por ele, como aquilo que se pode pôr à disposição do homem. Nesse contexto, a linguagem é reduzida a informação, como processo por meio do qual o homem toma conhecimento dos entes, a fim de poder exercer sobre eles o domínio. Essa concepção, hoje universalmente vigente, é o que, para Heidegger, caracteriza a essência da técnica, que é um modo de desvelar o real em seu caráter manipulável. Nessa perspectiva, a informação é o modo como a natureza se revela por meio da técnica. Não a natureza como ela é em si mesma, mas a natureza enquanto submetida às perguntas do homem, enquanto relacionada a ele, enquanto manipulável por ele. Nesse sentido, a categoria informação se transforma para Heidegger numa das características da civilização contemporânea, pois o que constitui nossa epocalidade é a predominância dessa forma de desvelamento do real: *a informação é a mediação do saber necessário à manipulação*. [...] O problema de nossa epocalidade não é ter descoberto a linguagem como informação, mas, antes, ter absolutizado a dimensão instrumental da linguagem humana: linguagem se reduz a um puro instrumento por meio do qual se entra em contato com os outros. Já que ela é puro instrumento, o ideal é tornar esse

O predomínio da concepção designativa da linguagem e, portanto, da consideração de todos os aspectos do mundo da vida como objetos (entre tais aspectos, a própria definição de humanidade) a serem explicados pelo método científico desconsidera o nível compreensivo e, portanto, interpretativo a partir do qual o ser humano deve pensar a si e o significado de suas obras e práticas sociais. Temos aqui a importante distinção entre *explicação* e *compreensão*. Para Dilthey, enquanto os fenômenos físicos seriam explicados pelas ciências naturais, ou seja, têm a sua cadeia causal explicitada a partir da demonstração científica, as obras históricas humanas são compreendidas. Isto significa, para Dilthey, que o sistema de interações humanas, investigado pelas ciências do espírito, se distingue da ordem causal da natureza pelo fato de que, nele, estamos em contato com objetos dotados de valor e que realizam um propósito:

e isso, não ocasionalmente, não aqui e ali, mas como um resultado da estrutura dinâmica da mente [...] eu chamo isso de a imanente característica teleológica do sistema de interação mental [...] a vida histórica é produtiva. Ela constantemente cria bens e objetos de valor e todos os conceitos sobre eles são reflexos desta atividade. (DILTHEY, 1976, p. 197)

Colocando isto de outra maneira, podemos concordar que, ao menos depois da revolução científica ocorrida na modernidade, a compreensão da ciência como descobridora das leis naturais circunscreve-se à atividade de explicar estas leis, isto é, situá-las matematicamente ou empiricamente na sucessão de causas e efeitos. No mundo das obras humanas, no entanto, o propósito ou a intenção que motiva a criação de um texto ou trabalho artístico constituem uma parte determinante de seu significado. Este é o campo da compreensão: "aqui a compreensão penetra os fatos observáveis da história humana para atingir o que não é atingível aos sentidos e ainda assim afeta fatos externos e expressa-se através deles" (DILTHEY, 1976, p. 197). Enquanto o método científico é atomístico, a hermenêutica é holística; enquanto a explicação diz respeito às causas, a compreensão visa

instrumento o menos complicado possível e de fácil utilização. Nesse contexto, está a mania atual das simples reduções, abreviações que para Heidegger não são coisas inocentes, mas manifestam que fazemos das palavras apenas sinais de designação das coisas com as quais podemos dizer tudo, porque, no fundo, elas não dizem nada". (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 203/204).

à normatividade e, portanto, à justificação das práticas humanas que fundam a tradição e suas obras.

Dentre tais obras, encontra-se o direito. A determinação de seu conceito é dependente de um ato interpretativo que pressupõe uma série de relações conceituais adjacentes. A sua definição, portanto, requer o trabalho e justificação de conceitos prévios instituídos na dimensão abstrata da linguagem e da história. É por isso que a simples descrição das causas empíricas que levam juízes e cortes a fazerem o que fazem, como preconiza Leiter, não é o suficiente. A investigação empírica pode ser um instrumento útil, principalmente para a sociologia jurídica e áreas afins. No entanto, para a apreensão do fenômeno jurídico, isto é, do correto significado dos termos que lhe são pertinentes, faz-se necessário um salto que vai do descritivo ao normativo, da causa à justificação e da explicação à compreensão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirma Castanheira Neves, citado por Streck,

o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é. (NEVES, *apud* STRECK, 2011, p. 74)

Mas o que significa dizer isto – que o direito é linguagem? Para a tradição hermenêutica, a respeito da qual as considerações acima são apenas introdutórias, pertencer à dimensão linguística é pertencer à intersubjetividade e, portanto, à historicidade. Ou seja, é ser constituído pelas relações recíprocas de sentido que nós, humanos, e, portanto, intérpretes, desenvolvemos na medida em que somos animais linguísticos (*zôon lógon échon*).

Uma vez que os conceitos jurídicos não são objetos empíricos, eles não se situam no espaço das causas, mas no espaço das razões (*space of reasons*). A sua compreensão, portanto, é resultante de um processo de justificação, e não de explicação. Antes de sua

normatividade política a respeito da ação humana, os conceitos jurídicos são marcados pela normatividade ínsita a práticas interpretativas de maneira geral.

Estas características nos levam a afirmar, nesse sentido, que, de um lado, o direito não pode ser concebido como mero objeto de descrição e predição pelas ciências naturais em sentido amplo. Ele está na dimensão simbólica assentada pela tradição, que deve ser constantemente reinterpretada e passível de justificação. Por outro lado, o direito também não é um mero ato de vontade individual. Enquanto manifestação linguística, o conteúdo de proposições jurídicas é atravessado pelos sentidos que nós, enquanto comunidade de intérpretes, atribuímos a esta prática, sempre em busca de seu aperfeiçoamento.

5. REFERÊNCIAS

AYER, A.J. **Language, truth and logic**. New York: Penguin Books Ltd., 1946.

DILTHEY, Wilhelm. **Selected Writings**. Edited, translated and introduced by H. P. Rickman. Cambridge University Press, 1976.

FORSTER, Michael N. **German Philosophy of Language: from Schlegel to Hegel and beyond**. Oxford University Press, 2011.

FUCHS, Thomas. **Verteidigung des Menschen: Grundfragen einer Verkörperten Anthropologie**. Suhrkamp Verlag Berlin, 2020.

GABRIEL, Markus. **Neo-Existentialism: How to Conceive of the Human Mind after Naturalism's Failure**. Polity, 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Mohr Siebeck Tübingen, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril, 1973.

HEIDEGGER, Martin. **Was heißt denken? Vorlesung Wintersemester 1951/1952**. Stuttgart: Reclam, 2018.

HERDER, Johann Gottfried. **Abhandlung über den Ursprung der Sprache**. Reclam, 1770.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Ed. Michael Oakeshott. Oxford: Blackwell, 1989.

HÖSLE, Vittorio. **A Short History of German Philosophy**. Translated by Steven Rendall. Princeton University Press, 2017.

HUMBOLDT, Wilhelm von. **Über die Verschiedenheiten des Menschlichen Sprachbaues**. Hofenberg, 2016.

JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich. **Logischer empirismus und reine rechtslehre: beziehungen zwischen dem kreis und der Hans Kelsen-Schule**. Wien: Springer Verlag, 2001.

KURZWEIL, Ray. **The singularity is near: when humans transcend biology**. New York: Penguin Group, 2005.

LEITER, Brian. **Heidegger and the Theory of Adjudication**. Yale Law Journal, 1996.

LOCKE, John. **An essay concerning human understanding**. Hertfordshire: Wordsworth Editions Limited, 2014.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O livro que provocou reviravolta hermenêutica no Direito**. CONJUR – Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-10/diario-classe-livro-provocou-reviravolta-hermeneutica-direito>> Acessado em 31 de julho de 2023.

STRECK, Lenio. **A pureza do direito kelseniana**. Estado da Arte, 2021. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>> Acessado em: 1 de junho de 2022.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAYLOR, Charles. **The Language Animal: The full Shape of the Human Linguistic Capacity**. Harvard University Press, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito. I – Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophischen Untersuchungen**. Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 2016, p. 256.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 2016.

Data da submissão: 23/03/2023

Data da primeira avaliação: 20/06/2023

Data da segunda avaliação: 28/07/2023

Data da aprovação: 01/08/2023

UMA ANÁLISE SOBRE A RAZÃO DE SER DA SÚMULA VINCULANTE
AN ANALYSIS OF THE REASON FOR BEING OF THE “SÚMULA VINCULANTE”

William Soares Pugliese¹
Henrique Max Silveira Wagner²

RESUMO: A súmula vinculante foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu no texto da Constituição o artigo 103-A. O dispositivo prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar enunciados acerca de matérias constitucionais consideradas de relevante e atual controvérsia. O instituto não é inovação do nosso ordenamento jurídico, porque muito se assemelha aos assentos portugueses. Estes, porém, foram declarados inconstitucionais no final do século passado, em razão da similitude com a norma jurídica e com a incompatibilidade com o texto constitucional. Neste cenário, valendo-se de pesquisa bibliográfica e documentação, com metodologia histórico-comparativa e dedutiva, buscar-se-á traçar paralelo entre a experiência do Brasil e de Portugal, objetivando, posteriormente, realizar análise da natureza da súmula vinculante e seus reflexos jurídicos. Observa-se, neste artigo, as características de generalidade e abstração dos enunciados do Supremo, o que aproxima as súmulas em estudo das características próprias da lei, assim como ocorria com os assentos lusitanos, conforme exemplos comparativos. Por fim, faz-se análise da efetividade do instituto, à luz das críticas doutrinárias após estudos aprofundados, mormente no que se refere à confecção de texto interpretativo para interpretar a norma.

Palavras-chave: Súmula Vinculante; Assentos Portugueses; Histórico; Conceito; Natureza Jurídica.

ABSTRACT: The binding precedent was instituted by Constitutional Amendment No. 45/2004, which inserted Article 103-A in the text of the Constitution. The provision provides for the possibility for the Federal Supreme Court to edit statements about constitutional matters considered of relevant and current controversy. The institute is not an innovation of our legal system, because it is very similar to the Portuguese seats. These, however, were declared unconstitutional at the end of the last century, due to the similarity with the legal norm and the incompatibility with the constitutional text. In this scenario, using bibliographic research and documentation, with historical-comparative and deductive

¹ Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Vice-coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Professor Substituto de Direito Processual Civil da UFPR; e-mail: william@pxadvogados.com.br; Lattes: 5838227815942237; ORCID: 0000-0002-5932-9076

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; e-mail: henriquemswag@gmail.com; Lattes: 3733936406549220; ORCID: 0000-0002-5891-2390

methodology, we will seek to draw a parallel between the experience of Brazil and Portugal, aiming, subsequently, to carry out an It is observed, in this article, the characteristics of generality and abstraction of the statements of the Supreme Court, which brings the summaries under study closer to the characteristics of the law, as well as occurred with the Lusitanian seats, according to comparative examples. Finally, an analysis of the effectiveness of the institute is made, in the light of doctrinal criticism after in-depth studies, especially with regard to the preparation of an interpretative text to interpret the norm.

Key-words: Súmula Vinculante; Portuguese “Assentos”; History; Concept; Legal Nature.

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico e Conceito; 3. A Experiência Portuguesa e a Inconstitucionalidade dos Assentos; 4. A razão de ser da súmula vinculante; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O constituinte reformador inseriu o artigo 103-A, na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Criou, com isso, a súmula vinculante. A justificativa era a necessidade de uniformizar a jurisprudência nacional e proporcionar equidade e segurança jurídica. O instituto se revela como um enunciado interpretativo e vinculante editado pelo Supremo Tribunal Federal, acerca de matéria constitucional, sobre a qual exista relevante controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre órgãos deste e da Administração Pública. É sobre este tema que trata o presente artigo.

A súmula vinculante não é inovação do ordenamento jurídico brasileiro. As súmulas vinculantes possuem antecedentes no direito comparado, como os assentos de Portugal e as máximas da Itália. No Brasil, foram utilizadas, inicialmente, como ferramenta para organizar o trabalho dos tribunais. No entanto, diante da mencionada necessidade de pacificar a jurisprudência, foi conferido à súmula o efeito vinculante, na hipótese do artigo 103-A, da Constituição. Mais tarde, essa técnica foi replicada pelo Código de Processo Civil, de 2015, que conferiu às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça efeito similar, por meio do art. 927, IV. Há, portanto, clara necessidade de bem compreender o instituto, seus limites e possibilidades.

Neste cenário, aborda-se no presente trabalho a relevante experiência dos portugueses, que removeram de seu ordenamento os assentos vinculantes, porquanto se tratava de instituto muito semelhante à norma jurídica, o que conflitava com a Constituição do país, que impedia a atividade legislativa de ser praticada pelo Judiciário. Os assentos lusitanos deixaram de existir no final do século passado e, mesmo cientes deste fato, os brasileiros inseriram no ordenamento a súmula vinculante no ano de 2004, com a mesma expectativa interpretativa que em Portugal se tinha: buscar certeza e segurança.

No Brasil, a questão da validade da súmula vinculante é superada, tanto é que foi inserida em texto constitucional; não infraconstitucional. Com efeito, mostra-se relevante compreender o instituto brasileiro, de forma crítica, analisando seu aspecto semelhante ao de norma jurídica, apesar de não o ser. Nesta linha, será objeto de análise as características dos enunciados, mormente aquelas de generalidade e abstração e seus reflexos no âmbito jurídico.

Para tanto, o artigo parte de um breve resgate histórico das origens das súmulas no direito brasileiro como método de trabalho dos tribunais. Após, traça-se paralelo com a história portuguesa e com os assentos, estudados por Castanheira Neves em um completo trabalho acerca das características do instituto, no qual enfrentou sua proximidade com a forma de lei. Com isso, é possível analisar os enunciados brasileiros e sua similitude com dispositivos legais, isto é, se a súmula vinculante é mais parecida com a lei do que com os precedentes e, ainda, fazer a distinção com estes últimos. Portanto, para esta pesquisa, vale-se de método dedutivo, com a metodologia voltada para pesquisa bibliográfica histórico-comparativa.

2. HISTÓRICO E CONCEITO

A súmula, propriamente dita, consiste no conjunto de teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante do tribunal, traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. O seu objetivo é fixar teses jurídicas abstratas, que devem

ser seguidas pelo próprio tribunal, com o intuito de facilitar a atividade jurisdicional (NERY JUNIOR, 2019).

No Brasil, há duas espécies de súmulas. De um lado, as súmulas (sem qualquer adjetivo); do outro, as súmulas vinculantes. As primeiras podem ser editadas por qualquer tribunal. As vinculantes são editadas privativamente pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe a Constituição, nos termos do artigo 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A Súmula Vinculante, nos termos da Constituição Federal, é o enunciado emitido através de ato de dois terços dos Ministros do Supremo, após reiteradas decisões acerca de matéria constitucional, visando à validade, à interpretação e à eficácia da norma jurídica, sobre a qual haja controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre estes e a Administração Pública, acarretando insegurança jurídica e multiplicação de processos acerca de questão idêntica.

Antes de percorrermos o caminho seguido até a constitucionalização e a vinculação por meio das súmulas vinculantes, cabe um registro inicial. As súmulas eram, até 2004, mero método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle exercida pela Suprema Corte brasileira. O método tinha origem aproximada aos assentos portugueses e máximas italianas, cuja influência decorre da tradição romano-canônica (MITIDIERO, 2017, p. 71).

Desde logo, portanto, é necessário esclarecer que a súmula não se confunde com o precedente. Mesmo com o Código de Processo Civil contribuindo para confundir esses conceitos, ao tratar da súmula no mesmo capítulo do precedente judicial (NERY JR., 2021, p. 1.182) (artigo 927, CPC), essa simplificação não pode ocorrer. Enquanto enunciados que visam estabelecer a interpretação das cortes e contribuir para a facilitação do trabalho, as súmulas não explicam os motivos que levaram a adoção da tese enunciada diante de uma decisão concreta (MARINONI, 2017, p. 287). Conforme discorre Marinoni, é o contrário. Os fundamentos que determinam uma decisão espelham não apenas uma tese de direito, mas a racionalidade da tese em face de uma moldura fática. Desse modo, uma súmula não reflete a racionalidade da argumentação (*ratio decidendi*) de um precedente, podendo apenas resumir a tese de direito sustentada numa decisão (MARINONI, 2017, p. 287).

É certo, portanto, que a súmula é distinta do precedente. Até mesmo porque não decorre da influência dos países com a tradição *common law*, apesar de nela ter buscado a ideia de impor precedentes obrigatórios (MITIDIÉRO, 2017, p. 71). Conforme dito, o instituto tem raízes em países de sistema *civil law*, que tentavam implementar uniformidade na interpretação (MARINONI, 2017, p. 287).

Enquanto a súmula vinculante está posta no ordenamento jurídico de forma prescrita, o precedente da *common law* decorre da tradição, sem estar estabelecido em qualquer regra escrita (STRECK, 2006, p. 414). Ao fazer essa distinção, Castanheira Neves estabelece que o precedente é uma concreta decisão judicial, vinculada ao caso do qual decorre, que se impõe como padrão para aplicação em situações semelhantes, sem ultrapassar o plano casuístico (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 12). Em oposição, a súmula não está vinculada ao caso, retratando-se em texto de previsão geral e abstrata, com intuito prévio de proporcionar interpretação específica, uniformidade e estabilidade do direito (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 21). A súmula, em verdade, decorre da intenção de generalizar a regra e, para tanto, afasta-se do caso que foi julgado. Essa é uma de suas características principais.

Por mais que o ordenamento jurídico brasileiro busque a aproximação com a *common law*, pretendendo fazê-lo através da criação de dispositivos como o da súmula vinculante, ou até mesmo como o artigo 927 do Código de Processo Civil, a tarefa é bastante difícil. O sistema de precedentes é fruto do desenvolvimento histórico de uma tradição jurídica e, para além de qualquer atividade legislativa, está ligado à cultura jurídica e à prática judicial. Desse modo, os precedentes são respeitados em sistemas como os da Inglaterra e dos Estados Unidos que não exista nenhuma regra legal que os imponha e atribua efeito vinculante (ABBOUD, 2021). Tem-se, desse modo, que o precedente surge de forma gradual nos países de tradição consuetudinária³, o que diverge da natureza da

³ Alguns países de *civil law* adotaram os precedentes de forma mais gradual, com resultados satisfatórios. É o que se constata, por exemplo, em MacCormick e Summers (1991). Há, ainda, sistemas que reuniram as características da *civil law* e da *common law*, formando a chamada tradição híbrida. Ver Palmer (2014).

súmula vinculante, constitucionalmente prevista e criada para que seu enunciado seja seguido.

Nessa circunstância de buscar a uniformidade da interpretação das decisões, o instrumento que era meio para facilitar o trabalho dos tribunais passou a ser tido como um meio para consolidar o entendimento das Cortes Superiores e conferir-lhes efeitos jurídicos. Assim surgiram as súmulas vinculantes, inseridas na Constituição de 1988 pelo constituinte reformador, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, visando, conforme mencionado, reduzir o número de processos, proporcionar segurança jurídica por meio de enunciados que objetivam dar sentido interpretativo a uma norma jurídica em controvérsia atual.

Como se vê, não se trata de inovação do ordenamento jurídico brasileiro. A súmula vinculante tem forma similar à do antigo assento português, porque é uma norma expressamente formulada para a solução de um conflito de jurisprudência (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 11).

Para contextualizar, os assentos portugueses eram previstos em lei, mais especificamente no artigo 2º, do Código Civil, e foram declarados inconstitucionais pela Suprema Corte do país diante da consideração de que tinham caráter prescritivo, muito semelhante ao da norma jurídica (Acórdão 810/1993). Em Portugal, também existia a preocupação com a uniformização da jurisprudência e interpretação da norma e, assim, criavam-se textos sintéticos e objetivos, com a intenção de atingir um contexto geral e abstrato (PUGLIESE, 2019, p. 146), forma muito semelhante à das súmulas vinculantes brasileiras.

No Brasil, por outro lado, ocorreu o inverso do que se sucedeu na experiência lusitana. Sua criação veio amparada no texto constitucional, sendo inquestionável no momento a sua validade no sistema jurídico pátrio. Tanto é assim que, mais recentemente, criou-se a previsão na norma processual reiterando a necessidade de atender ao enunciado das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo (art. 927, Código de Processo Civil)⁴. Pela

⁴ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] II - os enunciados de súmula vinculante [...]”.

complexidade do tema e pela relevância que o instituto dos assentos assume diante da figura das súmulas, o tópico seguinte examinará o desenvolvimento da questão em Portugal.

3. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ASSENTOS

Conforme mencionado, as súmulas vinculantes têm origem em países de tradição *civil law*, muito se assemelhando ao instituto dos assentos portugueses. No Brasil, as súmulas vinculantes são relevantes no ordenamento jurídico, com seus enunciados interpretativos de normas jurídicas. Em Portugal, por outro lado, reconheceu-se a inconstitucionalidade do instituto, tendo em vista a sua abstração e generalidade, o que muito se assemelha à letra da lei, cuja edição compete exclusivamente ao Legislativo.

Declarados inconstitucionais pelo Acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional de Portugal, os assentos eram previstos no artigo 2º do Código Civil, que dispunha que “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”.

Conforme reconhecido pela Suprema Corte lusitana, os assentos surgiram da necessidade de unificar a jurisprudência. Assim, o Código de Processo Civil de 1939 consagrou a denominação de assentos para os acórdãos proferidos pelo pleno do Supremo Tribunal de Justiça, antes mesmo da inserção no Código Civil. Conforme reconhecido no aresto, a problemática é que, com base nos assentos, era resolvido um determinado conflito definitivamente “através da enunciação de uma prescrição jurídica que, embora tendo resultado da solução dada naquele conflito ou sendo a síntese dessa solução, passa a valer para o futuro como preceito normativo geral e abstracto e dotado de força obrigatória geral”. Assim, os assentos eram interpretação autêntica, legislativa e tinham, como tais, força de lei.

Portanto, a preocupação da Corte portuguesa era o rompimento dos limites da atividade jurisdicional, através da prescrição de enunciado interpretativo abstrato e geral,

atividade que compete ao legislador. Sobre esse tema, é imprescindível mencionar os estudos aprofundados de Castanheira Neves, que desde a época abordava o caráter interpretativo dos assentos. Segundo o autor, o instituto é dotado de originalidade, porquanto confere a um órgão jurisdicional a possibilidade de prescrever critérios jurídicos universalmente vinculantes, através de enunciado de normas que se abstraem com o propósito de impor uma ordem para aplicação no futuro (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 4), o que muito se aproxima da característica legislativa.

Nesse sentido, os assentos são uma concreta decisão jurisprudencial, que deverá ser seguida em casos análogos. Os precedentes, por sua vez, não ultrapassam o plano casuístico, de particular a particular, diversamente do que ocorria com os assentos, que parte da norma geral para o caso concreto (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 12). Trata-se, portanto, de instrumento jurídico dotado de originalidade⁵.

Assim como ocorreu no Brasil com a súmula vinculante, os portugueses buscaram nos assentos um meio de proporcionar segurança jurídica e certeza (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 39), o que se daria através de sua forma prescrita e fixa, diversa da jurisprudência, que possui sentido mais facilmente superável e mutável.

Ocorre que, em Portugal, a edição de enunciados fixos de natureza normativa conflitava com a disposição do artigo 115, nº 1 e 5, da Constituição. O nº 1 dispunha que “são actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. O nº 5, por sua vez, prescreve que “nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender, ou revogar qualquer dos seus preceitos”⁶.

⁵ “É original na possibilidade que confere 1) a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever 2) critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de 3) normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de preceitos gerais e abstractos), que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões judiciais que tenham estado na sua origem, com o propósito de estatuírem para o futuro, de se imporem em uma ordem de aplicação futura”. (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 4).

⁶ Ressalve-se que o artigo 115 hoje é o artigo 112, modificação decorrente de reformas constitucionais desde o julgado em 1993.

Com efeito, o Tribunal Constitucional português consignou no acórdão que o artigo pretendia proibir a interpretação autêntica das leis através de atos normativos não legislativos, de natureza administrativa ou jurisdicional. O que a Corte estabeleceu é que somente outra lei poderia conferir tais interpretações às leis. E mesmo não sendo lei, os assentos estavam fazendo suas vezes, na medida em que consistiam em prescrição geral e abstrata destinada ao futuro, se equiparando a fontes de direito. Apesar de concebidos para proporcionar uniformidade à jurisprudência, o problema não foi resolvido, permanecendo esta variável e “alimentada pela tendência individualista da liberdade de opinião dos magistrados” (Acórdão 810/1993).

Nesse cenário, os portugueses reconheceram que o instituto representava uma norma original que preenche uma lacuna do sistema, o que colidia com o dito artigo 115, n° 5 da Constituição Portuguesa. Nesse sentido, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2° do Código Civil, pelo conflito com a ordem constitucional e pela impossibilidade de o Judiciário ir além da atribuição jurisdicional.

Isto não significa, porém, que Portugal abandonou a teoria dos precedentes. O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal ainda utiliza meios de uniformizar a jurisprudência através de acórdãos, contudo, desprovidos de força geral e obrigatória (PUGLIESE, 2019, p. 10). No Brasil, pelo contrário, diante da mesma necessidade de uniformizar e trazer certeza à jurisprudência, criou-se a súmula vinculante, não no Código Civil, mas na própria Constituição, o que, por óbvio, afasta as dúvidas quanto à sua constitucionalidade, tanto é que desde 2004 permanece sem óbices no texto da Carta Magna brasileira.

4. A RAZÃO DE SER DA SÚMULA VINCULANTE

Em termos formais, a súmula vinculante não é lei. Não é lei porque não foi criada pelo processo legislativo (BARCELLOS, 2020) definido na Constituição por meio dos artigos 59 e seguintes. A lei é decorrente do processo democrático e editada pelo legislador, cujos poderes para tanto foram outorgados pelo povo e decorrem do sistema

eleitoral (artigo 14, da Constituição). A súmula vinculante, por sua vez, é editada pelo Supremo Tribunal Federal “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiterada decisões sobre matéria constitucional”, passando a ter “efeito vinculante em relação aos demais órgão do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta”⁷, pode, ainda, ser revisada e cancelada pelo próprio órgão que a cria.

Portanto, a súmula tecnicamente não é lei porque assim não é definida pela Constituição. E muito provavelmente não era essa a ideia do constituinte reformador que a inseriu no texto constitucional, sobretudo porque não vinculou o legislador, mas somente a Administração Pública e o Judiciário. Inclusive, se assim não fosse, por não existir órgão judicial superior para realizar o controle da decisão, transformar-se-ia o Supremo “quase em um legislador constitucional ou numa espécie de intérprete único e autêntico da Constituição, funções que não lhe competem” (NERY JR, 2019).

Na realidade, a súmula vinculante surgiu num contexto em que se buscava a modernização do Judiciário, o que pode ser extraído da exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 45. A criação do instituto ocorreu em meio a cenário de modernização do sistema judicial e diante de um quadro crítico enfrentado pelo Poder Judiciário, que enfrentava alto número de processos, o que ocasionava a demora para a solução dos casos, o que resultou na proposição de solução para esse crise de funcionalidade (CANOTILHO, 2018, p 8483 e 8485). E isso tudo ocorreu mesmo após a experiência portuguesa com os assentos e com ciência de que a súmula em si não era algo novo.

Independentemente da análise comparada com Portugal, a súmula vinculante faz parte do sistema jurídico brasileiro desde a Emenda, em 2004, e assim permanece sem oposições. O que se questiona aqui é qual o espaço jurídico ocupado pela súmula vinculante se de lei não se trata. A questão é complexa na medida em que a súmula é um

⁷ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (Constituição de 1988).

enunciado interpretativo, geral e abstrato, que possui efeitos vinculantes, não somente em relação aos órgãos do Judiciário – como eram os assentos portugueses – mas também em relação aos demais órgãos da administração pública, a nível federal, estadual e municipal.

Além disso, ocorre com a súmula vinculante o mesmo que Castanheira Neves apontava em relação aos assentos. O texto constitucional confere ao enunciado eficácia vinculante, com a finalidade de limitar novas discussões sobre a matéria. Também se verifica aqui a distinção com o precedente, já que a edição ocorre visando casos futuros (CANOTILHO, 8493).

Conforme estabelece Bobbio (2010, p. 177) em seus estudos acerca da norma jurídica, embora possam existir normas individuais ou concretas, também existem aquelas que são gerais ou abstratas. Com estas últimas, gerais ou abstratas, compatibilizam-se as súmulas vinculantes. Gerais são aquelas normas universais em relação ao destinatário, enquanto as abstratas são universais em relação à ação (p. 174). Bobbio conclui, ainda, que as normas gerais se destinam a uma classe de pessoas, enquanto as abstratas regulam uma classe de ação (p. 174). Assim, busca-se nas leis gerais a igualdade, pois valem igualmente para todos, enquanto na abstração se pretende a certeza (p. 176). Estes ideais podem ser encontrados no texto constitucional que define a súmula vinculante, quando se estabelece que pode ser editada pelo Supremo após reiteradas decisões sobre a matéria, com o fim de produzir enunciado que vise a validade, interpretação e eficácia das normas, acerca das quais existir controvérsia relevante. Isto é, diante da insegurança jurídica, pode o Tribunal Constitucional emitir enunciado interpretativo geral e abstrato, visando equalizar e dar certeza ao tratamento da questão. Isso nada mais é que o constituinte garantindo ao Judiciário a possibilidade de produzir aquilo que muito se assemelha à lei, apesar de não ser (NERY JR, 2021).

Enquanto em Portugal os assentos foram declarados inconstitucionais, conforme já vimos, porque se entendeu que não era concebível que lei infraconstitucional legitimasse o Judiciário praticar atividade semelhante à legislativa, no Brasil, a Constituição estabelece que este possa atuar dessa forma. Assim, foi-se além do que ocorria no ordenamento

lusitano, permitindo que as súmulas vinculantes tivessem respaldo constitucional para regular situações juridicamente relevantes, no intuito de garantir certeza e segurança.

Até o momento, tem-se cinquenta e oito súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Basta a simples leitura de seus textos para que se verifique a existência dos elementos característicos apontados por Bobbio (abstração e generalidade) com conteúdo vinculante e semelhante ao da lei. A exemplo, cite-se a de número 11.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Nota-se que a súmula prescreve procedimento que pode ser aplicado a todos (generalidade) que se enquadrem em determinada situação de uso de algemas (abstração), estabelecendo a possibilidade de responsabilização em caso de descumprimento pelo agente. Veja-se agora a similitude com dispositivo legal que delimita ação relacionada a uso de algemas, qual seja, o parágrafo único do artigo 292 do Código de Processo Penal:

Art. 292 [...] Parágrafo único: É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Através desse exemplo, é possível assimilar como o enunciado da súmula vinculante é parecido com aquele da norma processual penal, revelando a forma como é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, que o Judiciário crie determinação que traduz características legais de generalidade e abstração. No dispositivo citado, assim como na súmula, é determinada regra para classe de pessoas em geral (mulheres grávidas), relacionada a ação abstrata (uso de algemas).

Outro exemplo é o da súmula vinculante nº 49, que estabelece que “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Através dela, realizou-se interpretação

de dispositivos do capítulo da Ordem Econômica da Constituição (artigo 170), além de se estabelecer critérios de competência legislativa municipal (artigo 30, inciso I). É certo, desse modo, que mesmo não sendo lei, os enunciados se compatibilizam na prática com as características intrínsecas da norma jurídica. A prescrição formulada pelo STF passa a valer com força legal, independentemente dos casos que a embasaram (NERY JR., 2019). Não se ignora que os enunciados vinculantes não são puramente originais, uma vez que interpretam uma norma já existente, porém, a partir da interpretação que por eles é feita, inova-se no ordenamento jurídico.

A natureza peculiar do instituto aqui exposta sempre foi objeto de análise pelos intérpretes do direito. Desde a época reformista que se vivenciava quando da Emenda de 2004 em que se debatia a inclusão da súmula vinculante no ordenamento jurídico, a doutrina já tecia críticas.

Leonardo Greco pontuou que as súmulas buscavam dar fim à “loteria judiciária”, isto é, decisões em sentido contrário sobre a mesma matéria. Seria uma solução para a crise judiciária em forte debate à época. O autor afirmou, ainda, que se tratava da utilização de mecanismo “tendencialmente autoritário e anacrônico”, que deveria ser utilizado de forma cautelosa, para não deixar em risco os princípios fundamentais do Estado de Direito (GRECO, 2003, p. 2). O anacronismo, segundo Greco, decorre da edição de um enunciado genérico e abstrato, restrito à *ratio decidendi*, desprezando argumentos ou circunstâncias secundários ou acessórios. E esse enunciado correria o risco de ser completamente independente, com eficácia normativa que não decorre da lei, mas da súmula, como se essa fosse fonte autônoma e não complementar do direito.

Há quem sustente, ainda, que quando o Judiciário produz a dita fonte autônoma de direito ocorre ofensa à tripartição dos Poderes, uma vez que compete ao Legislativo a função de criar enunciados normativos gerais e abstratos, regulamentadores de situações jurídicas relevantes. Conforme menciona Gustavo Terra Elias, é como se a cláusula de reserva de lei do artigo 5º, inciso II da Constituição⁸ fosse reformulada para afirmar que

⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e de enunciado de súmula vinculante (ELIAS, 2012, p. 192). Como reflexo disso, demandas judiciais podem ser decididas não com base em análise da lei firmada pelo Parlamento e sua aplicação ao caso concreto, mas sim através do direito forjado nos tribunais, advindo de um comando judiciário sumulado. O problema disso que não há norma jurídica que “equipare a lei à jurisprudência dominante ou sumulada. Afinal, é o Brasil (ainda) um país de *civil law*, jungido à tradição romanística dos direitos codicísticos” (MANCUSO, 2014, p. 60).

Embora o argumento acima tenha relevância, a violação à tripartição de poderes não ocorre porque a instituição da súmula vinculante é feita pela Constituição. Ela deve ser compreendida no âmbito da função de determinação política detida pela jurisdição (PUGLIESE, 2022, p. 41-64). Apesar disso, a doutrina aponta outros problemas que podem existir. William Pugliese aborda importante problemática: ao tratar da interpretação, da validade ou da eficácia de uma regra pela edição de uma nova regra de estrutura formal, cria-se essa outra regra que também será alvo de interpretação e o objetivo de proporcionar maior segurança jurídica e redução no número de processos poderia se inverter (PUGLIESE, 2020, p. 155). Nesta mesma linha, Hermes ZANETI JR. (2021) tem destacado o que chama de “paradoxo de Humberto Ávila”, na medida em que a edição de precedentes e súmulas demanda mais interpretação pelos órgãos responsáveis pela interpretação.

Neste cenário, a súmula vinculante, que muitas vezes tem o objetivo de interpretar e dar sentido à alguma norma jurídica, também terá um enunciado que possa ser interpretado, não dando solução efetiva ao problema. Conforme aponta o referido autor ao analisar os estudos de Castanheira Neves, “deixa-se de lado uma norma original e estabelece-se uma segunda norma, de segundo grau, que impõe validade, eficácia ou significado da primeira” (PUGLIESE, p. 156). Por esse motivo, descreve que as súmulas podem gerar ainda mais incerteza e mais processos, uma vez que a própria Constituição

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...].”

prescreve que cabe reclamação para impugnar a decisão que contrariar o enunciado, criando, assim, “uma linha direta entre o desrespeito à súmula e a autuação de um novo pedido perante o próprio Supremo Tribunal Federal”⁹. Nesse aspecto, é importante rememorar o que ensinou Victor Nunes Leal (1997, p. 293), no sentido de que “em alguns casos, interpretar a súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a Súmula quis remediar”.

Neste ponto, Lenio Streck afirma que existe problema no fato de que o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e o seu aplicador, quando julga as reclamações em virtude da não aplicação pelos tribunais ou em atos administrativos. Refere-se como um caso singular e sem precedente no direito de interpretação autêntica, pois o mesmo órgão que criou a súmula vinculante dirá qual é a correta interpretação. E isso ocorre porque o instituto foi criado com a ideia central de transformar reiterados casos difíceis em casos fáceis, por meio dos enunciados visando situações futuras (STRECK, 2009, p. 304)

Na verdade, o que deve ser compreendido é que os enunciados de súmula, com previsão de vinculação na Constituição ou no Código de Processo Civil, não deixam de ser um método de trabalho. A questão é que esse método pressupõe algumas etapas para além da simples constatação do entendimento sintetizado de um tribunal. Identificar o enunciado pertinente é o primeiro passo desse método. O segundo é a busca pelos precedentes que deram origem ao referido enunciado, para que se identifique a *ratio decidendi* das decisões. O terceiro passo é a verificação da adequação entre os precedentes firmados e o caso que se encontra em julgamento. Se os casos são semelhantes, aí sim o enunciado da súmula é aplicado – com efeito vinculante. A interpretação não é afastada (nem poderia ser), mas é organizada e orienta a atividade judicial, ao invés de ampliar espaços de discricionariedade.

É preciso, portanto, encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado, isto é, buscar no contexto da tradição jurídica os casos e o contexto por meio dos quais o

⁹ “Art. 103-A [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

texto sumular foi produzido e não como se este pudesse dar todas as respostas para a futura aplicação (STRECK, 2009, p. 302).

No fundo, a discussão sobre súmulas e sobre precedentes está diante de um obstáculo jurídico e social. Mais do que tornar válidos os precedentes pela via judicial ou legislativa, o ponto necessário é desenvolver uma cultura jurídica que compreenda a importância e o papel benéfico dos precedentes no direito brasileiro (MARINONI, 2019).

Esse encontro de uma nova cultura não pode ser realizado pelas súmulas. O melhor caminho é o desenvolvimento da argumentação jurídica em um processo judicial que tem como resultado um precedente (MITIDIERO, 2022, *passim*). A racionalidade do precedente, ou sua *ratio*, é que deve guiar a interpretação e a aplicação das regras (MITIDIERO, 2017, *passim*). A *ratio decidendi* e os enunciados de súmulas são incompatíveis. Em síntese, a súmula ou a tese que deixa de ser mero método de trabalho e se torna dispositivo vinculante padece de todas as críticas pertinentes à lei. Ela é geral e abstrata. Mas a lei deve ter essa estrutura. A súmula, na medida em que representa a síntese de um precedente, não pode se adaptar a um modelo genérico. Essa questão é bem explicada por Luiz Guilherme MARINONI (2023, p. 54), ao tratar das teses que vem sendo firmadas pelos tribunais superiores:

[...] não há como deixar de ver a brutal diferença entre aceitar que uma tese é o bastante para delinear ou expressar um precedente e admitir precedentes em casos resolvidos mediante a mera interpretação da lei. Quando os precedentes são confundidos com enunciados interpretativos – como as súmulas, as máximas ou as teses –, a Corte inevitavelmente assume uma função normativa, burocrática e autoritária. [...] Enfim, ver um precedente numa tese é um lamentável equívoco. É injustificável quando se tem em conta que o conteúdo de um precedente muitas vezes não se separa dos fatos gerais e, em outros casos, dos fatos específicos com relevância geral. É inútil quando se percebe que não há como favorecer o desenvolvimento do direito quando não se pode comparar os fatos do precedente com os do caso sob julgamento. E é autoritário quando se vê que, mediante os enunciados abstratos, tenta-se impor uma solução unitária e estática à solução dos conflitos sem com que os juízes e os tribunais possam refletir sobre a realidade.

Deste modo, o emprego das súmulas vinculantes se mostra inadequado e incompatível com a metodologia dos precedentes. Caso a ideia seja, ainda, a de mera

organização do trabalho, há razão de ser para se preservar as súmulas. No entanto, ao se conferir efeitos vinculantes a um enunciado geral e abstrato produzido pelo Judiciário, nega-se o valor da argumentação jurídica. Conseqüentemente, afasta-se o que há de mais importante no conteúdo das decisões judiciais: a fundamentação. É o conjunto de argumentos que constitui o precedente. Sem a fundamentação, qualquer enunciado se torna objeto de interpretação e o problema atinente às leis retorna. Por isso, não há razão em se admitir que o resultado do trabalho dos tribunais seja idêntico ao do Legislativo. Cada instituto tem a sua razão de ser e um complementa o outro. A lei funciona melhor com os precedentes; e os precedentes têm valor porque interpretam as leis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país de tradição *civil law*, que buscou na súmula vinculante a certeza e a segurança jurídica, em um contexto de reforma do Poder Judiciário, cujo objetivo era dar fim à “loteria” das decisões judiciais. Isso foi feito mesmo tendo conhecimento do histórico português e dos problemas da natureza do peculiar instituto que é a súmula vinculante, tão profundamente estudados por Castanheira Neves quando problematizou os assentos. Aliás, basta ler os estudos de Bobbio sobre a teoria do direito e a teoria da norma jurídica para perceber que a súmula muito se parece, estruturalmente, com a lei. Seus enunciados são dotados de generalidade e abstração, voltados a solver questões futuras decorrentes da interpretação de controvérsia jurídica relevante de ordem constitucional.

Ainda assim, criou-se a súmula vinculante porque era necessário uniformizar a jurisprudência. Além disso, foram criadas outras ferramentas que visam uniformizar a jurisprudência e conferir efeitos vinculantes aos precedentes, as quais podem ser vistas no artigo 927 do Código de Processo Civil, cuja vigência iniciou mais de uma década após a criação da súmula vinculante.

Portanto, foi inserido no ordenamento jurídico instituto que é deveras semelhante à lei, apesar de lei não ser. Com isso, atribuiu-se ao Judiciário o poder de editar enunciado para interpretar questões jurídicas, texto que deve ser seguido por todos – com exceção do

Legislativo. O problema é que, além de permitir que o Judiciário pratique atividade semelhante à legislativa, a interpretação formulada é passível de nova interpretação, não dando fim ao problema que então existia: a falta de certeza e segurança.

Diante disso, questionou-se se o direito brasileiro não percorre o mesmo caminho que o português. Isto é, a criação de um instrumento jurídico para resolver o problema de uniformização de jurisprudência sem observar antes os possíveis desdobramentos que passariam a existir, dada a natureza do instituto. Enfim, o que se extrai do presente estudo é que a súmula vinculante não deixa de ser um método de trabalho. Ela facilita a identificação dos precedentes aplicáveis aos casos, não se limitando ao enunciado editado. Contudo, ao se conferir efeitos vinculantes a um enunciado geral e abstrato produzido pelo Judiciário, nega-se o valor da argumentação jurídica.

É o conjunto de argumentos que constitui o precedente. Sem a fundamentação, qualquer enunciado se torna objeto de interpretação e o problema atinente às leis retorna. Por isso, não há razão em se admitir que o resultado do trabalho dos tribunais seja idêntico ao do Legislativo. Cada instituto tem a sua razão de ser e um complementa o outro. A lei funciona melhor com os precedentes; e os precedentes têm valor porque interpretam as leis.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Editora Livraria, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. **Exposição de motivos da Emenda Constitucional 45/2004**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 09 set. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes II. SARLET, Ingo Wolfgang III. STRECK, Lenio Luiz IV. MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos supremos tribunais**. Reimpressão. Coimbra, 2014.

ELIAS, Gustavo Terra. Súmula vinculante n. 3, do Supremo Tribunal Federal: um estudo do conflito entre as mutações do direito e a busca de segurança jurídica no controle dos atos de aposentadoria pelos Tribunais de Contas. **Revista Interesse Público**, n. 73, maio/jun. 2012.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista dialética de direito processual: RDDP**. São Paulo, Oliveira Rocha, 2003. – Corrigi a editora

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. v. 2.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 2014. São Paulo Revista Dos Tribunais. A referência é do E-book, da 1ª ED impressa (de 2014), publicado em 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O filtro da relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico]. 6. ed. em e-book baseada na 20. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. **Direito constitucional brasileiro** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PALMER, Vernon V. (Org.). **Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-50477375>>. Acesso em: 10 set. 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966 (Código Civil). Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://oig.cepal.org/sites/default/files/1966_codigocivil_prt.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 810/1993. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 10 set. 2022.

PUGLIESE, William S. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito**. Londrina: Thoth, 2022.

PUGLIESE, William Soares. O papel das súmulas no direito brasileiro contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2020, v. 11, n. 21, p. 143-166, ago./dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"? *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 78/2009, p. 284-319, mai./jun. 2009.

ZANETI JR., Hermes. O paradoxo de Humberto Ávila: o elogio da interpretação e a interpretação cética, moderada e responsável. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (Org.). **Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito**. Liber Amicorum Professor Humberto Ávila. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 135-160.

Data da submissão: 27/01/2023

Data da primeira avaliação: 06/05/2023

Data da segunda avaliação: 26/06/2023

Data da aprovação: 06/07/2023

A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO STF: UM ESTUDO ENVOLVENDO A VISÃO DE TRÊS JURISTAS BRASILEIROS E A ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS

THE APPLICATION OF THE WEIGHTING OF PRINCIPLES BY THE SUPREME COURT: A STUDY INVOLVING THE VISION OF THREE BRAZILIAN JURISTS AND THE ANALYSIS OF PRACTICAL CASES

Bruna Silva Araújo¹
Renata Silva Gomes²

RESUMO: Este trabalho indaga se a ponderação de princípios contida na Teoria dos Direitos Fundamentais do jurista alemão Robert Alexy foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal nos moldes de uma argumentação jurídica racional. Para tanto, foi utilizada pesquisa jurídico compreensivo, com ênfase na pesquisa de aspectos conceituais e doutrinários que envolvem a temática. Inicialmente, realizou-se um estudo dos principais conceitos da teoria do direito alexyana, tais como os significados de direito e de norma, e a distinção entre regras e princípios. Em seguida, foi introduzida a técnica da Máxima da Proporcionalidade, desenvolvida por Alexy para sopesar princípios no caso concreto. Procedeu-se então a uma análise comparativa entre três juristas brasileiros que se dedicam ao estudo da teoria e de sua recepção pela Suprema Corte Brasileira. Constatou-se que existe uma divergência entre eles em relação à aceitação da teoria em seus aspectos filosóficos e estruturais. As críticas realizadas por Lênio Luiz Streck são rebatidas por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira, que consideram que o opositor da teoria teria cometido um equívoco ao levar em consideração a sua aplicação distorcida no Brasil. Apesar das divergências encontradas, constatou-se que tanto os defensores quanto os opositores são unânimes ao afirmar que a jurisprudência brasileira não compreendeu a necessidade de se aplicar a Máxima da Proporcionalidade segundo os preceitos de uma argumentação racional, capaz de evitar protagonismos judiciais. Por fim, foram apresentados dois casos clássicos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ilustraram a tese de não recepção da ponderação de princípios em solo brasileiro.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Viçosa. Especialista em Contabilidade Pública e Lei de Responsabilidade Fiscal. Contadora; e-mail: brunaaraujo451@gmail.com; Lattes: 4241111049986545; ORCID: 0000-0002-5346-537

² Professora Orientadora. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Docente do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Viçosa; e-mail: renatagomesegomes@gmail.com; Lattes: 8400924606740493; ORCID: 0000-0003-4061-8190

Palavras-chave: Argumentação Jurídica; Máxima da Proporcionalidade; Ponderação de Princípios; Robert Alexy (1945); Teoria dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This paper investigates whether the weighting of principles contained in the Theory of Fundamental Rights of the German jurist Robert Alexy has been received by Brazilian Supreme Court in the molds of a rational legal argumentation. To this end, theoretical legal research was carried out, with emphasis on conceptual and doctrinal aspects that involve the theme. Initially, a study was made of the main concepts of Alexy's theory of law, such as the meaning of law and rule, and the distinction between rules and principles. Next, the technique of the Maxim of Proportionality, developed by Alexy to weigh principles in concrete cases, was introduced. We then proceeded to a comparative analysis between three Brazilian jurists who have dedicated themselves to the study of the theory and its reception by the Brazilian higher courts. It was found that there is a divergence among them regarding the acceptance of the theory in its philosophical and structural aspects. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno and Júlio Aguiar de Oliveira, who consider that the opponent of the theory would have committed a mistake by taking into account its distorted application in Brazil, refute the criticisms made by Lênio Luiz Streck. Despite the divergences found, it was verified that both supporters and opponents are unanimous in affirming that Brazilian jurisprudence has not understood the need to apply the Maxim of Proportionality according to the precepts of a rational argumentation, capable of avoiding judicial protagonism. Finally, two classic cases from the jurisprudence

Key-words: Fundamental Rights Theory; Legal Argumentation; Weighting Principles; Maximum Proportionality; Robert Alexy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os principais conceitos da Concepção Teórico Discursiva da Filosofia do Direito Alexyana: os significados de direito e de norma; 2.1. Da estrutura das normas: a distinção entre regras e princípios; 2.2. A Máxima Da Proporcionalidade: a técnica alexyana para o sopesamento de princípios; 2.3. Argumentação jurídica aplicada à ponderação de princípios; 3. A recepção da teoria de Robert Alexy no Brasil: Entre Lênio Luiz Streck e Alexandre Gomes Trivisonno; 3.1. Uma teoria sem filosofia? A crítica de Lênio Luiz Streck; 3.2. Alexandre Gomes Trivisonno - Objeções a Streck; 3.3. Júlio Aguiar de Oliveira: a prática antideliberativa do STF; 4. Uma análise da ponderação da aplicação de princípios pelo Supremo Tribunal Federal; 4.1. O caso Elwanger; 4.2. Investigação de paternidade - "Condução do réu debaixo de vara"; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, desenvolvida na linha da argumentação e da hermenêutica jurídica, teve como objeto a análise das opções teóricas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em relação à ponderação de princípios contida na teoria dos direitos fundamentais do jurista alemão Robert Alexy (2011), levando em consideração as colocações de três juristas brasileiros que se dedicam ao estudo da teoria e de sua recepção pela Suprema Corte brasileira.

Inicialmente, discorreu-se a respeito dos principais conceitos que estruturam a teoria alexyana, mormente os conceitos de direito e de norma, a distinção entre regras e princípios e a técnica desenvolvida pelo jurista alemão para sopesar princípios no caso concreto, batizada por ele como Máxima da Proporcionalidade.

De forma sucinta, pode-se dizer que, para Alexy (2011), o conceito adequado de direito é aquele que envolve legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e correção material. Somente com a junção desses três elementos é que, segundo o autor, pode-se obter um conceito de direito que não seja puramente positivista ou jusnaturalista. Outra questão é a distinção entre regras e princípios, que constitui a base da justificação jusfundamental e é um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Alexy dá aos princípios valor normativo, derrubando as teorias positivistas, que os relegavam a um plano subsidiário. Assim, tanto regras como princípios constituem um *dever-ser*, diferenciando-se uns dos outros pelo aspecto qualitativo.

Desse modo, os princípios jurídicos devem ser entendidos como mandamentos de otimização passíveis de cumprimento em diferentes níveis, sendo que somente no caso concreto é possível determinar se um direito fundamental poderá ser admitido como definitivo. As regras, por sua vez, são normas que devem ser cumpridas de maneira exata, integral. Assim, em caso de conflito de regras, pelo menos uma delas é declarada inválida ou uma cláusula de exceção é adicionada a uma delas. Se houver um conflito entre

princípios, um princípio deve dar lugar ao outro. Neste caso, a decisão é tomada de acordo com o sopesamento entre os princípios relevantes, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto (LIMA, 2014, p.1).

No intuito de solucionar os conflitos quando da colisão entre princípios, Alexy (2011) desenvolveu a técnica que ficou conhecida como Máxima da Proporcionalidade, a qual está intimamente ligada à ideia de princípio. A técnica em apreço leva em consideração a aplicação de três máximas: a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Sucintamente, as duas primeiras tratam da otimização em face das possibilidades fáticas da decisão, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito cuida dos mandamentos de otimização em razão das possibilidades jurídicas, como será demonstrado no decorrer deste trabalho. Aliada a esta teoria, está a argumentação jurídica, que tem por escopo desenvolver um procedimento racional para a tomada de decisões que possuam uma pretensão de correção, a qual embasa e dá suporte ao sopesamento de princípios no caso concreto.

Com a finalidade de analisar a recepção da ponderação de princípios pela Suprema Corte Federal brasileira, a presente pesquisa pode ser classificada como jurídico compreensiva, pois teve como marco inicial a teoria desenvolvida por Alexy, fazendo prevalecer, desta forma, a sua concepção formal do direito, entendido como ciência. É conferida ênfase aos aspectos conceituais e doutrinários, com o levantamento das posições jurídicas de doutrinadores brasileiros que se dedicam ao estudo do tema e de sua aplicabilidade no cenário brasileiro.

Após discorrer sobre os principais pontos que estruturam a teoria alexyana, foi realizada então uma análise da recepção da Teoria da Ponderação dos Princípios pelo Supremo Tribunal Brasileiro tendo por referência a visão de três juristas brasileiros: os doutores Lênio Luiz Streck, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira.

No que concerne aos aspectos de cunho filosófico, foram observadas divergências em relação à aceitação da própria teoria alexyana, uma vez que Streck (2014) defende que

a Teoria da Ponderação dos Princípios vai de encontro à teoria hermenêutica do direito contemporâneo, que tem matriz em Gadamer (2005), ao mesmo tempo em que Alexy (2011) não teria observado o giro linguístico ocorrido na filosofia. Como será discorrido no tópico seguinte, Alexandre Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira se manifestam contra esse posicionamento, sobretudo no artigo intitulado “Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy”, publicado na Coluna Diário de Classe, no dia 05 de abril, em que os autores defendem que Alexy (2011) reconhece a incompletude do círculo hermenêutico sem, no entanto, rejeitá-lo, além do fato de que o jurista alemão teria desenvolvido sua teoria sob forte influência do papel desenvolvido pela linguagem na filosofia do século XX.

Em que pese as divergências relacionadas aos aspectos supramencionados, cabe destacar que, tanto os opositores quanto os defensores da teoria em apreço estudados são unânimes ao afirmar que a recepção da Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu de forma distorcida, o que culminou no fenômeno conhecido como decisionismo. Corroborando com esta tese, foi exposto a concepção de Júlio Aguiar de Oliveira, que considera a forma de prolação de decisões pelo STF uma prática anti-deliberativa, a qual não se coaduna com o que Alexy (2011) propôs em sua teoria.

Por fim, foram analisados dois casos concretos encontrados na jurisprudência brasileira, que ficaram conhecidos como “Caso Ellwanger” e “Condução do réu debaixo de vara”. Enquanto o primeiro demonstra a aplicação distorcida da ponderação de princípios de Robert Alexy pelo STF, o segundo revela um total desprezo da Corte Suprema pela teoria em apreço. Tais análises ilustraram de forma prática a hipótese lançada na pesquisa, a qual se coaduna com a tese dos autores supramencionados.

2. OS PRINCIPAIS CONCEITOS DA CONCEPÇÃO TEÓRICO DISCURSIVA DA FILOSOFIA DO DIREITO ALEXYANA: OS SIGNIFICADOS DE DIREITO E DE NORMA

Antes de se adentrar no estudo da teoria do Direito de Robert Alexy, mostra-se oportuno introduzir sucintamente a biografia do paladino dessa escola do pensamento jurídico. Robert Alexy nasceu na cidade alemã de Oldenburg, em 9 de setembro de 1945. É graduado em Direito e Filosofia pela Universidade Georg-August, de Göttingen. Em 1978, publicou “Teoria da Argumentação Jurídica”. Em 1984, escreveu outra obra de relevância internacional, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, um clássico da Teoria do Direito. Juntas, essas duas obras constituem as pedras angulares de sua Filosofia do Direito, a qual se compõe de um sistema jurídico que envolve os Direitos Fundamentais e a Argumentação Jurídica. Sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” apresenta concepções de princípios e regras, bem como a técnica da máxima da proporcionalidade, a qual vem sendo utilizada por diversas cortes constitucionais e pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Robert Alexy (2011) trabalha com três elementos para conceituar o direito: a eficácia social, a correção material e a legalidade conforme o ordenamento, sendo que esses correspondem respectivamente aos conceitos sociológico, ético e jurídico. Para o autor, apenas com a conjugação desses três fatores, é possível se chegar a uma definição de direito que não seja puramente jusnaturalista ou positivista. André Canuto de F. Lima, em seu artigo intitulado “A teoria dos princípios de Robert Alexy”, ao dissertar sobre os conceitos de direito positivista e jusnaturalista segundo Alexy, conclui:

É positivista o conceito de direito que for descrito apenas com a legalidade ou a eficácia social, sem haver, portanto, a ideia de correção material. Por sua vez, o direito natural elabora um conceito de direito baseado unicamente em sua correção material. Quanto ao positivismo, há também variações de seu conceito, as quais dependem da ênfase que é dada aos dois elementos – legalidade e eficácia – e à relação existente entre eles (LIMA, 2014, p.1).

Nesta esteira, Willis Santiago Guerra Filho (2001) citado por André Canuto F. de Lima (2014) afirma que o modelo desenvolvido por Alexy (2011) corresponde a uma abordagem de determinada ordem jurídica positiva sob as seguintes dimensões: a empírico-descritiva, em que se efetua o conhecimento de uma ordem jurídica positivamente válida e também se descreve a prática dos tribunais; a analítico-lógica, que

se dedica à estrutura do sistema jurídico, além de examinar os conceitos jurídicos e as relações entre as diferentes normas, e a prático-normativa, que se ocupa da orientação e crítica da prática judicial.

No que se refere ao significado de norma, o jurista alemão o considera um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. Alexy (2011) inovou ao elaborar um conceito, denominado por ele de semântico, que seria o único compatível com as mais variadas teorias sobre validade. De acordo com o conceito semântico, é necessário distinguir norma de enunciado normativo, admitindo que a primeira se constitui no significado do segundo. Para Alexy (2011), a identificação de uma norma não deve ser feita através de seu enunciado normativo, mas sim, de sua própria análise, uma vez que uma mesma norma pode ser expressa através de inúmeros enunciados, da mesma forma que é possível expressar uma norma sem a necessidade de um enunciado. Nesse ínterim, ele utiliza os chamados modais deônticos, que se dividem nas modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão, as quais podem ser resumidas no conceito de dever-ser.

Segundo o professor de Kiel (2015), umas das vantagens do conceito semântico de norma consiste no fato de ele não ser apenas compatível com as mais variadas teorias da validade como, também, ser pressuposto por elas. E dentre as teorias da validade, ele destaca as teorias sociológica, jurídica e ética, ressaltando o fato de que o conceito semântico não toma como pressuposto nenhuma dessas teorias, ao mesmo tempo que não as rechaça.

Por fim, Robert Alexy (2015) descreve as normas de direitos fundamentais, as dividindo em dois grupos: as normas diretamente estatuídas e as normas a elas adscritas. Segundo André Canuto F. de Lima (2014), ao dissertar sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy, as normas diretamente estatuídas correspondem às normas textualmente postas na Constituição, ao passo que as normas a elas adscritas são o resultado de uma interpretação que procura tornar mais precisa uma norma diretamente estatuída no texto.

Ainda como objeto deste capítulo, será analisado no subitem seguinte a estrutura da

norma de direito, tomando como base a diferenciação teórico-estrutural entre regras e princípios, a qual é considerada por Alexy (2015) a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais. Em seguida, será feita uma abordagem da teoria da máxima da proporcionalidade, a qual está diretamente conectada à concepção de princípio alexyana.

2.1. DA ESTRUTURA DAS NORMAS: A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

No que concerne à análise da estrutura das normas, Alexy (2015) pondera que é possível que sejam feitas diversas diferenciações teórico-estruturais, no entanto afirma que, para a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é a mais importante.

O professor de Kiel (2011) defende que tanto regras como princípios expressam um dever-ser, podendo ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. O que os diferencia é o aspecto qualitativo. Ao definir o que seria princípio, ele defende que se trata de uma norma que se constitui em um mandado (ou mandamento) de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Já as regras são normas cujo cumprimento há de ser feito de forma integral, utilizando o modo de aplicação batizado por Dworkin (2007) como tudo ou nada. Quando há um embate entre regras, abre-se caminho para que ocorra uma das seguintes possibilidades: pelo menos uma das regras é declarada inválida ou é introduzida uma cláusula de exceção em uma delas. Ao ocorrer um embate entre princípios, por sua vez, um deve ceder frente ao outro, observando-se as circunstâncias do caso concreto para que seja aplicada uma relação de precedência condicionada, que leva ao que Alexy chamou de “lei de colisão”.

A “lei de colisão” é um dos fundamentos da teoria dos princípios alexyana. Segundo Alexy (2015, p. 99), “ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”. Ele ilustra a

aplicação da mencionada lei no caso sobre incapacidade para participar de audiência processual de um acusado que corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto devido à tensão desse tipo de procedimento. O tribunal alemão concluiu que, neste caso, o conflito deveria ser solucionado por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, para definir qual dos dois interesses (do acusado ou da intervenção estatal) tem maior peso no caso concreto, através de uma relação de precedência condicionada. Neste caso concreto, de acordo com Alexy (2015, p. 99), o tribunal alemão concluiu que “se a realização da audiência implicava um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesaria seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição alemã”.

É possível deprender que, em resumo, havendo um conflito entre regras, este deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação, com a aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade. Já havendo um embate entre princípios, prevalecerá aquele que tiver maior peso ou importância naquela circunstância. Por fim, deve-se compreender que os princípios pertencem ao indefinido mundo do possível, o que faz com que eles não se excluam, ao contrário das regras.

Ainda no que se refere a princípios, o autor alemão (2015) faz uma comparação entre a teoria dos princípios e a teoria dos valores, afirmando que existem semelhanças entre elas, dentre as quais é possível destacar a existência tanto de colisão e sopesamento entre princípios como entre valores. Outra semelhança é que a realização gradual entre princípios corresponde à realização gradual dos valores. No entanto, ele diferencia princípios de valores, enquadrando aqueles na classe de conceitos deontológicos (pois exprimem um dever ser), e estes, na classe dos conceitos axiológicos, uma vez que têm como questão essencial o que é bom. André Canuto F. de Lima (2014) conclui que a diferença entre princípios e valores é que o modelo de valores indica o que é melhor, enquanto o modelo de princípios indica o que é devido.

Alexy (2015) sustenta que essa diferenciação parte da divisão dos conceitos práticos proposta por Von Wright, que os divide em três grupos: os deontológicos

(conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo), os axiológicos (ligados ao conceito de bom) e os antropológicos (conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação). O autor conclui, grosso modo, que os princípios, por serem mandamentos de otimização, pertencem ao âmbito deontológico, enquanto os valores fazem parte do nível axiológico. Nas palavras do professor de Kiel:

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo (ALEXY, 2015, p.153).

No tópico seguinte, será explicitada a técnica da máxima da proporcionalidade, diretamente conectada à concepção de princípio alexyana, e utilizada pelo autor alemão para realizar o sopesamento entre princípios colidentes no caso concreto. Será demonstrado o procedimento metodológico racional do qual Alexy(2011) se vale para tanto, por meio da utilização de três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Como se verá, esse procedimento preceitua que, diante de dois princípios colidentes, o intérprete deva realizar uma espécie de afunilamento por meio da passagem dos princípios pelas três máximas até se chegar ao princípio mais adequado a ser aplicado em cada caso específico.

2.2. A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE: A TÉCNICA ALEXYANA PARA O SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS

Segundo Carneiro (2018), a importância do conceito da máxima (*Grundsatz*) da proporcionalidade está diretamente conectada à concepção de princípio alexyana. Nas palavras de Alexy (2011, p. 116), “essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”. A técnica então que o jurista de Kiel utiliza para realizar o sopesamento, ou seja, para aplicar um outro princípio colidente no caso concreto foi batizada por ele como Máxima da Proporcionalidade, a qual leva em consideração a aplicação de três máximas: a adequação

ou idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as duas primeiras máximas tratam da otimização em face das possibilidades fáticas da decisão, a outra cuida dos mandamentos de otimização em razão das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2011).

A máxima da adequação ou idoneidade cuida de uma otimização sobre possibilidades fáticas, que apenas demonstra a possibilidade de utilização de determinados meios para o atingimento dos fins desejados. De acordo com Carneiro (2018), a adequação funcionaria como um critério negativo, eliminando meios não adequados. Sendo assim, a adequação visa a excluir opções não aptas para fomentar a realização de determinado objetivo por um princípio. Na perspectiva de Barros (1996), o subprincípio da adequação deve responder à indagação de que se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Como crítica à utilização deste subprincípio no Brasil, Pedron (2018, p.109), baseando-se nas considerações de Streck (2014), conjectura que o significado de “adequado” foi deturpado, devido a uma tradução imprecisa do termo alemão *fördern* como alcançar, ou invés de fomentar, que seria mais correto.

A máxima da necessidade, por sua vez, demanda um exame comparativo dos atos e entra cena quando há uma colisão entre um princípio que fundamenta um meio de atingir determinado fim e um outro princípio, o que causaria uma inadequação. Tomando como base a constelação mais simples, ou seja, aquela caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de Direito (Estado/cidadão), Alexy (2015, p.119) apresenta a seguinte estrutura para a definição de qual meio utilizar neste caso:

O Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 - ou simplesmente não afeta - a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio - P2 - exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P não exige que se escolha M1 em vez de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às

possibilidades táticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas.

Dessa forma, é possível depreender que, conforme com a teoria alexyana, quando existem dois meios considerados idôneos ou adequados a serem aplicados a um mesmo caso concreto, o julgador deve escolher aquele intervenha de modo menos intenso. Nas palavras de Pedron (2018, p. 110), “por necessidade, entende-se uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo”.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito é a solução encontrada pelo autor tedesco para definir qual princípio possui maior necessidade de realização, quando a solução não pode ser encontrada pelas máximas da adequação e da necessidade. Para Silveira (2013), a proporcionalidade em sentido estrito tem a função de equacionar uma colisão entre princípios em um caso concreto, diante de uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretende tutelar, com a relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental.

Alexy (2011) divide a lei do sopesamento (sinônima da proporcionalidade em sentido estrito) em duas: a lei material do sopesamento e a lei epistêmica do sopesamento. A lei material do sopesamento é expressa da seguinte forma: "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2011, p. 167). Nesse íterim, ele traz as três etapas a serem cumpridas nessa lei: Primeiro, a avaliação do grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; segundo, a apreciação da importância da satisfação do princípio colidente; terceiro, a estimativa se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2011).

Por sua vez, a lei epistêmica do sopesamento procura dimensionar a segurança das premissas que são levantadas na construção do sopesamento. Alexy (2011, p.617) assim a define: “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”. Ao contrário da lei

material do sopesamento, a lei epistêmica não está associada à importância das razões que sustentam a intervenção, mas sim, à sua qualidade epistêmica.

Por último, insta destacar, conforme bem observa Carvalho (2013), que a teoria da argumentação jurídica é sustentada, em linhas gerais, por quatro vertentes: (a) a concepção do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral; (b) a relativização do caráter deontológico dos princípios, seguida da; (c) tentativa de justificação racional de tal fato por meio do emprego de critérios objetivos; e, por fim, (d) a noção de “representação argumentativa”, como fundamento da legitimidade das decisões tomadas conforme tais critérios.

3. A RECEPÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NO BRASIL: ENTRE LÊNIO LUIZ STRECK E ALEXANDRE GOMES TRIVISONNO

Segundo Ávila (2005), a normatização dos direitos fundamentais pela Constituição cidadã trouxe para o ordenamento jurídico uma interlocução entre o Direito, moral, política e princípios básicos do ser humano, tornando o texto constitucional a norma máxima do país.

Ainda conforme preleciona o princípio da Unidade da Constituição, os textos devem ser analisados em sua globalidade, levando-se em consideração o conjunto das normas constitucionais, com vista a guardar uma coerência interna, de forma a evitar conflitos entre seus dispositivos. No entanto, conforme ensina Moraes (2002), os direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos também previstos na Carta Magna.

Com o escopo de buscar a convivência mais harmônica dos princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e a corrente doutrinária brasileira majoritária adotaram a Teoria da Ponderação dos Princípios do jurista Robert Alexy (2011). No entanto, a recepção da mencionada teoria pela Suprema Corte é criticada por juristas brasileiros de renome, que divergem em relação à aceitação de suas bases filosóficas, mas são unânimes ao afirmar que, no Brasil, a utilização da técnica ocorre de

maneira deturpada, uma vez que a utilização indistinta da máxima da proporcionalidade acaba gerando decisões solepcistas, em que juízos morais e políticos são substituídos pelos do próprio magistrado.

A seguir serão apresentados de forma pormenorizada os pensamentos dos juristas brasileiros Lênio Luiz Streck (2014), Alexandre Gomes Trivisonno (2014) e Júlio Aguiar de Oliveira (2016) acerca da teoria da ponderação de princípios alexyana, bem como da análise de sua recepção no Brasil.

3.1. UMA TEORIA SEM FILOSOFIA? A CRÍTICA DE LÊNIO LUIZ STRECK

A distinção entre regras e princípios apresentada por Alexy (2011) vai de encontro à teoria hermenêutica do direito contemporânea, que tem como objetivo fornecer uma teoria da decisão judicial desatada da consciência do magistrado. Essa é a crítica central que Lênio Luiz Streck (2014) faz à ponderação de princípios alexyana.

Ele considera que a hermenêutica afasta a possibilidade de se pensar o Direito independentemente da maneira do sujeito enxergar o mundo, uma vez que o intérprete sempre atribui sentido. Para tanto, ele defende ser necessário uma pré-compreensão de significações para uma real compreensão jurídica, que se baseie em uma concepção democrática e de busca por um direito coerente.

De forma geral, as objeções levantadas pelo jurista brasileiro levam em consideração tanto aspectos de cunho filosófico, ao afirmar que a distinção entre regras e princípios formulada por Alexy mascararia uma certa forma de discricionariedade judicial quanto aspectos de cunho prático, ao constatar que a jurisprudência brasileira não compreendeu a necessidade de se aplicar a Máxima da Proporcionalidade segundo as normas da hermenêutica jurídica, que seria capaz de evitar os protagonismos judiciais (PEDRON, 2018). Ademais, outra crítica refere-se ao fato do professor de Kiel utilizar-se de um método cartesiano para a garantia da correção do resultado, olvidando-se dos trabalhos de Gadamer (2005).

Streck (2014) argumenta que Alexy ignora o giro linguístico ocorrido na filosofia,

responsável por alterar radicalmente a noção de conhecimento como relação entre pessoas e objetos, percebendo-se agora na relação entre pessoas e proposições. Da mesma forma, critica a dogmática jurídica, responsável pela redução do Direito a uma mera racionalidade instrumental, a qual ignora completamente a influência do giro linguístico na hermenêutica. Ao sugerir a técnica do sopesamento, Alexy estaria defendendo, na verdade, na visão do autor, o retorno do conceito de julgamento como ato de vontade, o que implicaria, por conseguinte, em escolha subjetiva do aplicador do direito, podendo levar a diferentes respostas para casos idênticos.

Para Streck (2014), além do ataque à hermenêutica gadameriana e da rigorosidade conceitual que Alexy confere à ciência do Direito, outro problema é a aplicação da proporcionalidade no Brasil, que se tornou uma “vulgata”. Isso ocorreu porque a doutrina pátria importou parcialmente a teoria de Alexy e os tribunais superiores passaram a utilizar o argumento da proporcionalidade sem qualquer critério. Neste mesmo sentido, Pedron (2018) afirma que as teorias surgidas no Brasil a partir da teoria da argumentação de Alexy tiveram como pretexto superar a ideia do “juiz boca da lei”, apostando na liberdade interpretativa dos juízes e dos tribunais. Adotou-se, dessa forma, a teoria alexyana de forma deturpada, resultando no protagonismo do Poder Judiciário. É o fenômeno definido por Streck (2014, p. 60) como panprincipiologismo, que ele assim define:

De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando panprincipiologismo. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Streck (2014) conclui que, na ausência de leis apropriadas, o aplicador utiliza-se da panprincipiologia, o que faz com que a razão prática continue prisioneira do solipcismo judicial, com os princípios sendo utilizados para corrigir todos os problemas de imprecisão da linguagem.

Ademais, ele também critica a distinção que Alexy faz entre regras e princípios, pois acredita que as regras não ocorrem sem os princípios. Em suas palavras, “o problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso” (STRECK, 2014, p. 569).

Além disso, ao final das contas, ambos são aplicados através de uma regra de subsunção, o que levaria ao fenômeno do decisionismo. Streck (2014) defende então a superação da discricionariedade, que recai na arbitrariedade interpretativa, de forma que esta ceda lugar a uma teoria da fundamentação das decisões judiciais que tenha coerência com o ordenamento jurídico vigente e que assegure a integridade do direito. Ainda segundo Pedron (2018, p.115), ao interpretar a crítica que Streck faz à teoria da ponderação de princípios alexyana, “cabe frisar mais uma vez que o julgador tem responsabilidade política sobre suas decisões, devendo proferi-las na condição de membro de uma comunidade e levando em conta os requisitos de integridade e coerência do Direito”.

3.2. ALEXANDRE GOMES TRIVISONNO - OBJEÇÕES A STRECK

O jurista e professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, juntamente com o também jurista e professor Júlio Aguiar de Oliveira, defensores da teoria da ponderação de princípios alexyana, contestam a correção das objeções feitas por Streck e Trindade, no ensaio publicado por ambos na Coluna “Diário de Classe”, intitulado “Alexy e os problemas de uma teoria do direito sem filosofia”. Não obstante as controvérsias em relação à própria correção da teoria alexyana a seguir demonstradas, os defensores do professor de Kiel concordam com seus opositores quando afirmam que, no Brasil, “a aplicação – sobretudo em juízo – de instrumentos centrais da teoria em apreço, como a máxima da proporcionalidade, muitas vezes não corresponde à teoria aplicada” (OLIVEIRA; TRIVISONNO, 2014), como será ao final deste tópico demonstrado.

Primeiramente, Trivisonno e Oliveira (2014) trazem à discussão o fato de Alexy afirmar que o círculo hermenêutico é inafastável, mas não o bastante para o direito. Ao contrário do que Streck e Trindade sugerem, que seria uma rejeição de Alexy aos trabalhos

de Gadamer (2005), seus defensores acreditam que o jurista alemão apenas reconhece a incompletude do círculo hermenêutico, sem, no entanto, rejeitá-lo por completo. Neste ponto, acreditam que os opositores superdimensionam o que Alexy ponderou em suas reflexões expostas no congresso “Proporcionalidade, Dignidade Humana e Direitos Sociais na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy”, realizado em Chapecó, entre os dias 26 e 28 de março de 2014.

Em segundo lugar, rebatendo as objeções de Streck e Trindade de que a teoria do direito alexyana não possuiria matriz filosófica que a embasasse, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira (2014) defendem que a teoria de Alexy possui de veras uma filosofia de base, qual seja, a teoria do discurso, influenciada pelas matrizes filosóficas kantianas e habermasianas, que está por trás da teoria da argumentação jurídica alexyana.

Já no que se refere à crítica de que Alexy não teria compreendido o giro ontológico-linguístico, os defensores do jurista alemão novamente vão em sua defesa. Eles acreditam que tal crítica linguística não pode ser sustentada, pois o princípio do discurso é dialógico, tendo como prova o fato de Alexy desenvolver sua teoria da argumentação jurídica sob forte influência do papel desenvolvido pela linguagem na filosofia do século XX (OLIVEIRA; TRIVISONNO, 2014).

Por último, em relação à crítica de que, para o autor alemão, princípios não possuiriam caráter deontológico e que estariam à disposição dos intérpretes para que ao final decidissem conforme sua vontade, Trivisonno e Oliveira (2014) consideram que se trata de um equívoco cometido pelos opositores de Alexy ao levar em consideração a aplicação distorcida da teoria alexyana no Brasil. Para eles, ponderação não pode ser confundida com decisionismo, uma vez que, para Alexy (2011), a ponderação se desenvolve dentro de um processo racional de argumentação, através da máxima da proporcionalidade. Nas palavras dos autores:

Aqui a razão do equívoco dos autores é provavelmente a confusão entre a teoria de Alexy e a aplicação, por parte de alguns tribunais no Brasil, da ideia de ponderação. O fato de alguns tribunais ponderarem sem critério, o que pode

implicar decisionismo, não significa que Alexy o faça. Para Alexy a ponderação se desenvolve dentro de um processo racional de argumentação. Não há decisionismo: princípios não são normas que o intérprete escolhe de forma arbitrária. Ao contrário, princípios são ponderados de forma racional, através da máxima da proporcionalidade, que pressupõe a argumentação jurídica. A ponderação seria arbitrária se ela não estivesse conectada a argumentos racionais que a apoiam (OLIVEIRA; TRIVISONNO, 2014, p. 1).

Nesse mesmo sentido, Trivisonno (2015), em seu “Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito” ressalta a necessidade de se reconhecer a importância da argumentação racional para o agir jurídico-metódico. Para o autor, processos como a ponderação e os cânones interpretativos não serão arbitrários, caso sejam postos como referência dentro de uma argumentação jurídica. Ele destaca a função estruturante dos cânones, os quais são indispensáveis para a racionalidade da aplicação das normas jurídicas, embora na prática judicial brasileira sejam muitas vezes utilizados sem os devidos cuidados, sobretudo como recurso de autoridade.

Por fim, mas ainda no começo de seu artigo “Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy”, Trivisonno e Oliveira (2014) concordam com Streck e demais opositores da teoria do direito em comento quando afirmam que a aplicação dos instrumentos centrais da teoria alexyana, sobretudo a máxima da proporcionalidade, ocorreu de forma distorcida nos tribunais brasileiros. Para eles, tal fenômeno de não recepção adequada não ocorreu somente com a teoria alexyana, uma vez que é comum em toda teoria que apresenta grande repercussão.

Trivisonno (2015) também corrobora com tal entendimento ao afirmar que uma das questões fundamentais da teoria e da filosofia do direito é representada pelo problema da aplicação normativa e seus métodos, o que no contexto brasileiro ocorre de forma acentuada, visto que a hermenêutica jurídica é tratada de forma relativamente simples em solo pátrio, contando com poucos pesquisadores que se aprofundam no tema.

Desse modo, é possível constatar que todas as críticas direcionadas a Alexy no que se refere à estrutura teórico-filosófica de sua teoria são rebatidas por Alexandre Trivisonno. A teoria da ponderação de princípios fornece, de fato, uma solução íntegra e

coerente com o Direito, uma vez que o sopesamento deve ser realizado através de argumentos racionais, nos moldes propostos por uma argumentação jurídica que leva em consideração os valores da sociedade em que o Direito está inserido.

O equívoco cometido por Lênio Luiz Streck parece ter sido considerar a utilização deturpada do sopesamento que o STF faz como uma falha da teoria alexyana em si. Alexy não defendeu a substituição dos valores morais e políticos de uma sociedade pelos do magistrado na busca de uma solução para um caso concreto – são os magistrados brasileiros que, muitas das vezes, utilizam-se da ponderação de princípios apenas como um artifício retórico para encobrir suas reais preferências.

3.3. JÚLIO AGUIAR DE OLIVEIRA: A PRÁTICA ANTI DELIBERATIVA DO STF

O jurista Júlio Aguiar de Oliveira (2016), também defensor da teoria dos princípios de Alexy (2011), discorre acerca dos conceitos de direito, justiça e prudência, nos moldes aristotélicos e tomasianos. Ele confere à justiça um caráter de virtude moral, mas acredita que a descoberta do direito no caso concreto seja tarefa da virtude da prudência. Além de reconhecer o sentido da prudência enquanto virtude própria da pessoa humana, ele ressalta que esta deva ser atribuída à natureza do processo e de suas instituições.

Ao fazer uma análise do processo de tomada de decisões no Supremo Tribunal Federal, Oliveira (2016) conclui que há uma falta de compromisso com a prudência em um nível elementar, uma vez que não há deliberação em sentido estrito na base das decisões do STF, o que pressupõe a não recepção da teoria da ponderação de princípios alexyana. Em síntese, Júlio Aguiar de Oliveira (2016, v.12, n.2) afirma que:

[o] verdadeiro desafio para a superação do déficit de racionalidade da prática decisória do STF não se encontra, neste momento, nem na celebração das supostas virtudes da proporcionalidade, nem na condenação de seus supostos defeitos. O desafio, hoje, encontra-se no reconhecimento e na construção das condições institucionais necessárias para a instauração da deliberação no STF.

O autor cita a colocação de Virgílio Afonso da Silva (2013), que descreve o processo de decisão no STF como puramente agregativo, em que cada ministro escreve seu

próprio voto e todos os votos são publicados. Esta ausência de deliberação implica, segundo Oliveira (2016) em decisões desprovidas de fundamentação argumentativa, uma vez que, sendo os argumentos apresentados em votos individuais, é impossível definir quais argumentos sustentam a decisão tomada pelo voto da maioria, ainda que a decisão tenha sido tomada de forma unânime.

Encontra-se uma miscelânea de argumentos, já escritos previamente, que não sofrerão, parece, nenhuma influência da exposição do colega, também ministro e portador, em tese, de notório saber jurídico. Não existe aqui um espírito de colegialidade, tem-se, onze posições particulares que se somam ao final para se ter um resultado (GOMES, 2019, p. 57).

Relacionando tal fato com a suposta aplicação da teoria da ponderação (máxima da proporcionalidade) de Alexy nos tribunais brasileiros, o autor afirma que “A importação da máxima da proporcionalidade sem a importação simultânea de uma prática institucional de deliberação real impõe-lhe uma deformação radical: o que era para ser aplicação da máxima da proporcionalidade revela-se outra coisa” (OLIVEIRA, 2016, p. 185).

Assim, ele conclui, baseado também no trabalho de José Rodrigo Rodriguez (2013), que o STF (assim como os outros tribunais brasileiros) decide, mas não delibera. E dessa forma, a aplicação da máxima da proporcionalidade no Brasil não passa de mero apelo à racionalidade ou artifício retórico.

A tese apresentada por Júlio Aguiar corrobora com todos os argumentos colecionados neste trabalho de que houve de fato uma má recepção da ponderação de princípios em solo brasileiro. Alexy defendia o espírito de colegialidade, a busca de uma decisão baseada em uma deliberação, no intuito de que, de forma conjunta, os magistrados pudessem chegar a uma solução justa para cada caso concreto. O modo como as decisões são tomadas pela Suprema Corte federal brasileira, na forma de placar, revela-se um ataque à argumentação jurídica racional, uma vez que cada magistrado já escolhe previamente “de que lado vai ficar”, sem receber influência dos argumentos de seu colega. Quando, no final, é feita uma somatória de votos individuais, chega-se a uma decisão em que não é possível saber qual tese argumentativa a sustentou.

4. UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1. O CASO ELWANGER

Um exemplo clássico encontrado na jurisprudência brasileira que ilustra a aplicação distorcida da ponderação de princípios de Robert Alexy pelo STF é o julgamento do HC 82.424-2/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”. O caso em análise envolveu a publicação de livros, pelo autor Siegfried Ellwanger, cujo conteúdo foi considerado discriminatório em relação à comunidade judaica. Após a denegatória do habeas corpus pelo STJ, Ellwanger interpôs novamente tal remédio constitucional, desta vez, em face do STF.

A questão então envolveu uma discussão acerca dos limites da liberdade de expressão, quando em colisão com a norma constitucional que incrimina o racismo. Discutiu-se a extensão do conceito de raça (se poderia ser aplicado ao caso dos judeus) e se os livros impugnados seriam a manifestação de uma ideologia abarcada pela proteção à liberdade de expressão.

O Ministro Gilmar Mendes votou, alicerçando seu parecer na técnica contida na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy (2011). Dessa forma, ele concluiu que a incriminação das afirmações antissemitas era: (a) adequada, pois assegurava uma sociedade pluralista e tolerante, bem como tutelava a dignidade humana e o pluralismo político; (b) necessária, porque não havia nenhum outro meio menos nocivo e igualmente eficiente para tal, (c) proporcional em sentido estrito, pois se verificou a proporcionalidade entre o fim perseguido (a preservação da dignidade humana e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista e os limites impostos à liberdade de expressão do autor dos livros impugnados). Concluiu, dessa forma, que houve um abuso no exercício de tal liberdade, uma vez que essa não abarca a possibilidade do exercício de atos de intolerância racial ou incitação à violência (CARVALHO, 2013).

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio Mello, utilizando-se também do Princípio da Proporcionalidade defendeu, surpreendentemente, argumento oposto. Para ele, a

incriminação das afirmações antissemitas era: (a) inadequada, porque o antissemitismo no Brasil não iria cessar com a proibição de publicação das mencionadas obras; (b) desnecessária, pois não era o meio menos nocivo para tutela da isonomia no caso; (c) desproporcional em sentido estrito, porque não havia proporcionalidade entre o fim perseguido ao passo que eliminava por completo a liberdade de expressão do autor das obras.

Após a apuração do total de votos, o *writ* foi denegado, por decisão da maioria dos ministros, sob fundamento de afronta ao princípio da isonomia, uma vez que os livros impugnados constituíam uma apologia à discriminação contra a comunidade judaica.

Analisando este caso específico, é possível notar que, partindo da aplicação do mesmo método, chegou-se a resultados díspares entre dois julgadores, o que nos conduz mais uma vez à indagação se de fato a ponderação de princípios é aplicada de forma imparcial pelo STF ou se ela é utilizada apenas como artifício retórico para valorações arbitrárias, que conduzem à relativização discricionária de direitos fundamentais.

Pode-se cogitar neste caso a aplicação da teoria alexyana como uma verdadeira “vulgata” tal qual observou Lênio Streck: o argumento da proporcionalidade é utilizado sem critério, tanto que foram observados resultados diametralmente opostos, vindos de dois julgadores que disseram basear sua decisão em uma mesma teoria. Como poderiam dois ministros sopesarem de modo diferente os princípios da liberdade de expressão e da norma que incrimina o racismo, em um mesmo caso concreto, tomando por base uma teoria que prevê um procedimento racional na busca de uma solução? No mesmo sentido, o caso amolda-se ao que Alexandre Trivisonno considerou comum nas cortes superiores brasileiras: a utilização de uma ponderação sem critérios, culminando no decisionismo.

Ademais, pode-se constatar que no caso em tela os ministros Gilmar Mendes e Marco Auréio Melo expuseram seus argumentos já pré-concebidos sem receber a influência de seus colegas. Não houve uma decisão colegiada, mas sim uma somatória de votos individuais que decidiu por denegar o *writ* e condenar as obras de Elwanger. Tal como defendido por Júlio Aguiar, não se observa neste caso uma deliberação nos moldes

alexianos, mas sim, um somatório de votos individuais para a formação da decisão final.

4.2. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - "CONDUÇÃO DO RÉU DEBAIXO DE VARA"

O julgamento do HC 71373-4 pelo STF, revelou-se outro caso extremamente relevante para a jurisprudência da Suprema Corte, pois, pela primeira vez, ela se defrontou com a recusa do paciente em realizar o exame de DNA para a comprovação da paternidade. O caso trouxe à tona a colisão entre dois direitos fundamentais: a intangibilidade física do corpo VS o direito à real identidade da criança. O argumento utilizado pelo réu para a não realização do exame é a inexistência de lei que o obrigasse a sujeitar-se a esse tipo de prova.

O voto do Ministro Marco Aurélio Melo foi vencedor, através da seguinte tese: “é irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire das próprias veias a porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame” (STF, HC 71373, p.420). Dentre os argumentos utilizados para corroborar com a tese em apreço, foram citados a inexistência de lei que obrigue o paciente a ser submetido ao exame de DNA (STF, HC 71373, p.419), a ilegitimidade moral em se realizar a inspeção do corpo humano sem o consentimento do réu (STF, HC 71373, p. 429) e admissibilidade ficta (STF, HC 71373, p. 418). Acompanharam o voto do ministro Marco Aurélio os ministros Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira.

Não obstante, os ministros Francisco Resek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram em sentido contrário, posicionando-se a favor do exame compulsório. Os principais argumentos por eles levantados foram: o direito que a criança tem à sua real paternidade (STF, HC 71373, p.409 e 410), o fato de que o direito ao próprio corpo não é absoluto (um exemplo seria os casos de vacinação em prol da saúde pública) e a valorização que a Constituição Federal deu aos direitos da criança e do adolescente, impondo à sociedade e ao Estado o dever de assegurar-lhes o respeito e a dignidade. Desse modo, o direito da criança em conhecer o pai biológico é preponderante,

pois insere-se no direito à dignidade da pessoa humana.

Este acórdão revelou mais uma vez o embate envolvendo a colisão de princípios quando há direitos conflitantes. Em que pese haver predominado a tese da defesa da intimidade, é possível constatar que nenhum dos ministros fez alusão ao método do sopesamento de valores, preferindo expor sua concepção prévia a respeito do assunto, sem explicar o motivo pelo qual optaram por defender um princípio em detrimento do outro.

Conforme observado, cada ministro expôs seus argumentos alicerçados em dispositivos legais e conceitos morais sem considerar um conflito que pudesse existir no que se refere ao disposto em outros diplomas normativos. Enquanto no “Caso Elwanger” os julgadores se propuseram a justificar seus argumentos dentro da teoria da ponderação de princípios, ainda que a utilizando apenas como um mero artifício retórico, no julgamento do habeas corpus em análise, nem sequer houve esta preocupação, uma vez que cada ministro já possuía seu juízo pré-concebido sobre o tema e, conseqüentemente, já sabia a favor de quem votar. Mais uma vez, encontra-se presente a escolha de normas sendo feita de forma arbitrária, implicando no fenômeno do decisionismo, tal qual apresentado por Alexandre Trivisonno.

O caso em apreço também ilustra a falta do espírito de colegialidade entre os julgadores, uma vez que os ministros Marco Aurélio Melo e Francisco Resek, ao formularem suas teses divergentes, não pareceram ser influenciados pelos argumentos em sentido contrário uns dos outros. Ao fim do julgamento, o que se constatou foi um somatório de votos que decidiu que o paciente não poderia ser constrangido a realizar o exame sanguíneo de DNA. Tal como defendido por Júlio Aguiar, não houve deliberação, mas sim, um somatório de votos em sentido comum resultando em uma decisão final.

5. CONCLUSÃO

De acordo com todo o exposto, é possível tecer as seguintes considerações finais:

Para Alexy, tanto princípios quanto regras possuem valor normativo, distinguindo-se entre si pelo aspecto qualitativo: enquanto princípios são mandamentos de

otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, as regras se constituem em mandamentos de definição, pois são sempre satisfeitas ou não;

O conflito entre regras é resolvido pela aplicação da lógica do “tudo ou nada”, sendo utilizados os critérios de hierarquia, cronologia e especificidade. Já o conflito entre princípios, por estes apresentarem um caráter *prima facie*, é solucionado através do sopesamento entre eles, levando-se em consideração a configuração típica do caso concreto. Para tanto, o professor de Kiel utiliza-se da Máxima da Proporcionalidade, técnica que considera os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido entrito;

No que se refere aos aspectos filosóficos que embasam a teoria do direito alexyana, há controvérsias entre os doutrinadores pátrios estudados, sobretudo no tocante aos seguintes aspectos:

A teoria de Alexy seria um ataque à hermenêutica gadameriana, a qual indica a construção de uma nova teoria da decisão judicial que dispense protagonismos judiciais – o que não é aceito por Trivisonno, que afirma que Alexy apenas reconheceu a incompletude do círculo hermenêutico sem, no entanto, rechaçá-lo;

Alexy teria ignorado o giro linguístico, o que é rebatido por seus defensores, que defendem que a argumentação jurídica é dialógica, tendo matriz na teoria da linguagem do século XX;

O sopesamento deve ser rechaçado por implicar em discricionariedade, a qual, muitas das vezes, descamba para a arbitrariedade. Neste ponto, os defensores da teoria alexyana acreditam ser um equívoco cometido por Streck e Trindade por levarem em consideração a ponderação sem critério realizada por alguns tribunais brasileiros.

Ainda que haja relevante controvérsia entre críticos e opositores brasileiros da teoria alexyana no que tange aos aspectos filosóficos que embasam o pensamento do jurista alemão, um ponto comum é possível detectar: tanto Lênio Streck quanto Alexandre Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira concordam que a aplicação da ponderação de

princípios, representada pela aplicação da técnica da máxima proporcionalidade, ocorreu no Brasil de forma distorcida, sem o rigor que exige um processo racional de argumentação.

Tal fato culmina no fenômeno do decisionismo, em que princípios são tratados como normas que o intérprete escolhe de forma arbitrária, levando a decisões solepcistas, em um retorno ao subjetivismo encontrado em Kelsen.

O caso Elwanger teve como escopo ilustrar a conclusão extraída da análise dos pensamentos dos autores elencados neste trabalho, pois demonstrou como a Corte Suprema brasileira, através de sua prática antideliberativa, utilizou-se da Ponderação de Princípios como um mero artifício retórico, em que os juízos morais foram substituídos pelos dos próprios magistrados.

Por fim, o caso “Condução do réu debaixo de vara” demonstrou uma verdadeira desconsideração do STF em relação à teoria da ponderação de princípios, uma vez que o julgamento foi feito sem que o método concebido por Alexy fosse sequer citado pelos ministros. Tal fato ilustrou de forma inequívoca a não recepção da teoria alexyana pela Corte Suprema brasileira, corroborando com a hipótese lançada nesta pesquisa e defendida pelas teses dos doutrinadores pátrios citados.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CARNEIRO, Rodrigo Alvares. **A Justificação interna e externa da Máxima da Proporcionalidade como Argumento Jurídico nas Obras de Robert Alexy**. Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica, Salvador, v. 4, n. 1, p. 96-118, jan/jun 2018.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa de Carvalho. **Sobre os limites da argumentação jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos de Jürgen Habermas e Chantal Mouffe**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 649-710, jul./dez. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins, Fontes, 2007.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

GOMES, Renata Silva. **Realismo jurídico clássico, direito natural e direitos humanos / Renata Silva Gomes**. Belo Horizonte, 304f, 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, p. 67, 2001.

LIMA, André Canuto de F. **A teoria dos princípios de Robert Alexy**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4078, 31 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31472>. Acesso em: 7 abr. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar. **Interpretação do direito: entre a despedida do método e o improvável retorno da prudência**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 25, p.171-190, jul/dez 2016.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Gomes. **Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy**. Blog Os Constitucionalistas. Belo Horizonte, 14 abr. 2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medauar; SANTOS, Cyntia Cordeiro. **A crítica da teoria hermenêutica de Lenio Streck à teoria dos princípios de Robert Alexy**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 16, n.

24, p. 101-119, jul./dez. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 62-63, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding Without Deliberating**. International Journal of Constitutional Law, Oxford, v. 11, n. 3, 557-584, p. 568, 2013.

SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 23 abril 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderacao-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 03 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRIVISONNO, Alexandre Gomes. **Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito**. In: ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

Data da submissão: 10/03/2021

Data da primeira avaliação: 08/04/2021

Data da segunda avaliação: 01/08/2021

Data da aprovação: 30/09/2023

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR E SEU PANORAMA
PROTETIVO NO DIREITO BRASILEIRO: A IMPORTÂNCIA DO AMPARO
CONSTITUCIONAL. AVANÇOS E EXPECTATIVAS APÓS OS 30 ANOS DO CDC**
*FUNDAMENTAL CONSUMER RIGHTS AND ITS PROTECTIVE OVERVIEW IN
BRAZILIAN LAW: THE IMPORTANCE OF CONSTITUTIONAL SUPPORT. ADVANCES
AND EXPECTATIONS AFTER 30 YEARS OF CDC*

Sebastião Sérgio da Silveira¹
Arnaldo Rodrigues Neto²

RESUMO: o presente trabalho tem por objetivo trazer alguns apontamentos sobre a proteção constitucional do consumidor sob a ótica dos Direitos Fundamentais a ela inerentes, como também uma consequente abordagem sobre a relevância do amparo constitucional do tema, fator primordial para concretização de tais direitos, dotados de fundamento constitucional. Pautado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase nos princípios norteadores constitucionais das relações de consumo, busca-se demonstrar os avanços conquistados pelos consumidores ao longo dos 30 anos da Lei n. 8.078/1990 — nosso “Código de Defesa do Consumidor” e os novos desafios que decorrem das relações de consumo contemporâneas, fruto da atual sociedade de consumo. Com abordagem qualitativa, os dados levantados foram analisados pelos métodos indutivo, hipotético-dedutivo e dialético.

Palavras-chave: Direito Coletivo; Direito Constitucional; Direito do Consumidor; 30 anos do CDC.

ABSTRACT: The present work aims to bring some notes on the constitutional protection of the consumer from the perspective of the Fundamental Rights inherent to it, as well as a consequent approach on the comparison of the constitutional support of the subject, a primordial factor for the realization of such rights, endowed with foundation constitutional. Based on bibliographical and jurisprudential research, with emphasis on the constitutional guiding principles of consumer relations, it seeks to demonstrate the advances achieved by consumers over the 30 years of Law n. 8.078/1990 - our “Consumer Defense Code” and the new challenges arising from contemporary consumer relations, the result of the current

¹ Professor na FDRP-USP e na UNAERP. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP e Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal; e-mail: ssilveira@unaerp.br; Lattes: 7795231195922277; ORCID: 0000-0002-2773-4544

² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto –UNAERP, Ribeirão Preto; e-mail: arnaldo_net@hotmail.com; Lattes: 7378261725497781; ORCID: 0000-0003-2935-2256

consumer society. With a qualitative approach, the data collected were promoted by inductive, hypothetical-deductive, and dialectical methods.

Key-words: Collective Law; Constitutional Law; Consumer Law; 30 years of CDC.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito do Consumidor e a sua proteção constitucional; 3. A defesa do consumidor como Direito Fundamental; 4. A defesa do consumidor e a ordem econômica; 5. A densificação normativa da proteção constitucional; 6. O CDC e o panorama da proteção do consumidor no Direito brasileiro; 7. O Código de Defesa do Consumidor; 8. Panorama no Brasil; 9. Conclusão; 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, o Direito do Consumidor e sua característica de Fundamento Constitucional. Desta forma, partindo-se da ideia fundamental de um Direito protegido pela Constituição Brasileira, denota-se tratar de corolário substancial que visa a proteção afirmativa dos consumidores previstas nos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da Constituição Federal, concluído pelo artigo 48 do ADCT.

Diante da importância e relevância do tema, que se justifica ainda mais em momentos de crise global como a atualmente vivida por toda a população mundial, situações que, infelizmente, expõem uma série de arbitrariedades e incongruências contra as parcelas da população menos favorecidas (em qualquer aspecto), precipuamente a classe dos consumidores, buscou-se organizar o estudo em três partes, que auxiliarão na compreensão e disposição didática do tema.

Com efeito, objetiva-se ponderar a proteção constitucional do consumidor a partir de sua tríplice função que decorre da própria Constituição Federal, podendo ser considerada da seguinte maneira: a) promover a defesa dos consumidores, no elenco dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII, da CF); b) assegurar a tutela do consumidor como princípio geral da atividade econômica (art. 170, V, da CF); e, ao final, c) sistematizar esta proteção especial através de uma codificação (art. 48 do ADCT).

O presente estudo baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase nos princípios norteadores constitucionais, nas relações de consumo (CDC) e seara

processual coletiva na tutela de direitos do consumidor. Ademais, quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa, sendo os dados levantados analisados pelos métodos indutivo, hipotético-dedutivo e dialético.

A pesquisa apresenta uma estrutura dividida em dez capítulos, sendo a introdução, oito capítulos de desenvolvimento e a conclusão.

O primeiro capítulo de desenvolvimento apresenta uma análise da evolução do Direito do Consumidor e a previsão constitucional protetiva, seguindo, num segundo momento, por uma abordagem da defesa do consumidor como Direito fundamental e a visão principiológica quanto a sua importância para a manutenção da ordem econômica.

Já no terceiro e quatro capítulos de desenvolvimento, busca-se demonstrar que, com o passar dos anos e, conseqüentemente, com o aprimoramento da legislação consumerista, as normas protetivas constitucionais tornaram-se mais efetivas e apropriadas por meio da densificação normativa.

Seguindo de maneira peremptória, o quinto capítulo de desenvolvimento aborda o próprio Código de Defesa do Consumidor com viés panorâmico da proteção consumerista no Direito Brasileiro. Enquanto nos dois capítulos finais de desenvolvimento são abordadas questões concretas e a atual relevância do tema para as situações cotidianas, de consumo, decorrentes das inovações tecnológicas e do surgimento de novos meios e formas de relacionamento.

2. O DIREITO DO CONSUMIDOR E A SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Desde o nascedouro da Constituição Federal de 88, o legislador constituinte evidenciou a relevância do direito do consumidor em alçá-lo ao patamar dos direitos constitucionais fundamentais. Assim, de maneira explícita, inseriu a obrigação do Estado em promover a defesa do Consumidor no Título II da CF-88 (Direitos e Garantias Fundamentais).

Desse modo, a inclusão da proteção do consumidor na Constituição representa a harmonização das funções do Estado ao passo que lhe cabe intervir em situações de

desigualdade e desequilíbrio social, quando não é possível resolvê-las satisfatoriamente por meio dos mecanismos exclusivamente políticos ou econômicos.

De outra senda, como Lei fundamental, a Constituição Federal é dotada de previsões básicas voltadas à organização do Estado, como também dos direitos e garantias fundamentais, assumindo *status* superioridade hierárquica aos demais tipos normativos legais e, portanto, servindo como substrato fundamental de validade de toda e qualquer norma que vise a proteção do consumidor.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques (2021, p.27) assevera que “a Constituição Federal de 88 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil e a garantia institucional da existência e efetividade do Direito do Consumidor”.

Como consequência direta e pragmática, tal previsão permite o reconhecimento do consumidor como um novo sujeito de direitos, quer individual ou coletivamente, e da assunção de compromissos pelo Estado para garantia de sua proteção, assegurando-lhe a titularidade de direitos constitucionais fundamentais (artigo 5º, XXXII, da CF), como também uma legislação codificada especial (artigo 48 do ADCT) e, ainda, a convalidação da defesa do consumidor como princípio da Ordem Econômica (artigo 170, V, da CF).

Outro importante ponto trazido pelo legislador constituinte originário foi a possibilidade (previsão) de elaborar um Código de Defesa do Consumidor, consoante o artigo 48 da ADCT, em 120 dias a contar da promulgação da Constituição Federal – fato que, em terras brasileiras, ocorreu 2 anos após, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, dispondo sobre a proteção do consumidor e outras providências (Lei n. 8.078/1990).

De acordo com Bruno Miragem (2019, p.42):

O artigo 5º, inciso XXXII, ao utilizar a locução “na forma da lei”, inseriu uma determinação específica ao legislador ordinário para detalhar a proteção constitucional, atribuindo a este a possibilidade de elaborar normas específicas de proteção, a fim de aperfeiçoar a tutela prevista na Constituição Federal.

Assim, evidencia-se que o direito do consumidor define, em resumo, um conjunto de normas destinadas ao cumprimento dessa tríplice consignação constitucional: promover

a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da CF); assegurar a tutela do consumidor como princípio geral da atividade econômica (art. 170, V, da CF); e, finalmente, organizar a proteção especial através de uma codificação (art. 48 do ADCT).

Sem prejuízo, há também o disposto no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que estabeleceu, como uma das funções institucionais do Ministério Público, a de promover a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, encontrando arrimo legal no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, importante marco evolutivo legal sobre a proteção metaindividual dos direitos e interesses do consumidor.

3. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Segundo o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, o Estado promoverá a Defesa do Consumidor. Tem-se, portanto, um direito fundamental que obriga o Estado a adotar determinadas prestações positivas por meio de ações ativas, visando proteger os consumidores e, por conseguinte, dar maior equilíbrio às relações de natureza consumerista.

Na doutrina de Cláudia Lima Marques (2021, p.26), pode-se compreender tal assertiva da seguinte maneira:

Assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores, no direito de fomentar ações deliberadamente positivas a fim de assegurar a integridade do exercício dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, evidencia-se que tal amparo versa sobre um dever do Estado, ao passo que a garantia dos Direitos Fundamentais obriga que o Estado deixe sua posição tradicional de adversário para, assim, ocupar sua posição de garantidor de tais direitos, cabendo ao poder público não apenas agir em proibição aos excessos, mas principalmente esquivar-se da omissão.

Voltando-se para o cerne exclusivo do direito das relações consumeristas, a proteção do consumidor encontra o seu baldrame no parâmetro da desigualdade intrínseca

entre os sujeitos envolvidos, que não é pouca. É evidente a grande disparidade entre os entes que compõem a relação de consumo, levando, como consequência, à busca de um maior equilíbrio através das disposições normativas afetas, reconhecendo-se, assim, tais direitos como fundamentais em prol dos consumidores para, em contrapartida, equalizar e evitar que os interesses dos entes mais fortes prevaleçam.

Como conceptáculo do exposto acima, surge a necessidade de se alcançar os critérios de equidade por intermédio de leis que possam reequilibrar tais relações visceralmente desiguais, ou seja, fazendo-se valer a máxima de “tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

Bruno Miragem (2019, p. 37) assegura que a figura da desigualdade fática entre partes da relação de consumo é o que traz legitimidade ao tratamento tal qual exposto:

(...) A desigualdade, *in casu*, reside na posição favorecida do fornecedor em relação ao consumidor, sobretudo em razão de um pressuposto poder econômico ou técnico mais significativo, que corresponderá, necessariamente, a uma posição de fragilidade e exposição do consumidor, o que se convencionou denominar de vulnerabilidade deste em relação àquele.

Desta maneira, é estreme de dúvidas que a proteção do consumidor como direito fundamental possui arrimo na desigualdade intrínseca das relações entre consumidores e fornecedores. Fato inconteste. Assim, surge como remédio o dever do Estado em intervir nas relações para fomentar a harmonização de interesses antagônicos, valendo-se do princípio da igualdade em sua acepção mais ampla, visando preservar os consumidores, entes vulneráveis e hipossuficientes na concepção da Lei.

4. A DEFESA DO CONSUMIDOR E A ORDEM ECONÔMICA

Em continuidade, o legislador constituinte originário inseriu a “defesa do consumidor” no rol dos princípios gerais da atividade econômica, conferindo-lhe equivalente dimensão atribuída aos princípios da soberania nacional, da livre concorrência, da propriedade privada, , dentre outros.

Segundo preconiza o artigo 170, *caput*, da CF-88, a ordem econômica tem por

arrimo, simultaneamente, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e devendo observar os princípios indicados nos incisos do referido artigo 170.

De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto (2017, p. 675): “a ‘ordem econômica’ consiste num plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico”.

Com efeito, tal conceituação evidencia que a ordem econômica se presta a garantir a existência digna de todos, respeitando, obviamente, o princípio da propriedade privada. Neste contexto, evidencia-se que a CF/88 se preocupou substancialmente com o princípio da dignidade da pessoa humana ao discernimento primordial no equilíbrio de forças: de um lado restou evidente a visão de uma “economia de mercado”, de cunho capitalista e, de outro, buscou-se resguardar a defesa do consumidor ao alçar seus direitos ao altiplano constitucional.

Com efeito, o conceito aplicável à liberdade econômica não pode ser absoluto sob pena de atentar contra a finalidade da própria ordem econômica e do papel precípua da defesa do consumidor que é voltado a garantir a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a consequência do exposto leva a concluir que o princípio de defesa do consumidor não se limita a uma série de disposições legais que visam proibir e/ou limitar a autonomia privada, mas sim de algo muito mais amplo e efetivo, ao passo que denota caráter interventivo ou promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais. De acordo com a doutrina de Bruno Miragem (2008, p.41), a importância do Princípio de Defesa do Consumidor é evidente, pois, não representa apenas um conteúdo proibitivo ou limitador da vontade de cada um, mas principalmente de um mandamento interventivo ou promocional dos preceitos basilares da Constituição.

5. A DENSIFICAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Como consequência do princípio constitucional de proteção e defesa do

consumidor, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, incumbe ao Estado promover a proteção efetiva de direitos e interesses dos consumidores valendo-se, para tanto, dos direitos fundamentais.

Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor solidificou aquilo que foi disposto pela CF/88, ao passo que, em seu Capítulo III, do Título I, elencou aqueles que seriam os direitos básicos consumeristas, os quais, por sua vez, são alçados à categoria de basilares, pois, além de servirem como fundamento à tutela jurídica, atuam como a pedra angular de suporte ao arcabouço legislativo aplicável às relações de consumo.

Segundo a doutrina de Leonardo de Medeiros Garcia (2011, p. 63), é indissociável a ideia de que a instrumentalização de todo esse sistema complexo que envolve relações de consumo dar-se-á através daqueles que seriam os direitos básicos do consumidor: “(...) ao elencar os direitos do consumidor, o legislador fez questão de ressaltar que se tratam de direitos básicos, ou seja, aqueles que irão servir de base na orientação e instrumentalização das relações de consumo”.

Portanto, a previsão legal contida no artigo 6º do CDC ao trazer aqueles que seriam os direitos básicos, evidencia o foco na proteção do consumidor justamente por sua condição de vulnerabilidade natural dentro das relações de consumo. Outrossim, como já abordado, a desigualdade entre os sujeitos dessa relação polarizada ocupa papel de igual destaque, levando o Estado, como lhe cabe, interferir e dispor tais direitos com o fito de equilibrar interesses antagônicos, inerentes ao modelo econômico e ao mercado.

Por fim, não é menos relevante salientar, que o rol de direitos básicos apresentado no artigo 6º do CDC é meramente exemplificativo. E isso se dá em razão de uma lógica necessária e aplicável ao contexto: as infrações a princípios do direito do consumidor não considerados no aludido dispositivo legal encontrarão o seu arrimo e alicerce normativo, garantindo, assim, ampla proteção jurídica, partindo-se das normas constitucionais de defesa do consumidor, contidas na Constituição Federal de 1988.

6. O CDC E O PANORAMA DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO DIREITO

BRASILEIRO

Antes de adentrar propriamente nos direitos específicos dos consumidores, torna-se salutar compreender as origens e a consequente evolução do direito do consumidor, hoje certamente considerado como um ramo específico do Direito.

Neste contexto, o Direito do Consumidor enquanto conjunto de regras e princípios, objetiva primordialmente a proteção dos consumidores diante dos fornecedores, visando equilibrar essa relação naturalmente dispare e polarizada.

Apesar de sua origem recente como ramo do Direito, globalmente, a defesa do consumidor tem sua origem no surgimento dos contratos, passando por mudanças substanciais com as Revoluções do Século XVIII (e a influência na Teoria Contratual), ganhando mais corpo e forma com a Revolução Industrial e o aparecimento da “Sociedade de Massa” para, enfim, alcançar outros formatos mais lapidados e mais preparados para regular o convívio social, tal como os Contratos de Adesão que, em resumo, atuam como instrumentos reguladores dessa Sociedade de Massa.

Assim, levando em consideração tais relações e a necessidade de o Estado proceder de forma intervencionista nas relações entre fornecedores e consumidores, surge-se o “movimento consumerista” em diversos cantos do mundo, para que a função social do direito privado seja de efetivamente proteger as pessoas das provocações da sociedade massificada, globalizada e informatizada:

A proteção do consumidor, a ser conferida por meio da normatização do direito do consumidor, vem se configurando numa necessidade permanente a todas as nações desenvolvidas ou em desenvolvimento, instando a adoção de medidas preventivas, coercitivas e punitivas, visando assegurar ao consumidor proteção à vida, à saúde, à segurança, à liberdade de escolha e à igualdade de condições nos contratos. (DONATO, 1993, p.18-19)

Conforme exegese de Newton de Lucca (2008, p. 48), embora presente no direito romano, a necessidade de proteção do consumidor, nos termos que se busca hoje, é algo que, historicamente, pode ser considerado atual:

“[...] sempre houve, ao longo dos tempos, numerosas manifestações voltadas à proteção dos consumidores, desde o direito romano. Mas, tratava-se de algo

isolado, fragmentado e anódino, sem nenhuma relação com a realidade do poder econômico dos agentes produtores, como efetivamente ocorreu a partir da década de 60. Tais manifestações são corriqueiramente lembradas, sim, mas meramente movidas por curiosidade histórica, e não porque possam servir de base à interpretação do fenômeno atual do consumerismo”.

Com efeito, em meados do século XIX, o “movimento consumerista” começa a dar os seus primeiros passos nos Estados Unidos, resultando na decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Thomas versus Winchester* em 1852, tendo os seus fundamentos pautados nos princípios protetivos do direito do consumidor.

Neste sentido, os Estados Unidos apresentam-se como precursores na luta pelos direitos do consumidor com manifestações representativas ao longo do século XIX, tendo como grande marco a criação da Lei Sherman, a chamada lei antitruste americana de 1890, que instituiu de maneira plena a ideia de proteção do consumidor no ordenamento jurídico americano. No final do século XIX, surge a primeira organização formada por advogados de Nova York que objetivava melhores condições de trabalho aos empregados do comércio, chamada de “New York Consumers League” fundada em 1891, com a finalidade de proporcionar melhores relacionamentos com os fregueses dos estabelecimentos comerciais que, mais tarde, deu origem à “National Consumers League” em 1899.

Entre os anos de 1930 e 1940, o movimento consumerista começa a preocupar-se com as questões envolvendo a informação, a qualidade e a seguridade dos produtos e serviços (Serrano, 2003), com destaque a criação da organização “Consumers Union” em 1936 que, por sua vez, deu início a determinadas atividades que visavam comparar produtos e serviços, conscientizando os consumidores através da informação para que exercessem o poder de compra, escolhendo produtos de melhor qualidade.

Contudo, não se pode olvidar que foi a partir de 1960 que tal movimento consumerista se implementou a partir da consciência social e cultural da necessidade de se defender aqueles que naturalmente ocuparam o lado mais fraco dessa relação de consumo.

Em 1962, em discurso perante o Congresso Nacional norte-americano, o então presidente John Kennedy ressaltou a necessidade de que os governos passassem a

reconhecer direitos básicos dos consumidores e a implantar políticas estatais capazes de garanti-los, lançando um novo desafio:

Considerar que ‘todos somos consumidores’, em algum momento de nossas vidas temos este *status*, este papel social e econômico, estes direitos ou interesses legítimos, que são individuais, mas também são os mesmos no grupo identificável (coletivo) ou não (difuso), que ocupa aquela posição de consumidor (MARQUES, 2021, p.24)

Com efeito, surgem as primeiras manifestações concretas voltadas a estabelecer diretrizes reais, culminando com a instituição pelo Congresso norte-americano de quatro direitos fundamentais: à segurança; à informação; à escolha e, por fim, o direito a ser ouvido.

A consequência do discurso foi de grande monta, levando a própria Organização das Nações Unidas (ONU) a instituir o dia 15 de março como o “dia internacional do consumidor” e, principalmente, a estabelecer diretrizes para esta legislação e consolidar a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco.

Paralelamente aos EUA, a Europa vê a tendência de proteção ao consumidor se espalhar, em especial a partir da fundação de uma entidade não governamental de defesa do consumidor em todo o mundo, a IOCU (International Organization of Consumers Unions).

Após a edição de inúmeras normas esparsas, a ONU (Organização das Nações Unidas), após mais de duas décadas, aprovou, em 1985, a Resolução nº 39/248 que estabeleceu como princípios gerais a necessidade de que os governos desenvolvam, fortaleçam ou mantenham uma política enérgica para a proteção do consumidor, estabelecendo diretrizes que abordem a segurança física, a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, preceitos para garantia da segurança e qualidade dos produtos e serviços, entre outras medidas voltadas a proteção efetiva do consumidor.

Dentre as disposições trazidas pela Resolução n. 39/248, a ONU definiu algumas premissas de defesa do consumidor, complementando com mais quatro direitos aos propostos pelos Estados Unidos, a saber: ao ressarcimento; à educação para o consumo; a

um ambiente saudável e, ao final, direito ao acesso a bens e serviços.

No Brasil, vê-se um gradativo processo de amadurecimento da luta pelos direitos dos cidadãos. Na década de 1960, época do “milagre econômico brasileiro”, havia poucas discussões sobre questões pertinentes aos direitos do consumidor, com destaque para a criação do PROCON pelo Governo do Estado de São Paulo, em 1976, primeiro órgão público de proteção ao consumidor.

Já na década de 1980, começam a surgir as associações de consumidores e entidades civis de proteção e defesa. Em tal contexto, notava-se que, não obstante a existência de leis - ainda insipientes, mas que garantiam minimamente tais direitos, a grande parcela da população carecia de informação e as reivindicações tanto ao governo quanto às empresas careciam de representatividade.

Em 1985, o então Presidente da República José Sarney, criou o CNDC – Conselho Nacional de Defesa do Consumidor por meio do Decreto nº 91.469/1985, responsável, entre outras coisas, pela elaboração do Projeto para a Política Nacional de Defesa do Consumidor. E, neste contexto histórico, por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, instalada em fevereiro de 1987, acabou por albergar tal preocupação internacional, inserindo o direito do consumidor dentre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo no artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

Ademais, conforme abordado anteriormente, deu à defesa do consumidor o *status* de princípio da ordem econômica (art. 170, inciso V, CF) ao lado dos princípios da soberania nacional (inciso I), propriedade privada (inciso II), função social da propriedade (inciso III), livre concorrência (inciso IV), defesa do meio ambiente (inciso VI), redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII), busca do pleno emprego (inciso VIII) e, por fim, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inciso IX).

Note-se, ainda, que no mesmo ano de 1987, deu-se a criação do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, associação sem fins lucrativos e desvinculada de qualquer empresa, governo ou partido político com a missão de “promover a educação, a

conscientização, a defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo, com total independência política e econômica”.

Igualmente, a defesa do consumidor, além de ser alçada com “*status*” ao altiplano de princípio de ordem econômica, é considerada ainda:

(...) o fim visado pelo próprio Estado, na consecução de seu bem comum, tendo em vista que somente se concebe a existência do próprio Estado na medida em que se estabelecem condições mínimas e indispensáveis para que todo ser humano se realize de forma integral (FILOMENO, 2014, p. 1-2).

Sem prejuízo, tais disposições constitucionais específicas relativas à defesa do consumidor devem ser ainda informadas e interpretadas com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, cabe destacar que o legislador constituinte pretendeu viabilizar, de forma bastante acentuada, a defesa do consumidor, de modo que, para tanto:

(...) o Estado, por meio de todos os seus órgãos e funções, deve partir do pressuposto de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, reclamando, portanto, uma intervenção protetiva, tanto no sentido de garantir um sistema legal de proteção, quanto no de criar organismos que impeçam ou reprimam lesões aos consumidores (RAGAZZI, 2010, p.27).

O que, na verdade significa que:

O direito privado sofre hoje uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um consequente controle estatal, que já foi chamado de ‘publicização do direito privado (MARQUES 2021, p.29)

Para efetivar aquela primeira norma constitucional indicada (artigo 5º, inciso XXXII), de conteúdo programático e com eficácia limitada, o legislador constituinte tratou de estabelecer, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o prazo de seis meses para a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Porém, somente após praticamente dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi sancionada a Lei nº 8.078/1990, regulamentando, em nível

infraconstitucional, o direito fundamental da “defesa do consumidor”.

Em 1990, finalmente foi promulgado, com amplo amparo constitucional, o Código de Defesa do Consumidor. Servindo como um marco na consciência de todos os cidadãos, veio promover efetivamente a educação dos brasileiros sobre seus direitos e deveres nas relações de consumo. A partir de sua entrada em vigor, amparou substancialmente os esforços perpetrados ao longo de anos por entidades civis e governamentais voltadas à tal propósito protetivo, fazendo com que, nos dias atuais, o consumidor perceba-se protegido e, principalmente, possa valer-se de seus direitos tanto no aspecto do pleito individual como, principalmente, por meio da proteção coletiva.

7. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro está arrimado na Lei nº 8.078/90 e dispõe sobre a proteção do consumidor e demais assuntos acerca do tema, abordando, inclusive, questões até então não normatizadas sobre direitos difusos e coletivos, tanto no aspecto material como também no processual. Estabelece, nos termos de seu artigo 1º, normas de proteção de ordem pública e de interesse social:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Partindo-se da premissa de proteção ao consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, o CDC estabeleceu normas cogentes ou de ordem pública, que não podem ser invalidadas ou transgidas pela vontade das partes, e isso é essencial para que a proteção almejada se dê de maneira efetiva e atenda às necessidades dos consumidores.

Em continuidade ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, evidencia-se a preocupação do legislador em conceituar a figura do consumidor de acordo com o disposto no artigo 2º. Assim, à luz da codificação em apreço, considera-se consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Cabendo, ainda, ao parágrafo do aludido artigo, trazer o conceito

envolvendo o formato do consumidor de equiparação.

Assim, segundo art. 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. O parágrafo único do mesmo artigo equipara consumidor à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que age intervindo nas relações de consumo.

Do mesmo modo, o artigo 17 do CDC expõe relevante conceito de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, valorizando a figura do consumidor, ao passo que, para os efeitos do Código, as eventuais vítimas do evento são equiparadas a todos os consumidores.

Portanto, a figura do consumidor por equiparação visa salvaguardar a figura daqueles que também foram vítimas do evento, mas que não fazem parte direta da relação de consumo, mesmo suportando o dano que decorreu da falha de prestação de serviço ou do produto contratado por terceiros.

De outra senda, os elementos e princípios que alicerçaram o Código de Defesa do Consumidor brasileiro devem ser rigorosamente analisados, pois permitem uma compreensão global da real e efetiva proteção voltada aos consumidores. Sem tal abordagem, torna-se difícil a compreensão dos motivos e razões, além dos objetivos do legislador na construção desse importantíssimo instrumento de proteção às relações de consumo.

Diante disso, destacam-se princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica no âmbito das relações de consumo, essenciais para o desenvolvimento equânime e equitativo das afinidades consumeristas.

Em primeiro lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito do Consumidor está positivado no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, sendo este um dos princípios basilares, conforme disposto pelo legislador constituinte.

Tal princípio fala por si só. A dignidade humana apresenta-se em lugar de destaque no contexto jurídico e social, pois, é inerente à pessoa. Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado com o *caput* do art.

4º do Código de Defesa do Consumidor. A saber:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Com efeito, tanto o texto constitucional como o CDC partem da premissa que o consumidor é o elo vulnerável da relação de consumo para se chegar a uma perspectiva de equilíbrio nas relações contratuais de tal natureza através da efetiva tutela e proteção do consumidor.

Igualmente, com o propósito de proteção ao consumidor, o Estado cercou-se de outros mecanismos de proteção, tais como as agências reguladoras (ANATEL, ANEEL, ANS, ANVISA, ANAC etc.) com a finalidade de fiscalizar, controlar e regulamentar serviços e produtos que compõem o mercado consumidor.

Por fim, além de agências reguladoras, foi criado o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor com o propósito de servir como orientação aos consumidores sobre os aspectos correlatos às relações contratuais, além de buscar a mediação de possíveis conflitos decorrentes de tais relações e servir como fiscal, imbuído do propósito de evitar eventuais práticas abusivas prejudiciais aos entes mais vulneráveis.

Também de grande relevância no conjunto, a defesa do consumidor consubstancia-se como um princípio da ordem econômica de acordo com o disposto na Constituição Federal (art. 170).

O princípio da ordem econômica funda-se em dois pilares extraordinários que são a valorização do trabalho e a livre iniciativa, tal princípio está apresentado no art. 170 da Constituição Federal. A saber:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. (...) V - Defesa do consumidor (...)

Neste contexto, conquanto existam múltiplas discussões doutrinárias sobre o

modelo econômico adotado no Brasil, é evidente, sobretudo, que se optou por um estilo de sociedade capitalista sem, contudo, deixar de considerar pelo legislador constituinte a busca na efetivação dos direitos sociais, aproximando-se, com as ponderações necessárias, ao padrão de Estado regulado no Bem-Estar Social.

E não poderia ser diferente, ao passo que o aludido artigo visa proteger a livre iniciativa e o direito à propriedade privada (conforme previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU 1948, entre outros), mas não deixa de evidenciar a preocupação da proteção que se pauta na valoração do trabalho, na defesa do consumidor, na busca de um meio ambiente equilibrado etc.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 ao pregar a necessidade de um Estado Liberal através do livre comércio, não se esqueceu de pensar no lado social, intimamente correlato ao bem-estar de todos os habitantes e, especialmente, com o princípio da dignidade da pessoa humana, anteriormente abordada.

Em outras palavras: o princípio da ordem econômica e os fundamentos que balizam o nosso Estado Democrático de Direito encontram seus pilares na valoração do trabalho e na livre iniciativa, de acordo com o que dispõe o artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal.

Em alinhamento com o disposto acima, a CF dispõe em seu artigo 170, inciso V, assegurar a todos os cidadãos uma vida digna e, para tanto, necessariamente tal ponderação deverá ser considerada obrigatoriamente para a proteção do consumidor, dada a sua condição inexorável de vulnerabilidade.

Portanto, diante da realidade exposta pelo modelo adotado de livre comércio, as relações contratuais tornam-se complexas e polarizadas onde o consumidor poderá, dada a sua condição de vulnerabilidade, ser lesado pelo ente mais forte dessa relação, cabendo assim ao CDC e demais disposições normativas afetas positivar o princípio da defesa do consumidor, justamente por figurar na posição do elo mais fraco na relação consumerista.

Como consequência da busca ao respeito à dignidade, saúde e segurança dos consumidores como também a proteção de seus interesses econômicos, o CDC trouxe, ao

longo dos seus 30 anos, inúmeras conquistas, tendo como principal benefício o equilíbrio entre partes nas relações de consumo.

E, tudo isso só se tornou possível a partir da aplicação harmônica do ordenamento jurídico, em especial dos princípios de ordem constitucional já abordados no presente trabalho em íntima correlação com outros princípios, de ordem infraconstitucional, dentre os quais, destacam-se, conforme Miranda (2017): da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); da proteção (arts. 6º, CDC e 5º, XXXII da CF); da confiança; da precaução; da transparência; da vulnerabilidade; da informação; da facilitação da defesa; da revisão das cláusulas contratuais; da conservação dos contratos; da solidariedade; da igualdade e, principalmente, o princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio nas relações de consumo, cabendo sempre às partes procederem com probidade, lealdade, solidariedade e cooperação em suas relações.

Ainda, quanto ao princípio da boa-fé, veja-se o que dispõe o artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se da regra de conduta, de um dever permanente entre as partes em suas relações. Diante disso o artigo 51, IV, do CDC determina que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Por outro lado, e não menos importantes que os princípios infraconstitucionais destacados, emergem os direitos básicos do consumidor da abordagem dos princípios que regem a relação consumerista, a partir do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, dos quais destacam-se: Direito à proteção da vida, saúde e segurança; Direito à liberdade de escolha e igualdade nas contratações; Direito à Informação; Direito de proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; Direito à proteção contratual; Direito à prevenção e reparação de danos; Direito de acesso aos órgãos de defesa; Direito à inversão do ônus da prova; Direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

Tais princípios e, conseqüentemente, direitos atuam na concreção dos conceitos e

na consolidação dos valores normativos voltados à defesa dos interesses dos consumidores, entes vulneráveis no contexto, sendo salutares ao ajuste do desequilíbrio natural decorrente da relação de consumo ao passo que expressam a real intenção da norma e servem como subsídio interpretativo em caso de divergência ou dúvida na interpretação da lei.

8. PANORAMA NO BRASIL

Ao longo dos 30 anos desde a entrada em vigor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 1990 – CDC), muitos foram os avanços e desafios encarados pela sociedade de consumo, especialmente com a inclusão do consumidor na atual era da economia digital.

Conquanto o nosso CDC tenha sido construído num contexto histórico onde não existiam muitas das tecnologias e novidades digitais atuais, seus princípios, garantias e direitos continuam contemporâneos, plenamente aptos e considerados dentro desse novo panorama on-line, ao passo que versam sobre norma principiológica além de partirem do pressuposto da necessidade de adequarem-se às constantes modificações do mercado consumidor.

Dentre as modificações ocorridas ao longo desses 30 anos do CDC, segundo Bruno Miragem (2019, p.214), o direito à informação é aquele que: “maior repercussão prática vai alcançar no cotidiano das relações de consumo”, pois a aplicabilidade de tal direito tem ganhado mais força com o passar dos anos e, principalmente, exigido um empenho maior do legislador e aplicadores do Direito, sendo, inclusive, objeto do Decreto Federal n. 7.962 de 2013 (Lei do E-commerce) que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a aquisição de produtos e serviços no comércio eletrônico.

A aludida Lei do E-commerce permitiu que consumidores e fornecedores (lojas que operam através do comércio eletrônico) passassem a ter mais segurança em suas relações comerciais através da prestação de informações mais claras e objetivas sobre produtos e serviços após a contratação on-line, além estabelecer regras e meios de atendimento que visam facilitar o acesso ao consumidor sempre que necessário.

Com o surgimento dos novos paradigmas, o mercado consumidor e a aplicação das disposições normativas do CDC apresentam-se em constante modificação, em especial com o surgimento das redes sociais, as quais possibilitaram que os consumidores pudessem expor, com representatividade substancial, os problemas decorrentes das relações contratuais às quais estavam vinculados, inclusive por meio de plataformas de mediação e composição, como ainda por meio das novas possibilidades de compra de produtos on-line, serviços ou conteúdos digitais por meio de aplicativos de celular, bem como novas formas de se firmar uma relação contratual na chamada “economia do compartilhamento”.

Por tais circunstâncias decorrentes do surgimento de novas tecnologias e, conseqüentemente, de novos problemas afetos às relações consumeristas, o legislador pátrio, visando acompanhar tal evolução, editou o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965, de 2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709, de 2018).

Cabe aqui uma pequena digressão a respeito do tema: a preocupação do legislador em acompanhar os avanços sociais decorrentes das novas tecnologias é premente e, com a permissão interpretativa própria, é de se elogiar, pois, sem essa inquietação, tornar-se-ia impossível superar o desafio da atualização interpretativa do CDC diante da economia digital. Muito se critica (e com razão em muitas das vezes) mas tal preocupação do legislador brasileiro em manter o arcabouço normativo atinente às relações de consumo em dia e, principalmente contemporâneo, é louvável – tanto que, *ictu oculi*, o CDC é uma lei que deu muito certo.

Mas, não obstante a importância da inquietação legislativa acima mencionada, a qual resulta numa codificação consumerista apta a atender as necessidades contemporâneas, há situações do mercado de consumo atual desafiadoras e merecem relevo:

- (i) a implementação do novo Cadastro Positivo criado pela Lei Federal nº 12.414/2011 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 9.936/2019;

- (ii) o surgimento de Códigos de Defesa do Consumidor estaduais e municipais (O Código Estadual de Defesa do Consumidor de Pernambuco (Lei Estadual nº 16.559, de 2019) ganhou bastante repercussão na mídia durante 2019).
- (iii) a criação de Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.515/2015, que disciplina o crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento (Projeto de Lei Federal nº 3.515/2015 (PLS nº 283/2012) e atualização do CDC;
- (iv) a edição de nova portaria pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública que regulamenta e atualiza o procedimento de recall (Portaria nº 618, de 2019);
- (v) a maior adesão dos fornecedores à plataforma consumidor.gov.br e outros métodos on-line de solução de disputas;
- (vi) os debates sobre desjudicialização e acesso à ordem jurídica justa no mercado de consumo (WATANABE 2019);
- (vii) a valoração do tempo do consumidor no endereçamento de demandas de consumo. (BERGSTEIN, 2019).

Diante de um mercado de extrema competição, onde os consumidores possuem a condição e oportunidade de reação a qualquer afronta aos seus direitos de maneira imediata no ambiente on-line (reclamações, sugestões, percepções etc.) surgem novas empresas que, à época da elaboração do CDC, sequer poderiam ser imaginadas.

Tais “startups” passam a fazer parte do mercado de consumo, oferecendo soluções substanciais e, principalmente, pautadas não somente na aplicação e no cumprimento da lei, mas especialmente na adoção de boas práticas no relacionamento com o consumidor, conceito extremamente importante e paradigmático, pois muda a visão da relação de consumo ao passo que se preocupa essencialmente com o vínculo consumidor-fornecedor.

Mas a melhora não pode parar por aqui. As necessidades surgem ao passo que a sociedade evolui, criando novos desafios a serem enfrentados nos próximos anos de vigência do Código consumerista e suas possíveis atualizações, conclusão a que se chega ao analisar os desdobramentos do Projeto de Lei do Superendividamento tais como: a importância e o papel dos fornecedores na internet das coisas; os novos paradigmas apresentados pela sustentabilidade e pela economia circular; e o comércio eletrônico internacional de bens e serviços.

Portanto, há muitos desafios a serem enfrentados com surgimento de novas tecnologias e novas relações de consumo, cabendo aos aplicadores do direito a incumbência de manter acesa a preocupação com a constante evolução do arcabouço normativo consumerista.

E não será uma tarefa fácil superá-los, a aplicação do CDC necessariamente dependerá de grandes esforços para que as conquistas havidas ao longo dos 30 anos sejam replicadas nos próximos anos, ao passo que, com a novel economia digital, o processo social de digitalização e a preocupação com questões ambientais e de sustentabilidade no dia-a-dia dos consumidores que participam de maneira ativa e globalizada, a complexidade se torna cada vez mais dantesca.

Disso, surge a necessidade estreme de dúvidas de todos os elos dessa corrente se adaptarem aos novos paradigmas do mercado de consumo e de maneira imediata. As leis e normas afetas ao direito do consumidor tendem a acompanhar tais transformações sem, contudo, desvencilharem-se do amparo albergado nos princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

9. CONCLUSÃO

Em 1985, a ONU, em sua Resolução nº 39/248, estabeleceu a necessidade de os governos desenvolverem maneiras de proteção ao consumidor, por meio de diretrizes que tratem de segurança física, proteção de interesses econômicos e normas que assegurem a qualidade e segurança dos produtos e serviços.

No Brasil, as discussões sobre a proteção e defesa do consumidor, só ganham destaque próximo à resolução citada, vez que houve adoção do crescimento a qualquer custo com reflexos diretos na questão e tomada de decisão. Surge de forma organizada com a redemocratização, com a Constituinte e na Constituição e a intenção de trazer equilíbrio às relações jurídicas de consumo, marcadas pela desigualdade, com a referência maior da proteção e defesa do consumidor.

Tal proteção, se destaca na Constituição atual, no elenco dos direitos e garantias

fundamentais, art. 5º. Inc. XXXII; como princípio da ordem econômica e financeira, com destaque à vida digna e justiça social; com a faceta do Estado interventor; e com a referência temporal para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, nas disposições constitucionais transitórias.

Em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, como amparo legal à Constituição Cidadã, e instrumental para efetividade do direito fundamental da proteção e defesa do consumidor, com a promoção do conhecimento de direitos e deveres aos brasileiros.

A inserção da proteção ao consumidor na Constituição Federal em dois títulos distintos, Título II e VII, traz a harmonização dessas duas funções estatais temáticas, pois, ao Estado e à Constituição é dada a missão principal da proteção das pessoas, por meio dos direitos e garantias fundamentais e, também a função de intervir em situações desiguais e que apresentem desequilíbrios sociais, que não possam ser resolvidas por meios políticos ou econômicos, sendo ambos os títulos voltados à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

A afirmação de um sistema de proteção e defesa do consumidor é pautada na desigualdade inerente às relações entre consumidor e fornecedor, com base constitucional, seja pela inserção de tal proteção no elenco dos direitos fundamentais e como princípio da ordem econômica e financeira. A necessidade do Estado promover a equalização de interesses opostos, preservando consumidores, que são reconhecidos como vulneráveis e hipossuficientes, deriva desse reconhecimento fático e constitucional.

Sabendo do modelo de livre comércio adotado pelo Brasil e que as relações contratuais são complexas, entende-se a possibilidade de o consumidor ser lesado pelo ente mais forte da relação, o fornecedor, ficando ao sistema constitucional de proteção e defesa do consumidor, em especial, ao CDC e disposições legais, os instrumentos aptos a garantir a efetividade da defesa do consumidor.

Diante das modificações que estão ocorrendo no mercado consumidor, especialmente as que derivam dos meios eletrônicos, como exemplo, a mudança para

vendas on-line e o uso de redes sociais para oferta dos produtos e serviços, faz-se necessário acompanhar tais mudanças, estendendo também aos suportes eletrônicos a proteção e defesa das necessidades dos consumidores.

Há muitos desafios a serem enfrentados com surgimento de novas tecnologias e os novos modelos contratuais virtuais nas relações de consumo, cabendo aos aplicadores do direito a incumbência de manter acesa a preocupação com a constante evolução do arcabouço normativo consumerista, sem descuidar da base constitucional que aponta para respostas que sejam capazes de manutenção da dignidade da pessoa humana, justiça social e crescimento sustentável, ainda que o enfrentamento atual aponte para situações complexas decorrentes dos avanços tecnológicos e da projeção e presença internacional.

10. REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** (1990). In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BERGSTEIN, Lais. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção do consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2011.
- LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. MARQUES, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRANDA, Maria Bernadete. Os princípios consagrados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *In*: **Coluna Direito Empresarial & Defesa do Consumidor**. Porto Alegre, jun 2017. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/os-principios-consagrados-no-codigo-de-protecao-e-defesa-consumidor1/>. Acesso em fev 2021.

RAGAZZI, José Luiz; Honesko, Raquel. **Código de Defesa do Consumidor Comentado-Doutrina e Jurisprudência**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

SERRANO, Pablo Jimenez. **Introdução ao Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa**. São Paulo: Del Rey, 2019.

Data da submissão: 12/07/2021

Data da primeira avaliação: 24/08/2021

Data da segunda avaliação: 22/01/2021

Data da aprovação: 30/09/2023

**CRISE DA DEMOCRACIA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: UMA
INTERPRETAÇÃO CONFORME A DEMOCRACIA**

*CRISIS OF DEMOCRACY AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: AN
INTERPRETATION ACCORDING TO DEMOCRACY*

Arnaldo Bastos Santos Neto¹
Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida²

RESUMO: O presente artigo aborda a hermenêutica da Constituição e sua contribuição para a realização da democracia no Brasil, tendo em vista que a compreensão é um processo dialético que ocorre entre o horizonte de pré-compreensão do intérprete e o horizonte de sentido do texto que está sendo interpretado. Nesse sentido, é fundamental que os juristas sejam capazes interpretar a Constituição de acordo com os princípios democráticos fundantes. A democracia deve ser vista como uma perspectiva que permeia todo o texto constitucional, preenchendo-o de sentido. Isso exige que os intérpretes tenham uma compreensão prévia da questão democrática, que deve servir como um momento de pré-compreensão, uma situação hermenêutica que antecede o próprio ato interpretativo. Assim, para que a hermenêutica da Constituição possa contribuir para a realização da democracia no Brasil, é necessário que os intérpretes sejam capazes de alcançar uma verdadeira fusão de horizontes, reconhecendo as perspectivas históricas, sociais e culturais que moldaram o texto constitucional. Somente assim, será possível interpretar a Constituição de acordo com os princípios democráticos, permitindo que a democracia seja vista como uma perspectiva que preenche todo o texto constitucional, razão pela qual merece sua observância hermenêutica epistemológica. A pesquisa efetuada foi de cunho teórico, com revisão da bibliografia selecionada, visando reconstruir as ideias dos autores sobre o tema.

Palavras-chave: Crise da Democracia, Hermenêutica da Constituição, Princípios Democráticos, Interpretação Conforme e Pré-compreensão Hermenêutica.

ABSTRACT: This text addresses how the hermeneutics of the Constitution can contribute to the realization of democracy in Brazil, considering that understanding is a dialectical process that occurs between the interpreter's horizon of pre-understanding and the horizon of meaning of the text being interpreted. In this sense, it is essential that jurists are able to

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor associado da Universidade Federal de Goiás e Professor Titular na UNIALFA; e-mail: arnaldobsneto@ufg.br; Lattes: 7521227239332239; ORCID: 0000-0002-4238-7448

² Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Professor na UNIFANAP; e-mail: geraldohenrique03@gmail.com; Lattes: 5556648774511583; ORCID: 0009-0007-9565-6211

interpret the Constitution according to the founding democratic principles. Democracy must be seen as a perspective that permeates the entire constitutional text, filling it with meaning. This requires that interpreters have a prior understanding of the democratic issue, which must serve as a moment of pre-understanding, a hermeneutic situation that precedes the interpretative act itself. Thus, for the hermeneutics of the Constitution to contribute to the realization of democracy in Brazil, it is necessary that interpreters be able to achieve a true fusion of horizons, recognizing the historical, social and cultural perspectives that shaped the constitutional text and their own political and ideological perspectives. Only then will it be possible to interpret the Constitution according to democratic principles, allowing democracy to be seen as a perspective that fills the entire constitutional text. The research carried out was of a theoretical nature, with a review of the selected bibliography, aiming to reconstruct the authors' ideas on the subject.

Key-words: Crisis of democracy, Constitutional Hermeneutics, democratic principles, Interpretation According to, Hermeneutic Pre-understanding.

Sumário: 1. Introdução; 2. As crises da democracia e do Estado; 3. A crise da democracia, da constituição e o senso comum teórico dos juristas; 4. Interpretação conforme a democracia; 5. Considerações finais; 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

A crise da democracia no Brasil manifesta-se por meio do discurso de ódio, por trás de críticas ao sistema de justiça, à legitimidade do parlamento e à transparência das instituições públicas, instaurou-se, desse modo, um modo de atuação que ataca odiosamente o Estado Democrático, a Constituição e, paradoxalmente, a própria liberdade de fala.

O filósofo francês Jacques Rancière demonstra, no livro *O ódio à democracia*, a falácia do discurso daqueles que se dizem democratas, mas reclamam dos “efeitos negativos” desse regime de governo. Tratar-se-ia do excesso de igualitarismo e da irrupção sem freio de reivindicações, tanto de bens de consumo, quanto de direitos individuais ou de grupo. Eles dizem que tais efeitos precisariam ser combatidos (2005, p. 08).

Rancière busca, então, demonstrar justamente que a razão de tal ressentimento não é o excesso de reivindicações ou o consumo de massa, mas a própria igualdade. Adverte que a democracia é sempre uma construção, na qual nossos governos institucionais aproximam-se ou afastam-se dela na medida em que fomentam a igualdade, em que “se

aproxima do poder de não importa quem” (2005, p. 126).

Envolto em tantas antinomias, o projeto da modernidade teria fracassado? Para Habermas (1989, p. 05), esse é um projeto que não deve ser abandonado. Habermas destaca que o que ainda deve entusiasmar-nos, nesse projeto, é a busca por democracia e direitos humanos, com sua consequente exigência de instituições livres.

Inspirados pela ideia de que a construção do Estado Democrático de Direito deve vir acompanhada pela concretização de direitos, discutimos, neste texto, como a hermenêutica da carta constitucional pode contribuir para a realização da democracia no Brasil. Buscamos esclarecer como as crises do Estado e da democracia relacionam-se, de modo a identificar se há uma instabilidade no constitucionalismo. Apesar de contarmos com 35 anos de promulgação da mais democrática de todas as cartas políticas, com a consequente vivência de um longo período de estabilidade institucional, a ausência de concretização dos direitos assegurados na Carta Magna demonstra a instabilidade do constitucionalismo que vivenciamos.

A conclusão do presente trabalho aponta para necessidade de mudança do senso comum teórico dos juristas, que devem aprofundar seu conhecimento da questão democrática e tomá-la como uma das bases do Estado brasileiro. A democracia deve ser a pré-compreensão a pautar o próprio ato interpretativo da Constituição, tanto de seus intérpretes autênticos como da comunidade ampla.

2. AS CRISES DA DEMOCRACIA E DO ESTADO

A crise do Estado e da democracia inserem-se na chamada “crise da modernidade”. Bobbio prefere tratar de transformações da questão democrática e não em crise, uma vez que esse signo indica uma situação de colapso iminente (BOBBIO, 2019, p. 09). As transformações da democracia obedecem à sua própria lógica interna, em que o dinamismo é a tônica. Ao permitir o aumento do espaço público e ao criar condições para uma participação ativa de diversos sujeitos sociais, esse regime de governo amplifica demandas que, em condições antidemocráticas, permaneceriam sufocadas.

Numa direção contrária, Tarso Genro anota que a democracia atual sofre de uma grande paralisia, e que, portanto, encontra-se em crise, malgrado ter aumentado o número de pessoas que vivem num regime democrático representativo ao redor do mundo (GENRO, 2002, p. 15). Parte do problema reside no fato de o modelo deliberativo não produzir automaticamente prosperidade e riqueza social. No caso brasileiro, o raciocínio aplica-se como uma luva: a sociedade brasileira nunca viveu um período tão prolongado de liberdades públicas, sufrágio universal e respeito pela soberania popular. Todavia, o período democrático recente exhibe taxas medíocres de crescimento econômico e as mazelas sociais brasileiras persistem de forma irritante.

Nas palavras de Tarso Genro:

É certo que o regime democrático está em crise, pela forma histórico-concreta que a idéia democrática adquiriu, mas a sentença “a democracia está em crise” não é nada verdadeira quando ela pretende referir-se à crise da idéia democrática: não há crise da vontade de liberdade política dos modernos nem da pretensão de igualdade (Genro, 2002, p. 16).

Norberto Bobbio, que possui uma visão ideal para o regime representativo, reconhece que o parlamento não representa um interesse geral, mas interesses de categorias, o que ele chama de representação orgânica (2019, p. 81). Por sua vez, o sociólogo C. Wright Mills constata que, por trás da aparente estabilidade democrática dos Estados Unidos e dos rituais de aclamação da vontade popular, cristalizara-se o domínio de uma oligarquia que monopoliza as decisões-chaves. (*apud* MIGUEL, 2014, p. 109).

Apesar da sua notável expansão, aludido regime de governo está efetivamente em crise, inclusive, nos principais países de origem, isso porque o modelo de organização é pequeno para dar respostas às grandes questões, que se tornam questões multinacionais, em que a própria soberania dos Estados enfraquece-se e, ao mesmo tempo, os governos tornaram-se demasiado grandes para lidar com os pequenos assuntos. O tema da reforma do Estado, recuperando a sua capacidade de enfrentar os múltiplos problemas e desafios, torna-se um ponto crucial (GIDDENS, 2000, p. 414). Notamos ainda um enorme distanciamento do cidadão em relação ao Estado. Esse distanciamento contraria o ideal

gramsciniano que se caracterizaria por uma diminuição da distância entre governantes e governados. Para Gramsci, “a 'democracia política' tende a fazer coincidir governantes e governados” (1971, p. 501).

A modernidade, hoje em crise, legou-nos o Estado, o Direito e as próprias instituições democráticas (STRECK, 2004, p. 01). Com o fenômeno da globalização, o próprio Estado, segundo uma corrente crítica da modernidade, teria se tornado anacrônico, uma vez que se trata de uma instituição limitada ao plano nacional. Ocorre que a própria democracia realizou-se quase que exclusivamente no terreno nacional. No momento em que o Estado encontra-se impotente para resolver problemas cuja esfera de decisão foi transferida para instâncias supranacionais, o cidadão perde toda capacidade de influenciar as decisões públicas.

É interessante resgatar as críticas ao regime representativo e deliberativo esboçadas num período particularmente tumultuado do século XX, qual seja, o período entre os anos de 1919 e 1933 na Alemanha, quando da chamada República de Weimar. Após a derrota na Primeira Guerra Mundial, criaram-se as condições para a emergência de um novo constitucionalismo que introduziu, pela primeira vez, na Europa, conteúdos sociais no texto constitucional. O desafio era superar a herança do Império Germânico, fortemente inspirado no autoritarismo prussiano.

Até mesmo na consciência jurídica alemã, surgiram aqueles que atacaram a experiência da República de Weimar, preconizando uma solução autoritária. O caso mais notório é o do jurista Carl Schmitt, que chegou a pregar claramente a necessidade de uma ditadura (RICHARD, 1988, p. 252). O fracasso da República de Weimar é paradigmático ao demonstrar que a ineficácia do programa democrático contido na carta política pode colocar a própria existência da democracia em risco.

A América Latina também serve-nos como referência. Se compararmos o período de 1975/1980 ao período 1985/1990, veremos um avanço desse regime de governo, que passou a cobrir quase todo o continente americano. Em 1975, quando a maioria dos países encontrava-se mergulhada nas mais variadas formas de autoritarismo, argumentava-se que

a sobrecarga das demandas sociais e a incapacidade institucional de processá-las explicavam-se pelas sucessivas crises de governabilidade nas frágeis democracias latino-americanas.

No Brasil, a experiência da redemocratização, que nos trouxe um novo texto constitucional em outubro de 1988, ainda não se traduziu em soluções capazes de resgatar a dívida social acumulada por séculos de exploração. Essa impotência da sociedade em equacionar seus problemas termina por ser atribuída ao conteúdo do texto constitucional.

3. A CRISE DA DEMOCRACIA, DA CONSTITUIÇÃO E O SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS

A promulgação da Constituição de 1988 suscitou uma onda de esperança na sociedade brasileira, como costuma ocorrer com mudanças políticas de grande magnitude. O não cumprimento das promessas contidas em seu texto – que se confundem com as próprias promessas de uma república representativa-, especialmente aquelas referentes ao objetivo de realizar uma sociedade inclusiva, com efetiva justiça social e respeito aos direitos fundamentais, cria uma situação de crise permanente.

A Constituição de 1988 pode ser lida como uma tentativa de conciliar a democracia política com a democracia social, ou seja, em conciliar os valores básicos da liberdade e da igualdade. Esse conteúdo republicano determina uma nova primazia do público sobre o privado, preservando o papel da esfera pública como lugar de promoção do desenvolvimento e da proteção social, sem, todavia, manter, nos moldes autoritários do regime anterior, a supremacia do Estado sobre a sociedade civil.

A agenda republicana viria a ser surpreendida pela vitória, na primeira eleição conduzida na plenitude do modelo deliberativo, de um projeto que rompia com a concepção de combinar os ideais da democracia política com a social. O governo Fernando Collor teve, basicamente, esse impulso iniciando um processo de mutilação do texto constitucional, por meio de sucessivas emendas, que, na opinião de alguns juristas, desfiguraram a essência da Magna-Carta.

Podemos considerar que a Lei Maior permanece como um projeto inacabado para a sociedade brasileira, pois a sua ideia central, qual seja a de realizar o casamento entre democracia social e política, ainda não foi realizada. Assim, a questão ainda se encontra em aberto.

Para que o projeto fundador de 1988 possa realizar-se, cumpre modificar o senso comum teórico dos juristas, adstrito ao que, oportunamente, Lênio Streck alcinhou de paradigma liberal-individualista-normativista, que:

concebe a Constituição apenas como um marco, entendendo que a dimensão dos direitos fundamentais se resume a um leque de direitos subjetivos de liberdades voltadas para a defesa contra a (indevida) ingerência do Estado. Enfim, trabalha-se ainda com a concepção de que o Direito é ordenador, o que, à evidência, caminha na direção oposta de um direito promovedor-transformador do Estado Social e Democrático de Direito. (STRECK, 2004, p. 10)

Ainda segundo Lênio Streck, na superação desse paradigma, é fundamental o surgimento de um movimento de resistência constitucional, que vá além da igualdade formal e alcance a igualdade material, assumindo uma posição de defesa da carta constitucional,

como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais (STRECK, 2004, p. 11).

Um projeto democrático deve possuir, como objetivo, a criação de um novo enquadramento dos direitos, não mais numa perspectiva individualista, mas os concebendo como autênticos “direitos democráticos”. Chantal Mouffe explica a essência desse projeto:

Aquilo de que necessitamos é de uma hegemonia de valores democráticos, o que exige uma multiplicação de práticas democráticas, institucionalizando-as num número cada vez mais diverso de relações sociais, de forma que possa ser construída uma multiplicidade de posições de sujeito a partir de uma matriz democrática (MOUFFE, 1996, p. 33).

Para que a hermenêutica constitucional consiga encontrar respostas adequadas, é necessário que o intérprete pré-compreenda a emergência de um paradigma democrático, cuja exigência maior consiste no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade humana. Nesse paradigma, ganha relevância o tema da justiça social, a ser obtida por meio da participação dos cidadãos nas decisões fundamentais e no fortalecimento das instituições.

Neste sentido, Mario Lúcio Quintão Soares argumenta que o “conceito de Estado democrático de direito pressupõe a pré-compreensão do conceito de direito fundamental como categoria básica do modelo de Estado constitucional ocidental” (SOARES, 2001, p. 305). Sendo assim, a própria justiça social somente é obtida por um sistema de direitos fundamentais e de garantias para a sua implementação.

Revelados os vínculos indissolúveis entre as diversas dimensões do modelo deliberativo de regime de governo e o próprio entendimento do significado do texto constitucional, fica clara a necessidade de desenvolver, nos juristas, a compreensão da chamada questão democrática para que esta sirva como momento de pré-compreensão, como situação hermenêutica que antecede ao próprio ato interpretativo.

Afirmamos, assim, que somente um aprofundamento na compreensão do modelo deliberativo e representativo de regime de governo pode permitir o alargamento do horizonte hermenêutico daquele que se propõe interpretar a Constituição.

Os magistrados, no exercício da distribuição da justiça, não podem enxergar sua atividade como mera escolha entre normas positivas, numa atitude estritamente normativista, pois, certamente, a democracia precisa do Direito para materializar-se. Precisamente por isso que Luis Fernando Barzotto argumenta que o juiz

nem pode criar o direito *ex nihilo* (decisionismo), mas está obrigado a dar continuidade, em cada caso, à discussão democrática que se expressa nas leis e decretos dos poderes legitimados pelo voto popular. Assim como o processo democrático está submetido à teleologia constitucional, assim também o processo judicial deve conceber-se como uma atividade de concretização das finalidades da constituição e das leis em conformidade com esta (BARZOTTO, 2003, p. 192).

O ato interpretativo não se resume a um simples ato de subsunção, ou seja, de adequação dogmática do caso concreto a uma norma aplicável. Na relação entre hermenêutica e dogmática jurídica, a primeira deve ocupar um lugar fundamental, uma posição predominante (GADAMER, 1997, p. 490).

O aprofundamento do estudo da Constituição, partindo do pressuposto que qualquer processo interpretativo fecundo deverá passar por um processo de redemocratização onto-epistêmica é um imperativo para os juristas. Caso contrário, estaremos sob pena de perpetuar a ineficácia a que os princípios previstos no texto constitucional estão relegados.

Assim como já nos foi proposto, como princípio, uma “interpretação conforme a Constituição” (HESSE, 1998, p. 71), segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a magna-carta, cabe aqui interpretar a Constituição conforme a democracia, entendendo-a como ponto essencial que preenche, de sentido, todo o texto constitucional.

Não basta que os direitos fundamentais garantidores da dignidade humana, pedra fundamental de todo edifício do constitucionalismo moderno, estejam proclamados nos textos. Antes de tudo, importa que sejam efetivados, incumbindo aos intérpretes que construam a democracia por meio da interpretação e aplicação das normas vigentes.

Sobre o tema, Sergio Alves Gomes escreveu:

Deve o magistrado aprofundar-se no conhecimento dos princípios e regras constitucionais, atribuindo-lhes primazia em relação aos de natureza infraconstitucional. Exige-se-lhe, outrossim, o domínio dos princípios de hermenêutica constitucional, além daqueles oriundos da hermenêutica jurídica geral. Vincula-se ele tão-somente à Constituição e às leis que estão em harmonia com esta; pois deve negar aplicação às que repute inconstitucionais (GOMES, 2001, p. 71).

Aos juristas cabe impedir aquilo que Fábio Konder Comparato chamou “morte espiritual da Constituição” (COMPARATO, 1998, p. 77-78). Entretanto, não somente aos jurisconsultos importa aprofundar a hermenêutica da lei maior de 1988. Como propõe Peter Häberle, para defender a carta política, faz-se necessário constituir uma “comunidade de

intérpretes da Constituição”, configurada como um movimento de opinião pública, dotado de consciência jurídica. Essa comunidade de intérpretes, organizada de forma aberta, deve participar ativamente na ampliação do debate público sobre a efetividade e a concretização dos conteúdos da Carta Constitucional. Häberle propõe uma democratização da interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Faz-se necessário, para adequada interpretação da Lei Maior, partir da pré-compreensão de que a questão democrática está na base do constitucionalismo moderno, assim, o conteúdo do Título I: Dos Princípios Fundamentais deve ser entendido como o núcleo fundante da carta política, como o ponto de partida principiológico a determinar a interpretação de todo o texto constitucional.

4. INTERPRETAÇÃO CONFORME A DEMOCRÁCIA

Nada se compreende sem interpretação. No âmbito da experiência jurídica, compreendemos e interpretamos, aplicando o Direito. Compreender é sempre também aplicar, como nos ensina Hans Georg Gadamer (CAPPI, 2003, p. 452).

Nesse processo de interpretação, compreensão e aplicação, o Supremo Tribunal Federal, a partir do horizonte interpretativo de suas decisões, pode contribuir significativamente na construção de um autêntico Estado de Direito ou pode dificultar o aprofundamento da democracia.

Neste sentido, o intérprete constitucional autêntico deve possuir uma bagagem cultural própria, para que possa ampliar o seu próprio horizonte, o seu campo de visão, indo ao encontro do horizonte de significado fornecido pelo texto. Na interpretação constitucional, é preciso mergulhar nas questões centrais que lhe deram origem, é necessário tomar conta de toda a dimensão da “questão democrática”.

Não se trata, é importante frisar, de revelar, simplesmente, um conceito de democracia, mas, antes, tomar ciência da existência de uma verdadeira ordem política inaugural, multifacetada e reveladora de um projeto aberto, inconcluso e inacabado, que se confunde com o próprio projeto da modernidade no Ocidente. As múltiplas dimensões da

questão serão iluminadas, alargando o horizonte de sentido que compõe a pré-compreensão do intérprete antes que este se debruce sobre o texto constitucional.

Ler a Constituição, hoje, difere da leitura efetuada no passado, uma vez que lemos sempre no presente. A interpretação, ainda conforme Gadamer, acontece no “horizonte do presente”, mesmo com o resgate do conteúdo histórico do texto constitucional. Cada geração interpretará a carta constitucional à sua maneira, “pois o ato de concretização de toda norma jurídica ‘ocorre no presente’ e não no tempo em que ela foi produzida” (CAPPI, 2003, p. 453). Essa “mediação com o presente” (GADAMER, 1997, p. 487) sempre implícita que a “tradição” jurídica que nos chega “fala” ao momento atual.

Hans Georg Gadamer sugere-nos ainda o vínculo entre hermenêutica e democracia, uma vez que “para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica” (GADAMER, 1997, p. 488). Num regime absolutista, em que o soberano está acima da lei, já não é possível qualquer hermenêutica, pois um senhor superior pode dar o sentido que quiser às suas palavras, sempre de acordo com sua vontade e capricho. O princípio da legalidade é essencial para qualquer sociedade democrática, estruturada sob a base de um “governo de leis” e não de um “governo de homens”.

Do mesmo modo, a hermenêutica jurídica não pode prescindir de um ordenamento que vincule a todos, submetendo-os a regras comuns. Para o senhor absoluto, não é necessário nenhum esforço de interpretação. Na democracia, ao contrário, os juízes precisam embasar suas conclusões de forma a dotá-las de legitimidade. Essa legitimidade da decisão judicial tornar-se-ia impossível caso a sentença surja de arbitrariedades imprevisíveis. O juiz interpreta, mas interpreta sempre “sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica” (GADAMER, 1997, p. 489).

O aprofundamento da experiência democrática, em que a soberania popular vai sendo testada e exercitada; em que as instituições debatem-se com a superação do autoritarismo, inclusive, no plano das mentalidades; as dificuldades de afirmação de uma autêntica cultura de respeito aos direitos humanos; bem como toda a problemática da

efetivação dos direitos sociais e da realização dos objetivos e promessas não só da Constituição, mas da própria democracia. Dessa forma, todas essas questões convidam-nos a uma permanente releitura do texto constitucional, buscando alternativas hermenêuticas para concretizar seu conteúdo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia é uma busca e um projeto em constante construção. A consagração de mais de trinta anos de estabilidade política não nos permite afirmar que temos uma democracia plena. Dessa forma, há um papel importante a ser exercido pela comunidade de intérpretes. A aplicação da carta política deve ser exercitada com base em um entendimento prévio à atribuição de significado ao significante normativo.

A crise da democracia no Brasil manifesta-se por meio do discurso de ódio, por trás de críticas ao sistema de justiça, à legitimidade do parlamento e à transparência das instituições públicas, instaurou-se um modo de atuação que ataca odiosamente o Estado Democrático, a Constituição e, paradoxalmente, a própria liberdade de fala.

A democracia, regime de governo eleito pelo constituinte, deve ocupar a pré-compreensão daqueles responsáveis pelo processo hermenêutico, cabendo, pois, tratar de um processo de atribuição de sentido conforme a Constituição democrática. Faz-se necessário construir uma ampla comunidade de intérpretes preocupados com o fundamento do Estado de Direito e com a realização concreta das promessas declaradas no texto constitucional.

O aprofundamento do estudo da Constituição parte do pressuposto de que qualquer processo interpretativo fecundo deverá passar por um processo de redemocratização onto-epistêmica, sob pena de perpetuarmos a ineficácia a que os princípios previstos no texto constitucional estão relegados.

Afirmamos, dessa forma, que somente um aprofundamento na compreensão do modelo deliberativo e representativo de regime de governo pode permitir o alargamento do horizonte hermenêutico daquele que se propõe interpretar a Constituição.

Com isso, o Título I da Constituição deve ser entendido pelos hermenutas como o núcleo fundante do modelo constitucional brasileiro, pois trata dos grandes temas que envolvem a concretização e a realização dos direitos fundamentais. As normas devem ser sempre atualizadas pelos intérpretes, pois a atribuição de sentido ao texto deve envolver, necessariamente, um método de atualização.

Porém, atualizar implica fazer presente, tendo, como apoio, a pré-compreensão democrática. A cidadania, o pluralismo político, a soberania popular, a independência dos poderes, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem comum e a prevalência dos direitos humanos são, assim, princípios basilares a pautarem a interpretação da Constituição. Afastando-se de tais normas, o intérprete impede que o texto realize-se com toda sua potência, o que pode contribuir ainda mais para o agravamento da tão discutida crise da democracia brasileira.

6. REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio, 16ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CAPPI, Antonio. **Lógica jurídica: a construção do discurso jurídico**. 2ª edição. Goiânia: Ed. da UCG, 2003.

CENCI, Elve Miguel e MUNIZ, Tânia Lobo **Esplendor e Crise do Constitucionalismo Global**. Sequência (Florianópolis) [online]. 2020, n. 84 [Acessado 21 Setembro 2021], pp. 89-108. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p89>>.

COMPARATO, Fábio Konder. **Uma morte espiritual**. In: Jornal Folha de São Paulo, 14/05/1998, p. 1-3.

Enciclopédia do Mundo Contemporâneo. Tradução de Jones de Freitas, Japiassu Brício, Renato Aguiar e Inês Dominguez Menendez. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Publifolha: Rio de Janeiro: Editora do Terceiro Mundo, 2002.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método. Traços essenciais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GENRO, Tarso. **Crise da Democracia. Direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem global.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Tradução de Maria Alexandra Figueiredo, Catarina Longa da Silva e Vasco Gil. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2000.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAMSCI, Antônio. **Quaderni dei Carcere.** Turim: Einaudi, 1975.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Jürgen Habermas fala à Tempo Brasileiro. Entrevistadora: Bárbara Freitag. **Revista Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n.98 (Número especial), p. 5-21, jul./set. 1989.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução da 20ª edição alemã feita por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos da Metodologia Científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa.** 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1997.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa.** 1ª ed., São Paulo: Editora Unesp, 2014.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político.** Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NASCIMENTO, Dinalva Melo do. **Metodologia do Trabalho Científico: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RICHARD, Lionel. **A República de Weimar (1919-1933)**. 2ª reimpressão. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras: Círculo do Livro, 1988.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado. O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Constituição ou bárbarie? – A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito**. Texto extraído do site www.ihj.org.br em 10.02.2004.

Data da submissão: 03/05/2022

Data da primeira avaliação: 02/03/2023

Data da segunda avaliação: 09/03/2023

Data da aprovação: 30/09/2023

A EUGENIA NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO BRASILEIRO

EUGENICS IN THE FORMATION OF BRAZILIAN REPUBLICAN CONSTITUTIONALISM

Anderson Vichinkeski Teixeira¹

RESUMO: Mesmo tendo sido objeto de muitos estudos em áreas como História e Educação, a influência do movimento eugênico brasileiro pouca atenção despertou no âmbito jurídico-constitucional. Diante disso, a pesquisa tem como objetivo promover uma breve reconstrução histórica dos fundamentos responsáveis pela ontologia constitucional do republicanismo brasileiro. Para tanto, em um primeiro momento a origem das pesquisas sobre eugenia será retomada. Em seguida, o projeto eugênico na transição da Velha República para a Nova República, sobretudo na Constituição de 1934, será examinado para fins de delimitar como concepções eugenistas de educação e de saúde estiveram no centro dos debates constitucionais. Por fim, será discutida a hipótese de permanência do ideário eugênico nacional mesmo quando introduzida a Constituição de 1988 e sua perspectiva multicultural de defesa da sociedade e dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: História Constitucional; Direito Constitucional; Direitos Sociais; Republicanismo; Eugenia.

ABSTRACT: Even though it has been the subject of several studies in areas such as History and Education, the influence of the Brazilian eugenics movement has attracted little attention in the legal-constitutional field. Given this, the research aims to promote a brief historical reconstruction of the foundations responsible for the constitutional ontology of Brazilian republicanism. To this end, initially the origins of research on eugenics will be revisited. Following, the eugenic project in the transition from the Old Republic to the New Republic, especially in the Constitution of 1934, will be examined in order to delimit how eugenic conceptions of education and health were at the center of constitutional debates. Finally, the hypothesis of the permanence of national eugenic ideology even when the Constitution of 1988 and its multicultural perspective defending society and fundamental

¹ Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Teoria e História do Direito pela Universidade de Florença (Itália), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne (França). Estágio pós-doutoral Direito Constitucional junto à Universidade de Florença; e-mail: andersonvt@unisinos.br; Lattes: 3978569160831938; ORCID: 0000-0001-7085-0375

rights will be discussed.

Key-words: Constitutional History; Constitutional Law; Social Rights; Republicanism; Eugenics.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. O PROJETO EUGÊNICO BRASILEIRO NA REPÚBLICA VELHA; 3. A EUGENIA NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DO ESTADO NOVO; 4. ENTRE HOMOGENEIDADE CULTURAL E MULTICULTURALISMO: AS RAÍZES EUGÊNICAS PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Como justificar no atual contexto político-constitucional brasileiro, transcorridas duas décadas do século XXI, a permanência e, mais ainda, o crescente fortalecimento de ideais antiliberais, antidemocráticos e ultranacionalistas? Quais raízes históricas subjazem a tais ideais tão marcadamente vinculadas a uma perspectiva axiológica homogeneizante, formalista e universalista de ser humano? As respostas meramente contingenciais e circunstanciais que podem ser dadas apontam para os efeitos de fenômenos políticos globais, como os populismos e os neofascismos surgidos em importantes democracias da Europa e das Américas, ou então, focando na realidade interna brasileira, respostas que remetem a eventos ocorridos nos últimos 10 anos que poderiam justificar a emergência dessa profunda crise de representatividade democrática pela qual passa o país e, como consequência, conduz ao próprio questionamento da democracia enquanto regime político vigente.

A hipótese que será sustentada nesta pesquisa, tentando evitar o excessivo foco nas contingências e circunstâncias atuais – que, inevitavelmente, poderiam limitar o problema a determinados personagens políticos e do meio jurídico –, está assentada na reconstrução histórica dos fundamentos responsáveis pela ontologia constitucional do republicanismo brasileiro, mais precisamente, na compreensão de como a transição da Velha República para a Nova República buscou formar um conceito específico de cidadão: um indivíduo inserido em uma sociedade homogênea, de abrangência nacional e formado com base em concepções eugenistas de educação e de saúde. Em eventual contraposição *prima facie* a

dita hipótese, o néscio diria: “falar em eugenia em pleno século XXI? Isso é algo do período entre Guerras, é algo da época do nazismo.” De início, importante recordar, como faremos no primeiro item, que a eugenia surge no final do século XIX como projeto científico destinado a “melhorar” progressivamente a condição humana, tendo sido muito associada ao nazismo em razão de toda a tragicidade em massa gerada pelas câmaras de gás e pelas experiências que se valiam de seres humanos vivos na tentativa de buscar modos – fossem esses os mais cruéis possíveis – de melhoramento genético do ser humano.

Entretanto, havia como pano de fundo dessas experiências científicas ou mesmo sociológicas, como no caso nazista do Programa *Lebensborn*², uma evidente noção de sociedade culturalmente homogênea, muito embora no início do século XX já estivesse amplamente caracterizada na sociedade internacional a interculturalidade decorrente de fluxos migratórios e interações culturais entre povos distintos. Da crítica do sociólogo Zygmunt Bauman é possível encontrar uma incoerência entre projetos de homogeneização cultural e a natureza intrínseca de uma formação cultural, pois, como ele bem salienta, uma cultura “é a atividade de fazer distinções: de classificar, segregar, desenhar fronteiras – e assim dividir as pessoas em categorias internamente unidas pela similaridade e externamente separadas pela diferença; e de diferenciar os padrões de conduta determinados para os humanos alocados em diferentes categorias (tradução livre)”. (Bauman, 2001, p. 32) Em outras palavras, a cultura já traria consigo a necessária diferença externa em face de outras culturas, pois a similaridade é um elemento identificante interno a si mesma.

Disso decorre que as noções de distinção e separação são as principais responsáveis por manter vivas as culturas, uma vez que, se não fossem as categorizações e as

² *Lebensborn* foi um programa criado por Heinrich Himmler, no inverno de 1935-1936, isto é, em sequência às leis raciais de Nuremberg, por meio do qual crianças loiras de olhos azuis nascidas em outros povos (Polônia e países nórdicos, por exemplo) eram raptadas para criação e arianização junto a mães nazistas. Havia também um importante desdobramento geopolítico no projeto expansionista do *Lebensraum* (espaço vital), idealizado por Karl Haushofer e Friedrich Ratzel, na medida em que, por meio da educação eugênica, seria formada a consciência coletiva em torno do *Reich*, e a construção sanitária de um povo são e forte se daria por meio da saúde pública voltada a erradicação de doenças e eliminação de variações genéticas, como pessoas com deficiências, por exemplo.

classificações que cada cultura faz em relação a si própria, não seria possível aos indivíduos que a compõem distinguir entre quais alternativas optar quando for agir, entre quais valores escolher, enfim, escolher entre o certo e o errado, entre o bem e o mal. A homogeneidade absoluta no gênero humano implicaria na inexistência de diferenciações e, por consequência, na inexistência de distinções deontológicas entre o certo e o errado. São as culturas que devem proceder às diferenciações, uma vez que é dentro delas que os conceitos morais serão formados.

Claude Lévi-Strauss advertia que a diversidade é uma condição natural da existência humana e que a unificação cultural, além de indesejável, é contrária ao processo natural de diferenciação cultural que podemos encontrar em todas as formações civilizacionais que a humanidade já produziu.³ O antropólogo Ulf Hannerz (2001, pp. 91-92) destaca que é por meio de uma cultura que a diferenciação ocorre e permite aos indivíduos desenvolver suas respectivas capacidades de autorreconhecimento como membros de uma comunidade ou, em última instância, como individualidades singulares.

Essa dificuldade, própria do início do século XX, de efetivar projetos políticos não centrados em concepções culturalmente homogêneas de sociedade será também vista no Brasil. Em um segundo momento, a presente pesquisa irá descrever como o surgimento de ideias eugênicas não se limitou a discussões filosóficas e literárias entre importantes intelectuais brasileiros, mas logrou sucesso ao entrar no espírito constituinte que erigiu a Constituição de 1934. Por fim, no último item, discutiremos como a hipótese sustentada seria confirmada com a resiliência do ideário eugênico nacional mesmo quando introduzida a Constituição de 1988 e sua perspectiva manifestamente multicultural de defesa da sociedade e dos direitos fundamentais.

2. O PROJETO EUGÊNICO BRASILEIRO NA REPÚBLICA VELHA

³ Claude Lévi-Strauss (2001, p. 43) dizia que “parece que a diversidade das culturas raramente tenha aparecido aos homens por aquilo que ela é: um fenômeno natural, resultante de relações diretas ou indiretas entre as sociedades; eles a observaram, antes de tudo, como uma sorte de monstruosidade ou de escândalo; nestas matérias, o progresso do conhecimento não consistiu, assim, em dissipar essa ilusão em proveito de uma visão mais precisa do que em aceitar ou encontrar um meio de se resignar.” (Tradução livre)

Embora a origem etimológica remonte ao grego *eû genês* (“bem-nascido”), foi com o britânico Francis Galton (1822-1911) que a eugenia se desdobrou em diversas frentes de estudos e experimentos voltados ao melhoramento da condição genética dos indivíduos. Inspirada nas teses de Darwin sobre a seleção natural e evolução das espécies, a chamada “ciência de Galton” tinha a pretensão de, mediante indicadores estatísticos e matemáticos de análises das ditas raças humanas, encontrar mecanismos de aprimoramento (*improvement*) da condição humana a ponto de influenciar hereditariamente nas gerações futuras. A própria definição de eugenia a partir do grego costuma ser associada a Galton (p. 17), quando afirmava que uma palavra breve e etimologicamente precisa poderia muito bem ser aplicada para análise do aprimoramento de homens, animais e plantas.⁴

No Brasil, a eugenia assume a condição de movimento político-filosófico quando o ideário começa a ganhar corpo em instituições e sociedades de pesquisa voltadas, nomeadamente, para o desenvolvimento do pensamento eugênico. Data significativa é 15 de janeiro de 1918, quando da fundação e primeira reunião da Sociedade Eugênica de São Paulo, pois marca um período em que as dificuldades semânticas já estavam sendo superadas e o uso da palavra “eugenia” passaria a se espalhar para os mais diferentes campos do saber, com especial destaque para a Saúde e Educação. A representatividade e simbolismo desse ato viriam a ser destacados por Renato Kehl (1931), médico paulista reconhecido como um dos maiores defensores do movimento eugênico brasileiro, quando, em artigo escrito em inglês no *Boletim de Eugenia*, afirmara que a fundação da referida Sociedade era a primeira para tal fim em toda a América do Sul. Mereceu ainda mais destaque, por parte de Kehl, duas circunstâncias desse dia em janeiro de 1918: o fato de o patrono ter sido o médico e professor Arnaldo Vieira de Carvalho, então Diretor – e ainda

⁴ Já gozando de vasta difusão de suas ideias, Galton (1904, p. 5) fora muito preciso em artigo sobre a importância da eugenia para a formação de uma identidade nacional que possa ser tão ou mais forte que uma religião ortodoxa: “Persistence in setting forth the national importance of eugenics. There are three stages to be passed through: (1) It must be made familiar as an academic question, until its exact importance has been understood and accepted as a fact. (2) It must be recognized as a subject whose practical development deserves serious consideration. (3) It must be introduced into the national conscience, like a new religion. It has, indeed, strong claims to become an orthodox religious, tenet of the future, for eugenics co-operate with the workings of nature by securing that humanity shall be represented by the fittest races.”

fundador – da Faculdade de Medicina de São Paulo, bem como ter ocorrido no salão principal do hospital Santa Casa de Misericórdia.

Além de coincidir com o final da Primeira Guerra Mundial, a introdução da ciência de Galton na ainda jovem república brasileira teve por finalidade tentar resolver o “problema” da miscigenação que caracterizara as relações sociais em diversas partes do país. Por mais que a abolição da escravatura tivesse ocorrido duas ou três décadas antes, o ideal republicano de constituir uma nação pressupunha o branqueamento da população e o seu alinhamento aos discursos científicos europeus baseados em teorias racialistas. Nesse sentido, o médico Raymundo Nina Rodrigues, muito inspirado no pensamento de Cesare Lombroso, tornou-se um expoente pesquisador sobre a antropologia criminal brasileira e como a disciplina penal deveria tratar por meio de diferenciações brancos, negros e mestiços, pois, segundo ele, a inferioridade intelectual dos não brancos levaria a um potencial maior para cometer delitos. Nina Rodrigues (1932), na obra *Os Africanos no Brasil*, que viria a se tornar seu *opus magnum* e um dos maiores exemplos das teorias racialistas desenvolvidas neste país, dedica o último capítulo – quase a título de colofão que resume as ideias precedentemente expostas na obra – para sustentar que haveria uma “sobrevivência psíquica” da criminalidade entre os negros do Brasil. A incoerência talvez seja a grande marca de Nina Rodrigues que reflete o momento histórico – não menos incoerente – em que ele vivia: ao mesmo tempo em que sustentava teses racialistas, era cada vez mais reconhecido por sua atividade clínica junto a populações pobres, majoritariamente negra, e por conviver em espaços culturais de matriz africana, como candomblés e terreiros de Salvador. Como recorda o médico Estácio de Lima (1979), Nina Rodrigues não aparentava sentir o mínimo desconforto em conviver com aqueles que seriam, para ele, organicamente inferiores, nem fazia questão de ocultar seus hábitos perante os colegas da Faculdade de Medicina da Bahia.

Em meio a inúmeros escritores, intelectuais, políticos e juristas adeptos das teorias eugênicas, seria possível ainda referir a relação entre Monteiro Lobato e Renato Kehl em torno da Comissão Central Brasileira de Eugenia, presidida pelo segundo e responsável

pela publicação do *Boletim de Eugenia*; ou a influência no jornalismo brasileiro das décadas de 1910 a 1930, como em Júlio Mesquita; ou também o modo como o médico Edgard Roquette-Pinto logrou sucesso em, nos anos 1920, criar a Rádio Sociedade do Rio de Janeiro para fins de difundir a educação eugênica junto à população daquele Estado. Todavia, Francisco José de Oliveira Viana merece especial menção quanto ao desenvolvimento da eugenia na tradição jurídico-constitucional brasileira. Professor de Direito no Rio de Janeiro justamente no período de maior expansão das teses eugênicas em meio às elites culturais da então capital nacional, Oliveira Viana conservou ao longo da vida uma concepção antropológica que considerava como determinantes para o desenvolvimento de um povo o tipo de clima, cultura e raça que o caracterizaria. Em outras palavras, quanto maiores fossem as adversidades naturais a superar e quanto mais homogênea fosse dada coletividade humana, mais desenvolvida ela seria biológica, política e culturalmente. Publicada em 1920, a obra *Populações meridionais do Brasil e evolução do povo brasileiro* constituiu pedra angular no pensamento de Oliveira Viana (2005) sobre como a condição étnica de um dado grupo humano coletivamente organizado poderia determinar sua superioridade ou inferioridade em relação a outro.⁵ Por mais que não tenha sido figura central do Estado Novo, suas ideias antiliberais influenciaram o debate político corporativista da Era Vargas e o próprio Oliveira Viana atuou na consolidação da legislação trabalhista e na criação da Justiça do Trabalho.

Para não alongar nossa abordagem do desenvolvimento e influências do pensamento eugênico no Brasil dos anos 1920, importante referir as pesquisas de Paulo Ricardo Bonfim (2017) e de Nancy Leys Stepan (1991), um brasileiro e uma britânica que, sob os enfoques da Educação e da Historiografia, respectivamente, reconstróem o percurso histórico de profusão do movimento eugênico no Brasil e, no caso de Stepan, também da América Latina. Poucas pesquisas abordam a história da eugenia no Brasil sem estarem

⁵ A seguinte passagem bem ilustra esse ponto: “Certos fatores de ordem moral, de ordem étnica, de ordem econômica, de ordem social – visíveis uns, sutis outros – atuam num sentido francamente seletivo, de modo tal que a propriedade da terra vai caber, quase exclusivamente, aos elementos etnicamente superiores da massa emigrante. Fato prenhe de conseqüências, porque concerne com a formação antropológica da própria aristocracia territorial.” (Viana, 2005, p. 161)

inseridas, propriamente, no contexto sócio-histórico do movimento em sim, como ocorre com os textos de Renato Kehl, redigidos há quase um século, mas facilmente acessáveis hoje em dia. No tocante a pesquisas recentes, cabe referir ainda a da historiadora Pietra Diwan (2007), que trata a relação da eugenia em *terrae brasilis* com suas influências europeias do entre Guerras, sobretudo do nazismo e do fascismo.

3. A EUGENIA NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DO ESTADO NOVO

A Revolução de 1930 e a condução ao regime autoritário do Estado Novo, em especial com a Constituição de 1937, costumam ser relatados pela historiografia a partir de diferentes perspectivas, mas em grande parte refletindo os debates ideológicos e as diferentes concepções políticas conflitantes à época. No presente item, diversamente, focaremos no modo como a educação viria a se prestar no constitucionalismo social do Estado Novo como instrumento de construção coletiva de um modelo eugênico de sociedade nacional homogênea e, do ponto de vista sanitário, amparada por uma concepção de saúde pública higienista. Assim, de uma introdutória contextualização político-constitucional da proteção da educação no Brasil dos anos 1930-1932, logo passaremos para a análise mais pormenorizada das influências eugênicas na Constituinte de 1933-1934, com especial atenção para o modo como o texto constitucional viria a consolidar a ideia de educação eugênica enquanto vetor de transmissão da noção de sociedade nacional a constituir a Nova República.

Ausente no texto constitucional do Império, de 1824, bem como na primeira constituição republicana, de 1891, a proteção à educação surge na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934. Porém, isso não ocorre por acaso e é sim possível apontar um protagonista nesse processo: Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968). Muito atuante no campo jurídico da Revolução de 30, as reformas educacionais promovidas em Minas Gerais o credenciaram a ocupar o recém-criado Ministério da Educação e Saúde.

Não fora sem sentido que Educação e Saúde estavam fundidas em um mesmo

Ministério. Campos entendia que a sanidade do corpo era condição existencial de desenvolvendo de uma educação eugênica. Imortalizado como mentor da Constituição de 1937, uma ode ao autoritarismo, em especial em razão dos, verdadeiramente, geniais artigos 178, 180 e 187 – os quais atribuíram ao Presidente da República amplos poderes legislativos e “democráticos” para convocar novas eleições –, e dos Atos Institucionais que deram juridicidade ao regime militar que se sucedeu ao 31 de março de 1964, Campos merece também entrar para a história como o responsável pela constitucionalização do movimento eugênico brasileiro: de um ideário restrito a médicos e escritores a eugenia passara à condição de concepção predominante da Educação.

A chamada “Reforma Francisco Campos”, além de criar o Ministério que daria origem ao atual Ministério da Educação, por meio dos Decretos n. 19.850, 19.851 e 19.852, todos de 11 de abril de 1931, criou o Conselho Nacional de Educação, estruturou o regime universitário de ensino superior e, respectivamente, adotou a Universidade do Rio de Janeiro como modelo para as Universidades e equiparados do país.⁶ Já na Exposição de Motivos Apresentada ao Chefe do Governo Provisório, Campos (2010, p. 77) afirmava, no item relativo à reorganização das Faculdades de Medicina, que a reforma definia o “zelo do Estado pela vida de nossa gente, e afirmam-se os seus propositos de promover o aperfeiçoamento progressivo de nossa raça.”

Logo em seguida, na mesma passagem da Exposição de Motivos que merece ser colacionada abaixo na íntegra, Campos (2010, p. 77) destaca a importância central da Medicina para a construção de um projeto eugênico de sociedade nacional que possa ser norteado pela progressiva seleção da espécie humana:

⁶ A Reforma Francisco Campos, embora tenha promovido reformas educacionais, oficializado a dualidade entre ensino secundário e ensino profissionalizante e regulamentado algumas profissões, viria a ter sua importância histórica diminuída pelas Leis Orgânicas do Ensino, editadas a partir de decretos, a grande maioria entre 1942 e 1946, durante o período de maior produção legislativa da ditadura do Estado Novo. Porém, da Reforma Francisco Campos, além dos três decretos acima referidos, cabe mencionar também: o Decreto 19.890, de 18 de abril de 1931, que dispôs sobre a organização do ensino secundário; o Decreto 19.941, de 30 de abril de 1931, que colocou como facultativo o ensino religioso nas escolas públicas do país; e o Decreto 20.158, de 30 de junho de 1931, que organizou o ensino comercial e regulamentou a profissão de contador.

“Nenhuma outra profissão mais interfere, que a do medico, nos destinos de uma nacionalidade, porque na medicina preventiva e curativa, em beneficio da vida, aproveitam-se as melhores conquistas do genio universal, nos vastos dominios da biologia. O vigor, a robustez e o aperfeiçoamento physico, moral e intellectual do individuo, elementos de seu valor como unidade produtiva e como fator de civilização, constituem a base de todo progresso coletivo e só podem resultar de medidas destinadas á defesa do homem contra quaesquer circunstancias que o degradam. E é, quase sempre, na atuação do medico, na hygiene pela amplitude de suas ações preventivas, na therapeutica pela efficacia de seus processos modernos, na cirurgia pelos recursos de sua technica apurada, e é, *acima de tudo, na eugenia pela selecção progressiva da especie humana*, que se effectivam as possibilidades bemfazejas da sciencia. Accresce, para assignalar as responsabilidades da medicina brasileira, a circumstancia de ser o nosso um paiz de clima tropical e intertropical, assim ampliada a sua nosologia em especies morbidas peculiares ás condições climatológicas, e assim, difficultada a vida sadia pela aggressão de agentes pathogenicos abundantes” (Grifo nosso)

Quando da Constituinte de 1933-1934, a relação de continuidade com as reformas de 1931 ficara evidente já nos trabalhos preparatórios da Comissão responsável pelo tópico “Educação e Saúde”. Em análise dos “Annaes da Assembleia Nacional Constituinte”, o historiador Vanderlei Sebastião de Souza (2022, pp. 106-107) salienta que nos discursos parlamentares da Constituinte não era raro encontrar expressas menções a personagens como Renato Kehl, Roquette-Pinto, Azevedo Amaral e Oliveira Vianna, todos amplamente vinculados ao movimento eugênico, ou mesmo verificar a defesa de aplicações de práticas eugênicas contra imigrantes “indesejáveis”, conforme sustentado por parlamentares constituintes como Xavier de Oliveira, médico que entendia ser necessário exame de sanidade física e mental para todo imigrante e estrangeiro que desejasse entrar no território nacional.

Nos trabalhos preparatórios da Constituinte é possível localizar longa transcrição de discurso de Getúlio Vargas, proferido na capital da Bahia, que reflete a preocupação dos Constituintes com o fato de que:

Todas as grandes nações, assim merecidamente consideradas, atingiram nível superior de progresso pela educação do povo. Refiro-me a educação, no significado amplo e social do vocábulo: física e moral, eugênica e cívica, industrial e agrícola, tendo por base a instrução primária de letras e a técnica e profissional. (...) A verdade é dura, mas deve ser dita. Nunca, no Brasil a educação nacional foi encarada de frente, sistematizada, erigida, como deve ser, em legítimo caso de salvação pública. (Brasil, 1933, p. 106)

Dividida em oito títulos, a Constituição de 1934 dedicou o Título V, “Da Família, da Educação e da Cultura”, para introduzir a proteção à educação tanto no capítulo primeiro do referido título como no capítulo segundo, denominado “Da Educação e da Cultura”.

Há de se notar que o capítulo II engendra uma noção republicana de educação umbilicalmente vinculada com a noção de cultural nacional, o que pode ser percebido já no primeiro artigo desse capítulo, isto é, art. 148, ao atribuir à União, Estados e Municípios⁷ a tarefa de “favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.”

Logo em seguida, no art. 149, a educação é prevista, na primeira parte da redação deste artigo, como “direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País”; porém, é a segunda metade que merece melhor atenção para os fins da hipótese teórica que se sustenta na presente pesquisa, pois associa um aspecto teleológico à educação ao determinar que ela deva ser proporcionada “de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.”

No entanto, a previsão constitucional mais importante para nosso escopo geral nesta sede está contida no Título precedente, isto é, o IV – “Da Ordem Econômica e Social”. Em seu art. 138, estabelece que:

- Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:
- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
 - b) estimular a educação eugênica;
 - c) amparar a maternidade e a infância;
 - d) socorrer as famílias de prole numerosa;
 - e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono

⁷ Importante referir que, mesmo não figurando no art. 1 entre os entes Federados, o constituinte fez questão de expressamente vincular os Municípios neste momento de definir a quem competiria estimular e promover a cultura nacional e a educação eugênica como um direito de todos.

físico, moral e intelectual;

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Para além da explícita menção à educação eugênica na alínea “b”, verifica-se um modelo de sociedade a construir perpassando a concepção do artigo citado como um todo. Simone Rocha (2018, pp. 64-65) ressalta que o art. 138 instrumentalizava a eugenia como política de Estado para fins de “melhorar” a condição racial da população brasileira e formar “boas estirpes”. Não obstante tenha sido efêmera, a Constituição de 1934 seguiu com sua política de educação e saúde presente na Constituição de 1937, outorgada por Vargas, em 10 de novembro, data de implantação do Estado Novo.

Encerrada a Segunda Guerra Mundial e largamente divulgados os horrores promovidos com o Holocausto, a eugenia restou ligada ao estigma nazista de purificação racial e, quando esta não fosse viável, de eliminação por meio da “solução final” (*Endlösung*) instrumentalizada pelas câmaras de gás. Ocorre que aqui, do outro lado do oceano Atlântico, o mero desuso das expressões relacionadas ao movimento eugênico fora suficiente para dar continuidade ao mesmo modelo de educação e saúde instituído em 1934. Em um momento de crise dos nacionalismos europeus, a Constituição de 1946, dividida em nove títulos, dedicou o Título VI para tratar “Da Família, da Educação e da Cultura” e tentar reforçar a concepção vigente de sociedade nacional.

Prevista pela Constituição de 1934, a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação viria a ser aprovada somente em 20 de dezembro de 1961, no quadro constitucional de 1946. Após quase duas décadas em meio a projetos de lei no Congresso Nacional que se digladiavam sobre a orientação filosófica que a lei deveria ter, isto é, ser de orientação estatista ou liberal na promoção da educação, o projeto aprovado por meio da Lei n. 4.024, de 1961, silenciava em absoluto sobre os traços históricos do movimento eugênico e, no tocante a critérios raciais, tinha importantes menções, no seu art. 1, alínea “g”, e art. 96, parágrafo terceiro, à vedação a qualquer forma de discriminação por “motivo de raça, cor ou condição social”. Importante passo para a perspectiva cultural plural de

sociedade heterogênea que seria a base da Constituição de 1988, essas duas pontuais previsões legislativas antidiscriminatórias não viriam a exercer suficiente impacto na vocação nacionalista que se consolidaria com o golpe de 1964 e sua noção de “Revolução Cívico-Militar”.

Tendo idealizado o Ato Institucional e diretamente colaborado para a redação dos dois primeiros, Francisco Campos, em 1967, era um dos grandes nomes do pensamento jurídico brasileiro. Apelidado de “Chico Ciência”, viria a falecer no ano seguinte, mas não sem deixar sua influência também na Constituinte de 1967. Resumidamente, o abandono das então anacrônicas teses eugênicas e do antiliberalismo que caracterizava o “jovem Campos” significou um “velho Campos” inspirado por uma filosofia liberal de fundo que, em razão de sua incoerência em face dos ideais autoritários da dita Revolução Cívico-Militar, tentava sustentar o progresso do indivíduo a partir de uma sociedade nacional bem ordenada e segura. Portanto, as teses de Campos (1940a e 1940b) sobre o Estado nacional e sobre a relação entre educação e cultura seriam retomadas pelo conservadorismo autoritário que se instauraria pelas próximas duas décadas no país. Por mais que a saúde estivesse desde 1953⁸ vinculada a um Ministério autônomo, a orientação sanitária seguia marcadamente presente e, mais ainda, reforçada ao longo do regime militar.

Marcada por uma espécie de mazela contemporânea de jamais se conseguir refundar o sistema nacional de educação, o regime militar fortaleceu indicadores de alfabetização e produtividade, bem como a expansão das instituições de ensino para as zonas não litorâneas do Brasil. A Lei n. 5.692, de 11 de agosto de 1971, justamente no momento de maior repressão da ditadura, instituiu nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação com foco exclusivo nos chamados ensinos de primeiro e segundo grau para fins

⁸ Getúlio Vargas, em seu segundo governo, edita a Lei n. 1.920, de 25 de julho de 1953, que cria o Ministério da Saúde e rearticula o Ministério da Educação e Cultura:

“Art. 1º É criado o Ministério da Saúde, ao qual ficarão afetos os problemas atinentes à saúde humana.

Parágrafo único. Fará parte do Ministério acima um Departamento de Administração, com Divisões de Pessoal, Material, Obras e Orçamento.

Art. 2º O Ministério da Educação e Saúde passa a denominar-se ‘Ministério da Educação e Cultura’”.

de, art. 1, “proporcionar ao educando a formação necessária ao desenvolvimento de suas potencialidades como elemento de auto-realização, qualificação para o trabalho e preparo para o exercício consciente da cidadania.”

4. ENTRE HOMOGENEIDADE CULTURAL E MULTICULTURALISMO: AS RAÍZES EUGÊNICAS PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Por mais que o ideário eugênico nacional tenha sido silenciado após o término da Segunda Guerra Mundial e os horrores do nazismo, a promulgação da Constituição de 1988 e sua perspectiva manifestamente multicultural de defesa da sociedade e dos direitos fundamentais colocou em choque, de modo abrangente, duas visões distintas de Brasil. De um lado, uma perspectiva homogeneizante, outrora centrada na ideia de eugenia, mas que ficaria marcada pelo ideal nacionalista representado regime militar instaurado em 1964. De outro lado, uma perspectiva plural que se consolida com o texto constitucional de 1988 e pode ser bem entendida já no seu Preâmbulo ao estabelecer “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como “valores supremos” de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Dito choque de visões de Brasil costuma ser lido a partir de abordagens sociológicas como a de Raymundo Faoro Jr., em seu clássico *Os donos do poder*, onde sustenta que o período colonial sedimentou uma estrutura patrimonialista pré-capitalista que não foi superada mesmo com o advento da República. O modelo português de organização política, de orientação estamental e aristocrática, resultaria na centralização do poder em grupos minoritários da sociedade, demonstrando não apenas o déficit democrático presente na tradição portuguesa, mas sobretudo como no Brasil “uma longa herança – herança social e política – concentrou o poder minoritário numa camada institucionalizada” (Faoro, 2012, p. 112). Com isso, a consolidação do Estado nacional brasileiro seria consequência do paradoxo “minoridade-dominante” que determinou e conduziu a criação e o desenvolvimento da vida social, política e econômica a partir de

noções abstratas sintetizadas na fórmula de um ideal nacional unitário.

Ainda a partir dessa possível interpretação centrada no patrimonialismo das relações de poder, seria possível verificar que a construção histórica brasileira, não apenas em decorrência dos eventos de 1964, mas sobretudo em decorrência desse golpe militar que fundamentou uma nova ordem constitucional vigente, desvelou a fragilidade “e a insuficiência do programa social e político previsto na Constituição de 1946” (Faoro, 1986, p. 17). A Constituição de 1988 pressupunha uma nova realidade a concretizar por meio de uma ordem jurídico-constitucional que elencou toda uma estrutura institucional destinada a suprir e a transformar o histórico déficit socioeconômico brasileiro a partir de prestações positivas estatais. Com base nessa perspectiva teórica, tal pretensão do Constituinte de 1987-1988, por mais que fosse um avanço inédito no Brasil, encontraria os entraves da conservação das estruturas patrimonialistas tradicionais.

Ocorre que, sem pretender abrir qualquer dissenso com essa análise crítica patrimonialista, há uma dimensão de intersubjetividade constituída ainda quando da formação do republicanismo brasileiro que merece destaque no plano ontológico, antes mesmo de normativo ou, como analisado por Faoro, sociológico. Uma constituição que não é produto de um poder autoritário será, necessariamente, resultado de um constitucionalismo. Em outras palavras, uma “constituição com constitucionalismo” será a dimensão dogmático-positiva de um percurso histórico que une, intersubjetivamente, determinada coletividade politicamente organizada na forma estatal. Historiador das constituições, o professor italiano Maurizio Fioravanti (2009, p. 5) definia o constitucionalismo como “um movimento do pensamento voltado, desde suas origens, a perseguir as finalidades políticas concretas, essencialmente consistentes na limitação dos poderes públicos e na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas.” (Tradução livre) Já o politólogo italiano Nicola Matteucci (1997, p. 127) destacava que o termo constitucionalismo geralmente “indica a reflexão acerca de alguns princípios jurídicos que permitem a uma constituição assegurar nas diversas situações históricas a melhor ordem política.” (Tradução livre)

Portanto, a condição ontológica da Constituição de 1988 demanda um exercício de história das ideias constitucionais que estiveram tanto em sua inspiração direta quanto que foram rejeitadas pela nova ordem constitucional instituída. As regularidades discursivas que atribuem sentido aos fatos históricos são externalidades que precisam ser compreendidas nas suas precisas dimensões de sentido, pois história dos fatos e histórias das ideias, quando no âmbito do jurídico-constitucional, colocam sujeito (pesquisador) e objeto (fatos, textos constitucionais, documentos legislativos, por exemplo) em um outro plano: o da narrativa. Assim, o republicanismo brasileiro, quando projetado em perspectiva histórica, é possível ser observado em três grandes fases evolutivas: identidade eugênica (1891-1946), identidade nacional (1946-1988) e identidade multicultural (pós-1988).

Para ser possível propor uma compreensão ontológica de dada constituição, Karl Loewenstein (1952, p. 8) advertia que a análise e estudo lógico de uma constituição costuma deixar nas sombras aquilo que ele chamava de “ontologia das constituições”, isto é, a busca pela significação real de uma constituição dentro de um contexto histórico nacional específico. Sem excluir análises sociológicas, normativas ou filosóficas, uma proposta de ontologia constitucional como chave de leitura dos ideais antiliberais, antidemocráticos e ultranacionalistas que gozam, no atual momento do século XXI, de pleno fôlego popular no Brasil busca focar a análise do *constitucionalismo multicultural* de 1988 como antagonista ao *constitucionalismo autoritário* que o antecede.

Assim, a historiografia do constitucionalismo republicano brasileiro, conjugada com uma ontologia da Constituição vigente, permite concluir que mesmo categorias conceituais muito características da transição da República Velha para o Estado Novo ainda produzem desdobramentos em termos de efetividade do modelo de sociedade e Estado que o Constituinte de 1987-1988 pretendeu realizar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, a pesquisa objetivou descrever como o surgimento de ideias eugênicas durante a formação da República Velha foi muito além de elitismos de época e discussões

filosóficas ou literárias. Tendo sido adotada por importantes intelectuais brasileiros, desde Monteiro Lobato nas artes até Francisco Campos na política, o movimento eugênico perpassou o espírito da Assembleia Constituinte de 1933-1934. A força simbólica do melhoramento da espécie humano e a adesão de sucessivos governos brasileiros aos princípios da eugenia, mesmo depois de estigmatizada pelo Holocausto, permite que seja sustentada a hipótese de que a resiliência do ideário eugênico nacional pode ser sentido mesmo quando da elaboração da Constituição de 1988, pois sua perspectiva multicultural de defesa da sociedade e dos direitos fundamentais rivaliza com a perspectiva homogeneizante e formalista de identidade nacional anteriormente vigente.

6. REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **The Individualized Society**. Cambridge: Polity Press, 2001.

BONFIM, Paulo Ricardo. **Educar, Higienizar e Regenerar: Uma História da Eugenia no Brasil**. Jundiaí/SP: Paco Editorial, 2017.

BRASIL. **Annaes da Assembléia Nacional Constituinte**. Organizados pela Redação dos Annaes e Documentos Parlamentares. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

CAMPOS, Francisco. A reforma do ensino superior no Brasil. *In*: AAVV. **Cadernos FGV Direito Rio**. Vol. 4, Educação e Direito. Rio de Janeiro: Edição FGV Direito Rio, 2010, pp. 61-97 (originalmente publicado como: A reforma do ensino superior no Brasil: Exposição de motivos. **Revista Forense**, v. LVI, jan./jun. 1931, pp. 393-415).

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 1940a.

CAMPOS, Francisco. **Educação e cultura**. Brasília: Senado Federal, 1940b.

DIWAN, Pietra. **Raça pura: uma história da eugenia no Brasil e no mundo**. São Paulo: Contexto, 2007.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2012.

FAORO, Raymundo. **Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada**. São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1986.

- FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali**. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- GALTON, Francis. **Inquiries into Human Faculty and Its Development**. London: Macmillan, 1883.
- GALTON, Francis. Eugenics Its Definition Scope and Aims. *The American Journal of Sociology*, v. X, n. 1, pp. 1-6, 1904.
- HANNERZ, Ulf. **Transnational Connections. Culture, People, Places**. London: Routledge, 1996, trad. it. **La diversità culturale**. Bologna: il Mulino, 2001.
- KEHL, Renato. The first eugenics movement in Brazil. **Boletim de Eugenia**, v. 3, n. 28, pp. 5-6, 1931.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Race et Histoire; Race et Culture**. Paris: Albin Michel et UNESCO, 2001
- LIMA, Estácio de. **O velho e o novo “Nina”**. Salvador: Governo do Estado da Bahia e Departamento de Politécica, 1979.
- LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d’une ontologie des Constitutions. **Revue française de science politique**, n. 2-1, pp. 5-23, 1952.
- MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno. Lessico e percorsi**. 2ª ed. Bologna: il Mulino, 1997.
- ROCHA, Simone. A educação como projeto de melhoramento racial: uma análise do art. 138 da Constituição de 1934. **Reveduc. Revista Eletrônica de Educação**, v. 12, n. 1, pp. 61-73, 2018.
- RODRIGUES, Raymundo Nina. **Os Africanos no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1932.
- SOUZA, Vanderlei Sebastião de. Eugenia, racismo científico e antirracismo no Brasil: debates sobre ciência, raça e imigração no movimento eugênico brasileiro (1920-1930). **Revista Brasileira de História**, v. 42, n. 89, pp. 93-115, 2022.
- STEPAN, Nancy Leys. **The Hour of Eugenics: Race, Gender, and Nation in Latin American**. Ithaca: Cornell University Press, 1991.

VIANA, Oliveira. **Populações meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

Data da submissão: 12/09/2023

Data da primeira avaliação: 25/09/2023

Data da segunda avaliação: 14/09/2023

Data da aprovação: 29/09/2023

E-COMMERCE DOS DADOS PESSOAIS E A LGPD: ABORDAGEM DE UMA LACUNA À LUZ DA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE BOBBIO

E-COMMERCE OF PERSONAL DATA AND LGPD: APPROACHING A GAP IN THE LIGHT OF BOBBIO'S THEORY OF THE LEGAL ORDER

**Cleuler Barbosa das Neves¹
Gisele Gomes Matos²**

RESUMO: Tendo como referência partir do desafio pragmático sobre como regular a propriedade (*rectius*, o patrimônio) privada(o) dos próprios dados proposto por Harari (2018) e da sua proposta de pesquisa a partir do conhecimento histórico sobre a regulação privada da propriedade, e também dos contratos privados, este artigo tem por finalidade questionar, através do método dialético-argumentativo, valendo-se dos conceitos de lacuna e da teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio, se o microsistema brasileiro de Proteção de Dados Pessoais (CF/1988, LGPD/2019 etc.) apresenta lacunas próprias quanto à possibilidade de comércio do direito privado aos dados pessoais não sensíveis pelo seu titular, bem como pelos controladores e operadores de dados e informações e, caso assim identificadas, como integrar-se-iam à luz dessa mesma teoria. Os resultados alcançados apontam para uma integração permissiva pela liberdade da cessão onerosa resilível do direito privado aos dados pessoais não sensíveis tanto pela parte hipossuficiente (titular) dessa relação jurídica como, superveniente – desde que não resilida, a qualquer tempo, unilateralmente pela vontade potestativa do titular ou de seus legítimos sucessores –, pela parte hipersuficiente (controladores e operadores), cessionária desses mesmos direitos sobre dados pessoais capturados e cotitular das informações deles extraídas através de algum tratamento válido, para terceiros (pessoas não integrantes da relação jurídica original); desde que nenhuma dessas cessões de direito ou tratamentos impliquem em limitação desproporcional para os direitos da personalidade do titular dos dados pessoais, como os seus direitos fundamentais à autodeterminação informativa, à intimidade e à privacidade (art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, caput, X e XII, CF/1988) e ao devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988), nem em violação ao microsistema de defesa do consumidor.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD; *E-commerce* dos dados

¹ Professor permanente do PPGDP-UFG (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás); Doutor em Ciências Ambientais e Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás; e-mail: cleuler@ufg.br; Lattes: 3567330317986829; ORCID: 0000-0001-8319-0257

² Doutoranda em Direito UniCeub; Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás; Oficiala de Justiça TJGO; e-mail: matosgisa@gmail.com; Lattes: 0354770450063235; ORCID: 0000-0001-7898-0473

peçoais; Lacuna; Colisão; Integração por ponderação.

ABSTRACT: Taking as a reference the pragmatic challenge on how to regulate private property (rectius, patrimony) from the data itself proposed by Harari (2018) and from his research proposal based on historical knowledge about the private regulation of property, and also of private contracts, this article aims to question, using the concepts of gap and the theory of the legal system of Norberto Bobbio, if the Brazilian microsystem of Personal Data Protection (CF/1988, LGPD/2019 etc.) gaps in terms of the possibility of trading private law to non-sensitive personal data by its holder, as well as by data and information controllers and operators and, if so identified, how they would be integrated in the light of that same theory. The results achieved point to a permissive integration by the freedom of the onerous assignment, rescissible of the private right to non-sensitive personal data, both by the hyposufficient party (holder) of this legal relationship and, supervening - provided that it does not terminate, at any time, unilaterally by the authoritative will of the holder or his legitimate successors -, by the hypersufficient party (controllers and operators), assignee of these same rights over captured personal data and co-owner of the information extracted from them through some valid treatment, to third parties (persons not part of the original legal relationship); provided that none of these assignments of rights or treatments imply a disproportionate limitation on the personality rights of the holder of personal data, such as their fundamental rights to informational self-determination, intimacy and privacy (art. 2, I and II, LGPD and art. 5, caput, X and XII, CF/1988) and substantive due process (art. 5, LIV, CF/1988), nor in violation of the consumer protection microsystem.

Key-words: General Data Protection Law – LGPD; E-commerce of personal data; Gap; Collision; Integration by weighting.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceitos de lacuna em Bobbio; 2.1 Espaço jurídico vazio; 2.2 Norma Geral Exclusiva (NGE) e Norma Geral Inclusiva (NGI): em tensão antinômica; 2.3 Lacunas ideológicas; 2.4 Solução de lacunas por meio da ponderação de princípios antagônicos; 3. LGPD (2019) e disponibilidade dos dados pessoais: há espaço para lacunas?; 3.1 Principais conceitos: titular, dados pessoais, dados pessoais sensíveis, consentimento, tratamento, controlador e operador (agentes de tratamento); 3.2 Anomia quanto ao *e-commerce* dos Dados pessoais não sensíveis; 4. Disponibilidade pela cessão onerosa resilível do direito aos dados pessoais; 4.1 Integração da LGPD: *e-commerce* dos dados pessoais não sensíveis?; 4.1.2 Cessão onerosa resilível a terceiros dos dados pessoais não sensíveis e sua informações pelos agentes de tratamento (controladores e operadores - hipersuficientes); 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante do fenômeno global de expansão da internet, que segundo Harari (2016, p.

327) metamorfoseou-se dez vezes enquanto uma desajeitada burocracia governamental foi soterrada pelos dados, adveio no Brasil a regulação da proteção dos dados pessoais pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018), que junto com a CF/1988 formam o esteio normativo brasileiro para responder a demandas sociais mais que urgentes.

Uma das questões primordiais que pode ser então posta refere-se à inexistência de dispositivos normativos na LGPD que proíbam ou que permitam expressamente o comércio eletrônico dos dados pessoais não sensíveis, de modo a tratá-los ou a excluí-los explicitamente como uma “coisa” inalienável, embora não se possa presumi-los uma coisa, como um ponto de partida tópico, primeira hipótese a ser verificada nesta pesquisa.

Nesse contexto, através do método dialético-argumentativo, buscou-se a apropriação teórica das lacunas próprias (anomias), conceito inserto na Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio (1999), que propõe sua integração pela solução do conflito (antinomia) entre uma norma geral exclusiva (NGE) e uma norma geral inclusiva (NGI), o que, no vigente direito positivo brasileiro, permite testar a segunda hipótese desta pesquisa: verificar se há liberdade para o titular dos dados pessoais não sensíveis para dispor desse direito, assim como para os controladores e os operadores (agentes de tratamento), de modo que esses três sujeitos de direito poderiam cedê-los, gratuita ou onerosamente, desde que isso não implicasse em limitação desproporcional aos direitos fundamentais da personalidade do titular (privacidade, intimidade, autodeterminação informativa; art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, caput, X e XII, CF/1988), ao devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988) nem em violação ao microssistema de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V, CF/1988).

É preciso, nesse contexto, considerar os efeitos da imposição legal e irrevogável da resilição por revogação (art. 8º, § 5º, LGPD) pelo titular de dados pessoais não sensíveis (ou seus sucessores universais), a qualquer tempo (inclusive por testamento), em uma cadeia de cessões desse direito e, sobretudo, das informações deles extraídas pelos agentes de tratamento, pois envolve valores econômicos astronômicos em razão da aplicação em

larga escala de tratamentos às massas gigantescas de dados pessoais armazenadas atualmente em big data: esse novo petróleo minerado nas nuvens.

Não se pode desconsiderar, nesse novo cenário de mineração da estratosfera, a posição desses três sujeitos de direito, buscando averiguar quem é explorado (hipossuficiente) e quem são os exploradores (hipersuficientes) e quais os direitos e obrigações de parte a parte que merecem maior âmbito de proteção e de vigilância pelo Estado, cuja presença é reclamada sempre que se nota um ambiente de super exploração ou de vulnerabilidade, sobretudo quando se trata de um ambiente virtual, intangível, mas cujos efeitos projetam-se sobre a face da Terra como trovões, relâmpagos e raios, ora como chuva serena, que a refertiliza; ora como um Titã cujos poderes põe em risco as fundações das próprias democracias aqui construídas à custa de tanto esforço da humanidade.

O objetivo é testar essas duas hipóteses por meio de uma dialética argumentativa, com foco nos dados pessoais não sensíveis -- uma vez que há previsão legal para que dados pessoais sensíveis possam ser tratados independentemente do consentimento do seu titular (art. 11, II, alíneas 'a' a 'g', LGPD) e até mesmo a possibilidade de acesso, de armazenamento e de tratamento do perfil genético de condenados (art. 9º-A, LEP) e de acusados (art. 5º, V, da Lei de Identificação Criminal – LICCrim) para formação do banco de dados de perfis genéticos (DNA).

Para tanto estruturou-se o presente artigo em três tópicos.

O primeiro tópico, a partir dos conceitos de lacuna desenvolvidos por Norberto Bobbio (1999) em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, apropria-se do de lacuna própria e vislumbra o uso da ponderação de princípios antagônicos como ponto de partida teórico para a solução dessa anomia vista como um conflito (antinomia), melhor, uma colisão entre uma norma geral exclusiva (NGE) e uma norma geral inclusiva (NGI), aqui suscitada em relação à questão da disponibilidade onerosa do direito aos dados pessoais não sensíveis e na busca de soluções a partir da análise sistemática da CF/1988 e da LGPD/2019, notadamente de seus princípios gerais de direito positivo explícitos, ou seja, uma integração que não apela somente aos princípios gerais de direito positivo implícitos (art.

4º, LINDB), estes extraíveis por indução amplificadora (*analogia juris*), como ordinariamente se dá.

O segundo deles, após abordar os conceitos vertidos na LGPD pertinentes ao problema da pesquisa (titular, dados pessoais, dados pessoais sensíveis, consentimento, tratamento, controlador e operador - que são agentes de tratamento), objetiva identificar essa anomia expectada quanto ao *e-commerce* dos dados pessoais não sensíveis, vista como uma antinomia, uma tensão entre uma norma geral exclusiva (NGE) e uma norma geral inclusiva (NGI) cuja solução pode operar em favor de qualquer um desses dois polos sem que, *a priori*, vislumbre-se significativa diferença de probabilidade de preponderância entre eles.

O terceiro tópico é destinado a solucionar essa provável anomia no ordenamento jurídico brasileiro pela sua integração via identificação de princípios gerais de direito positivo explícitos pertinentes postos em colisão diante do problema concreto do *e-commerce* oneroso dos dados pessoais não sensíveis, fazendo-o, primeiramente, em relação ao titular e, depois, em relação aos agentes de tratamento (controladores e operadores) que capturam, armazenam, relacionam, tratam e exploram esses mesmos dados, exploração essa que se dá tanto do ponto de vista informático como do econômico. A consideração a ser tomada como ponto de partida quanto à forma legal para eficácia desse meio de integração será a cessão onerosa resilível do direito aos dados pessoais, considerando que estes poderiam englobar as informações deles extraídas, numa interpretação extensiva daquele conceito.

2. CONCEITOS DE LACUNA EM BOBBIO

Para responder à pergunta “O que é Direito?” e na construção de uma Teoria Geral do Direito, Norberto Bobbio, ainda na década de 1950, nas pegadas de Hans Kelsen para reelaborar o conceito de Direito como Ciência Jurídica, mas inserido no giro linguístico do início do século XX, voltou-se para a Metodologia da Ciência do Direito em termos de uma análise linguística (Ferraz Junior, Apresentação In: BOBBIO, 1999, p. 7-18),

refutando apelos metafísicos e primando pelo afastamento do Direito da Moral, num esforço metodológico de clarificação e de coerência da linguagem do Direito (Alaor Caffé Alves, Apresentação In: BOBBIO, 2008, p. 9-22).

Ao adotar uma concepção estrutural do Direito (mais tarde com abertura axiológica-teleológica para o funcionalismo), Bobbio concebeu duas obras complementares: Teoria da Norma Jurídica (1957/1958) e Teoria do Ordenamento Jurídico (1959/1960).

Na obra Teoria da Norma Jurídica, Bobbio (2008), ao estabelecer importante distinção entre o dispositivo e a norma -- enquanto regra, distinguindo regras e princípios, mas não tratando analiticamente destes --, concluiu pela insuficiência da norma e pela consideração do ordenamento jurídico como um todo e não apenas a norma jurídica isolada. Entretanto, reforçou ser necessário o seu conceito, como parte do todo, para compreender e solucionar os problemas encontrados no fenômeno jurídico.

Ainda, com base na lógica de Aristóteles, organizou conceitos e classificações das normas (apresenta quatro operadores deônticos), posteriormente utilizados na Teoria do Ordenamento Jurídico (1999) para análise dos problemas típicos dos ordenamentos jurídicos, apontando como principais: a coerção, a unidade, a coerência -- desafiada pelas antinomias (ideia de sistema) -- e a completude -- desafiada pelas anomias (lacunas), em um espectro que vai da abundância à carência de normas num dado ordenamento; na busca de sua harmonização (combate às antinomias) e de sua integração (combate às anomias) como elementos pertencentes a esse mesmo ordenamento e que fazem desse ordenamento um sistema. Construiu, assim, um modelo para a permanente possibilidade de exclusão ou superação de antinomias e também de integração de lacunas de um ordenamento jurídico.

Partindo do pressuposto de uma norma fundamental ($1 N_0$) pode-se adotar o dogma da unidade de um ordenamento jurídico, para aferir validade. Já a ideia de sistema pode conferir ordem a esse mesmo ordenamento, aliás este termo já evoca aquela ideia; ou seja, não basta um relacionamento (um elo comum) entre todas as suas normas (as partes) componentes, com um ordenamento exurgindo como um conjunto universal dessas

normas válidas (o todo), desde que num relacionamento de coerência entre si (entre as partes desse todo) que seja capaz de dar conta da eliminação de incoerências -- contrariedades e contraditoriedades, naqueles casos em que uma norma e sua oposta, ambas, pertencem ao sistema [$(N \in OJ) \wedge (\underline{N} \in OJ)$] -- empiricamente verificadas entre duas normas válidas e vigentes que apresentam o mesmo âmbito espacial, temporal, material e pessoal de validade (BOBBIO, 1999).

Além disso, a mesma ideia de sistema evoca o dogma da sua completude, na medida em que, mesmo no caso de uma lacuna empiricamente verificada -- anomia, em que uma norma e sua oposta, ambas, não pertencem ao sistema [$(N \wedge \underline{N}) \notin OJ$] (BOBBIO, 1999) --, há ordenamentos jurídicos em que vigora a proibição do juízo de *non liquet* (não convém; art. 126, CPC/1973 e art. 140, NCPC) e o princípio da legalidade (art. 127, CPC/1973 e art. 140, parágrafo único, NCPC), entendidos no sentido do dever de julgar com base em uma norma pertencente ao sistema ($N \in OJ$) sem recorrer à equidade; mas, excepcionalmente (R' , = uma regra de exceção), na falta de uma norma válida, vigente e pertinente ao caso concreto, pelo emprego da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais de direito (art. 4º, LINDB).

Na Teoria do Ordenamento Jurídico, em um primeiro sentido, mais geral, Bobbio (1999) apresentou a lacuna como um problema gerado por essa ideia de falta ou carência de norma (anomia). O autor trata desse conceito focando no proibido (Pr) e no permitido positivo (Pe⁺), dois dos quatro operadores deônticos (além do obrigatório e permitido negativo). Apresenta esse primeiro conceito de ausência ou carência de norma que regule o caso concreto (L₀) e mais dois conceitos para identificação de lacunas em um ordenamento jurídico e dois parâmetros postos em uma tensão para sua solução, como será visto a seguir.

“[...] O problema da completude do ordenamento jurídico é se há e como podem ser

eliminadas as lacunas próprias” (BOBBIO, 1999, p. 144). Esse apelo ao dogma da completude, segundo o qual um “Ordenamento Jurídico seria capaz de fornecer ao julgador, mesmo diante de cada evento singular e irrepetível” (ADEODATO, 2011, s.p), uma solução sem recorrer à equidade é tido como um dos aspectos característicos do positivismo jurídico.

E nesse sentido, Lênio Streck (2007) parametriza e justifica a discussão referente às lacunas, salientando a sua importância para a dogmática jurídica, por servir como entendimento norteador e sustentáculo ao direito até então visto como circular e controlado.

2.1. ESPAÇO JURÍDICO VAZIO

Como uma reação do positivismo estatalista contra qualquer renascimento jusnaturalista e, assim, contra as teorias do direito livre (H. Kantorowitz, Alm.) e da livre pesquisa do Direito (F. Gény, Fr.), a barreira do princípio da legalidade (valor da certeza; da liberdade) havia sido erigida em defesa do indivíduo para evitar o arbítrio, que restaria concedido aos árbitros (os julgadores) caso se lhes atribuísse, dogmaticamente por sinal, o poder de revelação do Direito, ainda que a partir de padrões da Sociedade, mas com menoscabo do Direito estatal (BOBBIO, 1999).

“[...] Atrás das batalhas dos métodos havia, como sempre, uma batalha ideológica [...]” (BOBBIO, 1999, p. 128). Para além das expressas permissões negativas (não Obrigatório = ñ O) e das expressas permissões positivas (não Proibido = ñ (O ñ)), o sistema ou ordenamento jurídico apresentaria um espaço jurídico vazio, que representaria uma permissão liberal implícita, porquanto se trataria de uma conduta não regulada expressamente pelo Direito como obrigatório, como proibido ou mesmo como permitido negativo ou positivo (BOBBIO, 1999).

Como alerta Wilson Madeira Filho (2006), a esfera jurídica constitui-se de normas imperativas, proibitivas e permissivas e segundo essa teoria, “ou há o vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade. [...] Um espaço intermediário entre o juridicamente pleno e o juridicamente vazio, onde se possam colocar as lacunas, não existe [...]”. (BOBBIO, 1999,

p. 129).

Bobbio (1999) apela para o conceito de contrariedade, retirado da Lógica aristotélica e apresentado no capítulo 6 de sua Teoria da Norma Jurídica (2008), para ilustrar o fundamento do pensamento dessa corrente, pois admitir o que seria nem lícito e nem ilícito seria ilógico, pois estas são expressões contraditórias, que não podem ser ambas verdadeiras e nem ambas falsas a um só tempo.

Na esfera do Direito Privado essa solução evoca, em prestígio ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/1988), apenas a primeira parte e em prol do cidadão, do antigo dilema zetético: é permitido tudo que não seja proibido ou é proibido tudo que não seja expressamente permitido? Pois, “Se não existe um espaço jurídico vazio, então existe somente o espaço jurídico pleno [...]” (BOBBIO, 1999, p. 132).

Na esfera do Direito Público há uma tendência pela prevalência da segunda parte desse mesmo dilema e em desfavor do administrador, o que é curiosamente feito também em prestígio ao mesmo princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF/1988), quase sempre erigido à reserva de lei em sentido estrito, como se esta pudera antecipar toda faticidade dessa esfera.

2.2. NORMA GERAL EXCLUSIVA (NGE) E NORMA GERAL INCLUSIVA (NGI): EM TENSÃO ANTINÔMICA

Para a anterior teoria do espaço jurídico vazio não se haveria que falar em lacunas, mas sim em limites do próprio Ordenamento Jurídico.

Já para uma subseqüente teoria também não haveria lacunas, porquanto as normas surgiriam aos pares e para cada Norma Particular Inclusiva (ou uma série de delas) corresponderia uma Norma Geral Exclusiva (1 NGE), que é exclusiva, porque exclui [explicação tautológica] e é geral, porque alcançaria todos os comportamentos não previstos no suporte fático (no tipo) previsto nalguma Norma Particular Inclusiva (NPI) pertinente ao caso (ou um conjunto delas); de modo que não haveria espaço jurídico vazio (algum comportamento não regulado), porquanto toda e qualquer conduta humana estaria

regulada pelo Ordenamento Jurídico (ideia de que a NGE \in OJ, ainda que de forma implícita ou subentendida; na esfera do silêncio) (BOBBIO, 1999).

Cada série de NPI's seria um conjunto de exceções (\mathbb{R} 's) expressas diante de uma NGE (ex. art. 5º, II, CF/1988, expressão do princípio da legalidade na proteção do indivíduo contra o arbítrio) “[...] dirigida a excluir qualquer limitação para todos os outros casos não particularmente considerados [...]” (BOBBIO, 1999, p. 134).

No exemplo que Bobbio (1999) toma de Donati (lacuna em caso de falta de sucessores numa monarquia) poder-se-ia, igualmente, levantar a seguinte interpretação: além do direito de todos de recusar a pretensão de qualquer um que quisesse ser reconhecido como rei no caso de vacância da coroa pela extinção da estirpe; também haveria a possibilidade do dever de todos de aceitar a pretensão de qualquer um que quisesse ser reconhecido como rei! Ou seja, a Teoria da NGE não diz tudo, uma vez que, em uma relação jurídica, os direitos e os deveres (as obrigações) surgem aos pares, como nos conceitos de bipolaridade, implicação e complementaridade referidos por Miguel Reale (1994) em sua teoria tridimensional do Direito.

Esta segunda solução também evoca, assim com a teoria do espaço jurídico vazio e igualmente em prestígio ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/1988), apenas a primeira parte e em prol do cidadão, o aforismo liberal: é permitido tudo que não seja expressamente proibido.

Há nos Ordenamentos Jurídicos, para além das NPI's e da NGE, “...também um terceiro tipo de norma, que é inclusiva como a primeira e geral como a segunda e [que] podemos chamar de norma geral inclusiva [NGI]...” (BOBBIO, 1999, p. 135); por exemplo: as normas de integração resultantes das disposições do art. 140 do NCPC (art. 126 do CPC/1973) e do art. 4º da LINDB, sem que isso implique em mitigação da supremacia da constituição como ponto de partida para qualquer interpretação e aplicação do Direito.

Pela NGI, para um caso semelhante (paragonado), por analogia (\cong), deve ser atribuída solução idêntica ($=$) à prescrita nalguma NPI já aplicada ou aplicável a um caso

previsto (paradigma). A NGE encontrar-se-ia, assim, em franca oposição (contraditoriedade) à NGI, uma vez que um caso não regulamentado por alguma norma paradigma, por sua reconhecida diferença com o tipo regulado (\neq), será resolvido de maneira oposta à previsão normativa da NGI: permissão negativa no caso de prescriptor obrigatório nesta; ou permissão positiva no caso de prescriptor proibido nesta (BOBBIO, 1999).

[...] Mas o ordenamento em geral nada nos diz sobre as **condições** [conjunto de circunstâncias relevantes = {C's}] com base nas quais dois casos podem ser considerados **parecidos**. A **decisão** sobre a **semelhança** [ou a **dessemelhança**] dos casos cabe ao **intérprete** [...], [que] vai **decidir** se, em caso de **lacuna**, ele **deve aplicar** a **norma geral exclusiva** [...] ou a **norma geral inclusiva** e, portanto, incluir o caso não-previsto na disciplina do caso previsto. No primeiro caso se diz que usa o **argumentum a contrario**, no segundo, o **argumentum a simili**". (BOBBIO, 1999, p. 136). (destacou-se)

Bobbio também recorre à fundamentação [casos \cong ou \neq] e à argumentação tópica, usando de uma linguagem próxima da descrita por Adeodato (2011) no trato do nível da retórica estratégica (um equivalente ao modelo jurídico de REALE, 2017), que se vale de terminologia prescritiva em prol de algum método situado no nível da retórica material.

[...] No Direito Penal [punitivo], onde a extensão analógica não é admitida [proibida], poderíamos também dizer que não existem lacunas [...]. Desse modo, não só nos parece impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas ficou claro o **conceito de lacuna**: a **lacuna se verifica** não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas pela **falta de um critério** para a **escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva** [NGE] ou a **inclusiva** [NGI], **deva ser aplicada**. (BOBBIO, 1999, p. 137). (destacou-se)

Nota-se a proeza teórica operada pela genialidade de Norberto Bobbio, que transformou um problema que inicialmente foi colocado como lacuna pela carência de normas (anomia) em um problema de abundância, de antinomia entre duas normas

(NGE $\rightarrow\leftarrow$ NGI

contraditórias), o que já fora por ele conceituado e, em larga medida, resolvido no capítulo 3 de sua Teoria do Ordenamento Jurídico (1999).

Mas, uma coisa é conceituar uma lacuna pelo recurso ao conceito de antinomia para a identificação de anomias. Outra é apontar critérios adequados para encontrar uma solução desse novo problema assim recolocado:

[...] não estamos em condições de decidir **mediante regras do sistema se o caso é semelhante ou diferente**. [...] O fato de a solução não ser mais óbvia, isto é, de não se poder tirar do sistema nem uma solução nem a solução oposta, revela a lacuna, isto é, revela a **incompletude do ordenamento jurídico**. (BOBBIO, 1999, p. 139). (**destacou-se**)

No caso do Ordenamento Jurídico brasileiro poder-se-ia opor o dispositivo do revogado art. 126, CPC/1973 (art. 140 NCCP combinado com art. 4º, LINDB) às conclusões de Bobbio quanto à caracterização e identificação de uma lacuna. Esse dispositivo normativo será aqui tratado porque reunia, numa só redação: a vedação à recusa em decidir; o princípio da legalidade e a repetição da ordem prescrita na LINDB dos meios integrativos válidos.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º/10/1973).

Para Lenio Streck (2007), a discussão sobre as lacunas e a completude do ordenamento jurídico vai além, e pode ser tido como argumento desmistificador do próprio axioma do direito assentado no modelo napoleônico, posto que, nos termos dos citados artigos do CPC e da LINDB, o ordenamento constitui-se dinamicamente completível, com auto referência ao próprio sistema jurídico.

Contudo essa objeção pode ser rebatida sob o argumento de que se trata da eleição de meios para a integração do sistema, mas não para balizar um critério do que seria uma semelhança ou uma dessemelhança do caso concreto (paragonado) com relação ao tipo abstrato (suporte fático restrito) da Norma Particular Inclusiva (NPI) tido como paradigma.

2.3. LACUNAS IDEOLÓGICAS

Para além de Lacuna (L₀) num sentido bem inicial da falta de norma (NPI) a ser

aplicada a um caso concreto, Bobbio (1999) constrói um conceito de Lacuna (L_1) que transforma a incompletude de um sistema em uma incoerência qualificada por uma antinomia própria real (insolúvel) entre duas normas gerais: uma exclusiva (NGE) e uma inclusiva (NGI), ambas válidas, ou seja, pertencentes a esse mesmo sistema jurídico.

Além desses dois sentidos, o primeiro deles usual e o segundo nada trivial, Bobbio (1999) menciona outro em que Lacuna (L_2) denota a falta de uma norma justa para o caso analisado, denominada lacuna ideológica, porquanto resulta da comparação do Ordenamento Jurídico como ele é [ser] com aquilo que deveria ser [dever-ser], como, por exemplo, com o Direito Natural, que poderia ser conceituado como um “[...] Direito sem lacunas ideológicas, no sentido de que é aquilo que deveria ser [...]” (BOBBIO, 1999, p. 140), apondo uma crítica ao resíduo metafísico da chamada falácia naturalística a que ocorre o Direito Natural.

De um ponto de vista zetético (FERRAZ JUNIOR, 2011) poder-se-ia levantar a seguinte objeção ao 2º argumento idealista de Brunetti, citado por Bobbio (1999): o que significa a coisa representada senão outra representação da coisa considerada? Segundo Brunetti não haveria sentido na comparação entre “[...] a representação de uma coisa com a coisa representada [...]” (*apud* BOBBIO, 1999, p. 141), de modo que para dar sentido ao problema das lacunas só uma comparação do ordenamento real com outro, um ideal; numa espécie de apelo à uma pretensa falha lógica para justificar um apelo à razão idealizadora, que também não deixa de ser metafísico e que reduzem todas as lacunas ao tipo ideológicas.

Esse Bobbio, na sua primeira fase estruturalista, aproxima-se de Kelsen ao concluir, com Brunetti, que lacunas ideológicas (L_2) não justificariam a pesquisa jurídica, porquanto evocam uma axiologia: um trato com valores que colocaria em cheque sua tentativa epistemológica de postar o Direito como Ciência através do uso de uma linguagem adequada e do rigor metodológico na aplicação de um raciocínio jurídico metódico, que poderia ser repetido em incontáveis situações.

Ou seja, há as lacunas próprias, que são integráveis por obra do intérprete

(FERRAZ JUNIOR, 2015) e as impróprias ou ideológicas, que só poderiam ser completadas por novas normas editadas pelo legislador, estando vinculadas a um critério extrínseco à ordem jurídica (MOLEDO, 2005).

Contudo, na atualidade neoconstitucional dos Estados Democráticos de Direito, como ocorre no Brasil, não há como refugiar-se do trato com princípios, que são normas de suporte fático amplo, não absolutas, restringíveis (SILVA, 2010, p. 247-251, 254-255), postos em profusão e em incontáveis colisões; a *priori* aplicáveis ante qualquer possibilidade de interferência num direito fundamental, mas só afastáveis por meio de uma justificação constitucional que demonstre a razoabilidade e a proporcionalidade da restrição harmonizadora para solução dessas colisões por ponderação de princípios antagônicos verificada num caso concreto (SILVA, 2010).

2.4. SOLUÇÃO DE LACUNAS POR MEIO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS ANTAGÔNICOS

Alertando, desde logo, que “[...] pode-se interpretar também de outras formas que fazem desaparecer a antinomia [vide a interpretação harmonizadora referida nas p. 80, 102, 104, do cap. 3 da Teoria do Ordenamento Jurídico, 1999]” BOBBIO, 1999, s.p.) então apresenta as duas condições para o diagnóstico de uma antinomia, ao que se pode acrescer um terceiro critério para o diagnóstico de uma anomia como se fora uma antinomia:

1) as duas normas devem pertencer ao mesmo Ordenamento Jurídico: N_1, N_2

$\in OJ$;

2) as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, ou seja: coincidência, ainda que parcial, dos seus aspectos temporal (t), espacial (e), material (m) e pessoal (p);

3) uma Lacuna (L_1) caracteriza-se por um conflito normativo qualificado, uma antinomia real das seguintes regras gerais contraditórias implícitas num dado sistema jurídico: uma exclusiva e outra inclusiva ($NGE \rightarrow \leftarrow NGI$), cuja solução pode ser tanto a favor de uma como de outra, variando de caso para caso, sem que, com isso, uma delas seja excluída do sistema, mas apenas ter sua aplicação afastada (derrogação imprópria) naquele

caso concreto em que ela não prepondera.

Uma vez apontados os critérios para identificação qualificada de uma lacuna própria, resta ainda delinear critérios outros capazes de levar à uma sua solução adequada, de modo a sustentar a ideia do Direito como um sistema, que traz em si mesmo metarregras que permitam a eliminação de antinomias e a integração de lacunas e que seja capaz de operar com os princípios postos nas suas declarações de direitos fundamentais.

Vista uma lacuna como uma tensão entre norma geral exclusiva e outra inclusiva, a sua solução, denominada de integração, visa atender à metarregra da proibição do *non liquet*. Assim, o próprio ordenamento jurídico brasileiro (art. 4º, LINDB) apresenta dois meios de autointegração (busca de solução em fonte dominante do próprio ordenamento jurídico): a analogia *legis* (pela busca de paradigmas nos tipos descritos no suporte fático das fontes positivadas) e os princípios gerais do direito implícitos, pois extraídos, por indução, do sistema positivado para uma aplicação amplificadora (analogia *juris*); e um de heterointegração (com recurso a fonte jurídica diversa das dominante): os costumes jurídicos (condutas tão reiteradamente repetidas pelos indivíduos de uma comunidade que alça à condição de juridicamente exigível daqueles que não as observam), uma norma anonimamente produzida pela sociedade e reconhecível pelo Estado segundo os meios de prova em Direito admitidos e com o ônus da prova para a parte que o alegar (art. 376, NCPC).

Os conceitos de norma geral (classes de pessoas) e norma abstrata (ação-tipo) [NGA], assim como, em oposição, os de normas individuais (destinatário é um indivíduo singular) e normas concretas (regulam uma ação singular) [NIC], estão trabalhados com maior precisão por Bobbio no cap. 6 (classificação das normas jurídicas) da sua Teoria da norma jurídica (2008, p. 180-183). Desse modo, pode-se dizer que uma norma geral (NGI), em relação a uma norma especial ou mesmo a uma norma particular (NPI), apresenta maior amplitude pessoal (alcança classes mais abrangentes de pessoas) e maior amplitude na sua tipificação (apresenta um suporte fático mais amplo, com tipos mais abrangentes), ou seja, apresenta âmbito de validade pessoal (sujeito) e material (objeto) abarcado pela relação de

gênero e espécie com relação à norma especial ou particular.

A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela correspondente ao tipo de antinomia **total-parcial** [gênero-espécie]. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a **eliminação** total de uma das duas normas incompatíveis, mas **somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial** [...] [NGE →← NPI]. (BOBBIO, 1999, p. 96-97). (**destacou-se**)

A regra especial (particular inclusiva, NPI) deve ser vista como um caso de regra de exceção (R') em relação à regra geral abstrata (NGA), como decorrência de um processo “natural” (BOBBIO, 1999, p. 96) de diferenciação das classes de pessoas em prestígio ao princípio da isonomia (tratar desigualmente os desiguais, na medida dessas desigualdades).

Já a antinomia real entre NGE→←NGI é do tipo total-total, pois ambas são gerais e entre regras contraditórias entre si, antinomia que reclamaria a eliminação de uma delas do sistema, até mesmo das duas ou, antes, pelo princípio da conservação da normas, a eliminação do próprio conflito por uma interpretação corretiva, com a manutenção no sistema das duas normas gerais antinômicas postas em tensão (BOBBIO, 1999), à semelhança do que se dá com as técnicas de ponderação entre dois ou mais princípios colidentes, notadamente quando eles versam sobre direitos fundamentais de índole constitucional (ALEXY, 2008; ÁVILA, 2009; SILVA, 2010; SARMENTO, 2001).

Uma solução por meio da analogia, mas sem incorrer em subversão hermenêutica (TEPEDINO, 2000), depende do diagnóstico de um conjunto das circunstâncias do suporte fático ou de casos concretos {C's} que constituam a *ratio legis* de uma regra que pertença ao sistema (válida, vigente e pertinente) e que não alcança aquele outro conjunto das circunstâncias diagnosticadas no caso não regulado pelo sistema {C's}', mas que poderiam ser consideradas como semelhantes (≈) ao ponto de justificar a atribuição de idênticas (=) consequências jurídicas (CJ's) do caso regulado ao caso não regulado (NEVES, LIMA, 2021). Se esse conjunto de circunstâncias determinantes da semelhança é identificado então o caso que suscitou a lacuna será resolvido com o mesmo operador deôntico presente na norma paradigma: se for pela proibição ou pela obrigação então preponderaria (ALEXY, 2008) a NGI na sua colisão com a NGE; se for pela permissão então preponderaria

(ALEXY, 2008) a NGE na sua colisão com a NGI.

Outro meio integrativo dá-se com a aplicação de princípios gerais de direito positivo implícitos, com sua extração a partir da observação e da descrição do conjunto de normas válidas, vigentes e pertinentes ao caso (regras e princípios expressos) de um Ordenamento Jurídico, também sem incorrer em subversão hermenêutica (TEPEDINO, 2000). Se um princípio geral vem expresso num ordenamento e ele mostra-se aplicável ao caso em análise (mesmo que seu suporte fático amplo evoque uma outra norma mais específica para delimitação de seu alcance ou para sua não incidência), então não será necessário esse processo de generalização, a partir de regras positivadas, para conhecer-se referido princípio, pois ele já se encontra no sistema e ele vincula as condutas humanas (ex.: princípio da inviolabilidade à privacidade, expresso no art. 5º, X, CF/1988).

Somente quando para um caso concreto não se encontrar no ordenamento jurídico alguma regra e também nenhum princípio expresso pertinentes, a ele aplicáveis, notadamente os constitucionais fundamentais, restando somente a tensão do par NGE versus NGI para solução dessa lacuna própria é que, havendo ou não a possibilidade de recurso à analogia legis -- pois a possibilidade de existência de princípios constitucionais implícitos afasta a ideia de ordem peremptória na lista do art. 4º da LINDB --, poder-se-á cogitar da extração indutiva de princípios gerais de direito positivo implícitos e de sua aplicação amplificadora, desde que pertinentes ao caso (analogia *juris*).

Fica a cargo do intérprete todo ônus argumentativo que descreva o caminho indutivo de extração e de identificação desses princípios implícitos, aponte as normas do ordenamento que serviram de ponto de partida para obtenção dessa generalização, bem assim que demonstre o suporte fático amplo e a aplicabilidade dessas normas gerais implícitas, seu sentido e seu alcance em relação ao caso específico que suscitou o problema da lacuna (aplicação amplificadora).

A expressão “Princípios Gerais do Direito” do art. 4º da LINDB evoca o complemento Positivo e, assim, afasta-se da ideia de heterointegração pelo Direito Natural (PGDN – Princípio Geral de Direito Natural), ou mesmo de heterointegração pela doutrina

(fonte mediata do Direito), pois princípios gerais “[...] são apenas [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais [...] [e] não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras [...]” (BOBBIO, 1999, p. 158) extraídos por abstração do ordenamento jurídico e também apresentam a função [*telos*] de regular um caso concreto, ou seja, têm o mesmo escopo das normas expressas. Como exemplos de expressos: *nenimem laedere* do art. 2.041 do CC italiano; vedação ao enriquecimento sem causa do art. 884, CC/2002 brasileiro. E de implícitos: obrigação passiva universal de respeitar os direitos alheios (MAIA, 2013); princípio do duplo grau de jurisdição (NEVES, 2006).

Bobbio (1999) traça então um interessante paralelo: analogia *iuris* é o procedimento de autointegração (via PGDPi – Princípio Geral de Direito Positivo implícito) pelo que se extrai uma norma nova [N_{NOVA}] para um caso imprevisto não de outra regra referente a um caso singular analógico (NPI), como ocorre na analogia legis (analogia), mas de todo o sistema [um PGDPi – Princípio Geral de Direito Positivo implícito] ou de uma parte dele [um PEDPi – Princípio Específico de Direito Positivo implícito].

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011, p. 278-9) destaca que a analogia *iuris* não seria uma analogia, mas integração por Princípio Geral de Direito Positivo implícito, sendo uma espécie de conjugação quase-lógica de dois métodos lógicos: indutivo (preceitos; casos particulares; $NIC \rightarrow NGA$, *ratio decidendi*) para obter, por generalização, PGDP’s implícitos, que são então aplicados, de modo dedutivo, a variados outros casos -- PGDP implícito como uma NGA de suporte fático amplo e de que podem resultar várias NIC’s --, que guardam uma distância bem maior com os preceitos e os casos particulares de partida, donde a denominação indução com aplicação amplificadora, que não se confunde com a técnica da interpretação extensiva (determinação de um alcance maior na aplicação de uma norma, já identificada no sistema, que passa então a incidir diretamente sobre o caso sob análise).

A interpretação extensiva, que também não se confunde com a analogia *legis*, visa alcançar casos não previstos pelo suporte fático da regra (pela redefinição do alcance e da

amplitude de seus termos) e pode ser admitida mesmo no âmbito do Direito Punitivo [Penal; Disciplinar; Ética profissional] ou do Direito Tributário, ramos do Direito em que a analogia é proibida (art. 5º, XXXIX, CF/1988; art. 1º, CP) ou limitada (art. 108, § 1º, CTN).

Desse modo, assim como na analogia *legis*, também no caso de solução de lacuna por analogia *juris* ou indução amplificadora, se um conjunto de circunstâncias determinantes da incidência do PGDPi é identificado então o caso concreto que suscitou a lacuna será resolvido com o mesmo operador deôntico presente nessa norma principiológica implícita: se for pela proibição ou pela obrigação então preponderaria (ALEXY, 2008) a NGE na sua colisão com a NGE; se for pela permissão então preponderaria (ALEXY, 2008) a NGE na sua colisão com a NGE.

Embora no caso de princípios, pela amplitude de seus suportes fáticos e por não serem absolutos (comportam flexão na colisão), seja muito difícil a precisa identificação de um tal operador deôntico, que, afinal, decorrerá da solução dessa colisão na dimensão do peso (por ponderação) diante de princípios antagônicos, na forma da descrição de um suporte fático como um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes de qual deles preponderaram no caso concreto (ALEXY, 2008).

Os conceitos e parâmetros acima elencados serão usados como ponto de partida para uma fundamentação acerca da solução de eventual conflito entre a norma geral exclusiva (NGE) e a norma geral inclusiva (NGI) que possa ser suscitado em relação à disponibilidade onerosa do direito aos dados pessoais e na busca de soluções a partir de dispositivos normativos da CF/1988 e da LGPD que regulam os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis, postos em jogo com outros direitos fundamentais da personalidade, notadamente o de autodeterminação informativa, à intimidade e à privacidade (art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, *caput*, X e XII, CF/1988) e o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988).

3. LGPD (2019) E DISPONIBILIDADE DOS DADOS PESSOAIS: HÁ ESPAÇO PARA LACUNAS?

Assim, a primeira questão a ser enfrentada neste artigo é, valendo-se do segundo conceito de lacuna (L_1) na teoria do ordenamento jurídico de Bobbio (1999), verificar se a CF/1988 e também a LGPD apresentam lacunas quanto à permissão ou à proibição de comércio dos dados pessoais não sensíveis pelo seu titular e pelos controladores e operadores.

Ficam excluídos os dados pessoais sensíveis, inclusive os *under skin* - terminologia cunhada para designar uma transição que HARARI (2020) adjetiva como dramática da vigilância “sobre a pele” (*over the skin*) para a vigilância “sob a pele” (*under skin*), a exemplo do imageamento das íris ou até mesmo a coleta do DNA de pessoas, já prevista para os condenados na Lei de Execução Penal (LEP, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984) e também para os acusados (art. 5º, V, da Lei de Identificação Criminal – LICCrim) para formação do banco de dados de perfis genéticos (DNA).

Numa primeira análise dos dispositivos constitucionais e dos dispositivos normativos da LGPD não se vê qualquer regra expressa que permita nem que proíba referido comércio, o que também poderia ser problematizado do seguinte modo: os dados pessoais são ou não são objetos disponíveis para comercialização? São ou não são objetos de direitos que integram o patrimônio disponível de seus titulares?

Como visto pelo aporte teórico de Bobbio (1999), apresentado no tópico anterior, não se pode admitir apenas a noção de ausência de norma expressa como critério identificador de uma lacuna (L_0), embora isso seja um indício preliminar nessa busca, que também necessita selecionar, precisar, ordenar e apropriar-se de alguns conceitos insertos na LGPD.

3.1. PRINCIPAIS CONCEITOS: TITULAR, DADOS PESSOAIS, DADOS PESSOAS SENSÍVEIS, CONSENTIMENTO, TRATAMENTO, CONTROLADOR E OPERADOR (AGENTES DE TRATAMENTO)

A LGPD vale-se da denominação titular, para caracterizar a “[...] pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (art. 5º, V). E num movimento circular conceitua dado pessoal como “[...] informação relacionada a pessoa

natural identificada ou identificável” (art. 5º, I), com o que parece equiparar o conceito de dados com o de informação, expressão corrente e diferenciada tanto no campo da Tecnologia da Informação (MILAGRE, José; SANTARÉM SEGUNDO, 2015) como no da Estatística (BARBETTA, 2019; LOCK et al., 2017; BECKER, 2015), em que as informações são extraídas dos dados depois que estes são coletados, ordenados, armazenados, transformados, adequadamente tratados, visualizados, explorados, modelados, testados e interpretados (cf. conceitos de *wrangle* e *understand* data em WICKHAM; GROLEMUND, 2017, p. 117; cf. conceitos de dados pessoais e de informações e suas sobreposições, como informações em “estado bruto” e informação dita “útil”, em DONEDA, 2019, p. 135-138 e p. 154; cf. uma diferenciação forte entre dados e informações em BECKER, 2015, p. 35-38).

Por incluir-se legalmente no conceito de dado pessoal qualquer informação, aquele merece interpretação extensiva para alcançar esta, notadamente porque em prol da tutela dos titulares hipossuficientes (*thelos*) e porque é dever do Estado Democrático de Direito brasileiro a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, CF/1988 combinado com art. 18, § 8º e art. 45 da LGPD).

O conceito de tratamento (art. 5º, X, LGPD) abarca justamente uma enumeração aberta de várias operações típicas de TI (Tecnologia da Informação) que, uma vez aplicadas a um banco de dados pessoais, resultam na extração de informações relevantes, ou seja, é um divisor tecnológico que aparta dados de informações, que agrega valor informativo aos dados pessoais e, assim como a indústria, transforma matéria-prima (dados brutos) em produto imaterial (informação processada), este de valor econômico muitas vezes maior que aquela.

Pressuposto para a validade desse tratamento é o consentimento não viciado (art. 5º, XII e art. 8º, § 3º, LGPD), específico e informado, regularmente emitido pelo titular dos dados pessoais, sob pena de sua nulidade; mais a responsabilidade civil por danos ou pelo enriquecimento sem causa auferido por controladores ou operadores (MAIA, 2020).

Sob esse prisma, a exigência legal de uma “manifestação livre, informada e

inequívoca” não é satisfeita com um mero comportamento passivo, demandando claramente um comportamento ativo, diante do grau elevado de autonomia conferido ao titular dos dados, que deverá efetivamente ter garantido o seu direito de consentir ou não, visto que o conceito de consentimento permite ao titular dos dados que ele próprio decida acerca das restrições ao seu direito à proteção de seus dados pessoais.

Além disso, sobre a suficiência da informação para o titular dos dados não devem/podem pairar dúvidas, uma vez que a ele a LGPD confere o direito de ser informado acerca de todas as circunstâncias relativas ao tratamento, tais como: a especificação de quais dados serão objeto de tratamento; a identificação do tratador, a forma, a finalidade e as consequências do tratamento; as consequências da recusa de consentimento (se impeditivo da realização do negócio); a destinação dos dados tratados; a sua transmissão onerosa a terceiros.

Nesse sentido firmou-se o entendimento do Tribunal de Justiça Europeu, que com fundamento no *General Data Protection Regulation* (GDPR), evidenciado em julgados que refutam a existência de um efetivo comportamento ativo em consentimentos através de opções pré-validadas (contratos padronizados ou de adesão) em sítios da internet, por não se poder aferir o exato grau de compreensão, pois não se sabe se o texto em questão, redigido antecipadamente, foi lido e entendido (EUR-Lex, 2020).

A noção de pessoa natural é central para caracterização do titular dos próprios dados, ou seja, das características mensuráveis (variáveis ou colunas de uma tabela de dados) que podem ser observadas diretamente em um elemento ou indivíduo da população (observação ou registro, uma linha de uma tabela de dados) (BARBETTA, 2019; BRUCE; BRUCE, 2017; LOCK et al., 2017); como, por exemplo, seu nome, data de nascimento, cor dos olhos, número de CPF, sexo, etnia, altura, peso, IMC, pressão sanguínea sistólica e diastólica, data e valor de suas últimas 100 compras via internet, renda mensal líquida, trajeto diário, fotografias da sua imagem corporal, DNA etc. com fins de classificação em categorias ou de medição, organizados em uma tabela de dados, seja de toda população (senso) seja de uma amostra dela (suficientemente grande e representativa da população

amostrada).

Maia (2020) esclarece que o uso da expressão titular na LGPD em relação aos dados pessoais, notadamente em seu art. 17, serviria exatamente para distinguir o direito subjetivo dessa pessoa física como gênero de que o conceito de proprietário é espécie, já que é possível ser titular de um direito sem necessariamente ser proprietário (*propertization*) de um bem (material ou imaterial), economicamente apreciável (MAIA, 2019).

Importante distinguir duas classes de dados pessoais: os sensíveis (art. 5º, II, LGPD) dos não sensíveis (os demais, por exclusão). Os primeiros abarcam dados pessoais cuja análise e uso das informações deles extraídas podem, ainda que potencialmente, gerar algum tipo de discriminação não admitida (art. 6º, IX, LGPD - princípio da não discriminação) pelo ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da raça, religião, opinião política, sindicalização, da saúde ou vida sexual de um indivíduo, DNA, biométrico etc.

Se de um lado dessa expansão acelerada do fenômeno da reificação (ex.: Lei de Terras n. 601/1850 e Lei dos Recursos Hídricos n. 9.433/1997 em NEVES, 2011; MARTINS, 2018) ou *commodification* (Rodotá, 2008; idem *apud* MAIA, 2020) ou *commodity* (SCHWARTZ, 2004), com a massiva circulação dos dados pessoais no comércio, encontra-se a figura hipossuficiente do seu titular, com tutela legalmente equiparada a do consumidor pela LGPD (art. 18, § 8º e art. 45); do outro aparecem comumente figuras hipersuficientes dos controladores e dos operadores, pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, competindo à primeira decisões sobre o tratamento de dados pessoais e à segunda realizar esse tratamento em nome daquela.

Assim, chega-se precisa e delimitadamente à questão das possíveis lacunas próprias na LGPD relativamente:

- i) à disponibilidade do direito subjetivo obrigacional aos dados pessoais não sensíveis por seu titular, na sua forma típica de uma cessão onerosa resilível;
- ii) à disponibilidade, inclusive a onerosa, desses mesmos dados pessoais não

sensíveis do titular por parte dos controladores e dos tratadores para terceiros, bem como à disponibilidade das informações não sensíveis (ex.: metadados, *profiling*, *BI - Business Intelligence* etc.) como um “produto” imaterial resultante da aplicação de um tratamento sobre esses mesmos dados pessoais de milhões de titulares dispostos de modo relacional num gigantesco banco de dados (big data).

3.2. ANOMIA QUANTO AO E-COMMERCE DOS DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS

Pesquisando na LGPD, com o objetivo de identificar as lacunas denunciadas, nota-se que esse *corpus* de dispositivos normativos não inclui expressões como: valor, pecúnia, moeda, *profiling*, *bitcoin*, compra e venda, mercado, mercadoria, comércio, comercialização, comercial, disposição, alienação, doação, aluguel, cessão, remuneração, renda, financiamento ou alguma outra cujo sentido evoque a intenção (*telos*) de dispor onerosamente dos dados pessoais.

Os dispositivos do art. 55-L, III e VII, falam das doações, legados, venda ou aluguel como receitas originárias da ANPD - Autoridade Nacional de Proteção de Dados (oriundas da alienação do direito de propriedade de seus bens imóveis públicos, do seu aluguel ou da exploração do direito autoral de suas obras e publicações).

Quando a LGPD usa a palavra comercial, fá-lo tão só para, em 13 artigos, excepcionar e proteger os segredos comercial e industrial e mitigar os direitos do titular dos dados pessoais, ou seja, em prol da propriedade imaterial das marcas, das patentes, dos modelos de utilidade, dos desenhos industriais, todas sob notório domínio dos controladores e dos operadores.

Curioso que uma lei que decorre do fenômeno global da reificação, *commodification* ou *commodity* dos dados pessoais ou do produto do tratamento deles decorrentes não contenha uma só palavra sobre as práticas costumeiras notáveis desse mesmo fenômeno comercial.

Não se mostra, ao menos *a priori*, ser uma lei que buscou algum controle desse mercado a céu aberto, notadamente para promover um efetivo combater às práticas

abusivas (art. 6º, IX, LGPD - princípio da não discriminação decorrente de tratamento abusivo; art. 9º, § 1º, LGPD vício do consentimento por conteúdo enganoso ou abusivo) da parte hipersuficiente (controladores e operadores) em detrimento da hipossuficiente (titular), que, sob um análise econômica do Direito (POSNER, 1978-1979), restou praticamente colocado na mesma condição objetiva dos seus dados pessoais, ou seja: uma matéria-prima à deriva, tão disponível e acessível que a ela não se lhe atribuiu, ainda, qualquer valor; assim como, ainda, dá-se com a luz solar que gratuitamente aquece a Terra, dia após dia, um bem “intangível” que, a despeito de sua gigantesca utilidade para a preservação e a conservação de toda a biosfera, permanece sem apreciação econômica porquanto não é rara nem escassa.

Talvez chegasse um dia em que, assim como já ocorreu com a reificação do solo, do subsolo minerário, da água (NEVES, 2011) e em certa medida com o ar, ao menos com relação à redução da emissão de gases de efeito estufa (Protocolo de Kyoto), também uma luz do sol rarefeita, encoberta (por espessas nuvens de poeira vulcânica) ou super explorada (por uma inovação tecnológica disruptiva) venha a ser comoditizada. Só que o ocaso do Sol encontra-se num futuro tão, tão distante (cerca de 7 bilhões de anos) (NEVES, 2006), que a espécie humana não se encontrará mais sobre a Terra para regular conflitos intersubjetivos ocorrentes (NEVES; RAPCHAN; BLUMRICH, 2020) entres seus indivíduos sem sombras.

Mas nas nuvens (*clouds*) de dados e informações, esse novo petróleo (MAIA, 2019) etéreo, uma espécie de poeira de ouro negro em pó, paira sob nossas cabeças; nebulosas formadas pela captura da partícula graciosa dos dados pessoais de bilhões de titulares conectados desarticulados, essa massa informe de hipossuficientes à espera de efetiva proteção de seus dados pessoais e informações fragmentadas rearticuladas relacionamente num big data e de suas posições jurídicas marginais nesse admirável mundo novo virtual.

Como não há nem proibição nem permissão expressas para essa prática mercantil cotidiana, melhor, “microsegundiana”, nem na LGPD e nem na CF/1988, em relação aos sujeitos em situações jurídicas de interesse direto sobre os dados pessoais e as informações

deles extraídas e como não se pode concluir, *a priori*, nem pela sua liberdade nem pela sua vedação ou restrição (FERRAZ JUNIOR, 1993), isso caracteriza a identificação de uma lacuna qualificada no Ordenamento Jurídico brasileiro, no sentido (L_1) conceituado por Bobbio (1999) como uma tensão entre uma NGE e uma NGI cuja solução integrativa depende de uma ponderação resultante da identificação de um conjunto de circunstâncias determinantes fáticas e jurídicas associadas ao caso concreto em análise, bem como da análise da adequação e da necessidade de possíveis maneiras para sua solução (ALEXY, 2008).

Uma solução possível seria pela permissão da exploração mercantil dos dados e informações pessoais não sensíveis para todas as classes de sujeitos alcançadas numa relação jurídica obrigacional-tipo (titulares, controladores e operadores), uma vez que no Brasil vigoram os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência conformes à função social dos contratos, embora em colisão com a preservação da privacidade, da autodeterminação informativa e a defesa do consumidor (art. 5º e 170, CF/1988).

Outra possibilidade, oposta e complementar, seria pela proibição dessa mesma exploração mercantil e diante da mesma colisão de princípios, agora com prevalência da intervenção pública nessa ordem econômica privada para tutela de direitos fundamentais da personalidade (tidos como indisponíveis) ou para garantir o atingimento de finalidades públicas, aquelas não podem ser alcançadas por cada indivíduo isoladamente (BOBBIO, 2008), agindo apenas na sua esfera privada (como a saúde pública, a segurança pública, a iluminação pública, a educação pública, a sanidade animal e vegetal para garantir a segurança alimentar, o uso dos recursos hídricos prioritariamente para a dessedentação de pessoas e animais etc.).

Não se pode, *a priori*, determinar a prevalência de qual das duas normas gerais do sistema, NGE ou NGI, diante do caso posto sob análise.

Considerando a plasticidade e a quantidade de princípios constitucionais postos em colisão, somente uma descrição e análise de um conjunto determinante de circunstâncias

fáticas e jurídicas do caso concreto, quanto à possibilidade ou não de cessões onerosas de direitos privados sobre dados pessoais e informações não sensíveis, que permitiria balizar quais princípios poderiam ser fletidos e na menor medida possível a fim de acomodar e harmonizar os diversos interesses e naturezas dos objetos da tutela constitucional em jogo, para só então traçar uma possível solução integrativa.

Antes, contudo, é preciso clarear qual a natureza jurídica do direito aos dados pessoais: se de direito real (relação jurídica direta e absoluta) ou de direito obrigacional (relação jurídica indireta e relativa), além de seu caráter patrimonial (obrigacionais ou reais) ou existencial (MAIA, 2013).

Plena de razões a opção descrita por Maia (2020; 2019) quanto ao uso da expressão titularidade que a LGPD (art. 17) reservou para o sujeito de direito (titular) dos dados pessoais, denotando que optou pelo gênero de que a propriedade é espécie e também quanto a sua conclusão pela sua inserção como situação jurídica patrimonial (de Direito Obrigacional Privado); ressaltando características peculiares dela, como oponibilidade *erga omnes* e patrimonialidade, que sempre foram consideradas como típicas e exclusivas dos Direitos Reais (MAIA, 2013 e 2020; TEPEDINO, 2006 e 2011).

Poder-se-ia ver alguma semelhança desse novo direito privado obrigacional aos dados pessoais com as já conhecidas obrigações *propter rem* (PEREIRA, 2010, p. 38-42; NEVES, 2011, p. 189-191) e obrigações com eficácia real (PEREIRA, 2010, p. 38-42; COSTA, 1993, p. 112-115). A oponibilidade *erga omnes* do direito potestativo do titular para rescisão da cessão de direito sobre seus dados pessoais não sensíveis ambula com eles -- assim como ocorre com os direitos reais e com essas duas obrigações híbridas em relação à coisa (PEREIRA, 2014, p. 338) objeto de suas relações jurídicas -- pois pode ser invocada em face de terceiros, o que engloba toda a cadeia de sucessões dos controladores e dos operadores por onde esses dados pessoais naveguem ou sejam armazenados, a qualquer tempo (art. 8º, § 5º, LGPD); mesmo aquelas subsequentes em que o titular não figure como parte contratante (MAIA, 2013).

Mas não se poderia dizer que as obrigações dos controladores e dos operadores em

relação aos dados pessoais em que eles regularmente aplicam seus tratamentos exsurgiriam de uma “coisa” objeto de direito real, uma vez que este conceito de *res* apropriável, ainda que possa ser estendido a objetos imateriais -- ex.: a obra, na propriedade autoral; marcas, patentes, modelos de utilidade e desenhos industriais, na propriedade industrial; a cultivar, em relação aos direitos do melhorista, inclusive a cultivar transgênica --, é típico dos bens sujeitos à dominicalidade e, como já visto: o direito privado aos dados pessoais é da estirpe das situações jurídicas patrimoniais (direitos obrigacionais), sendo mais adequado enxergar esses dados pessoais como um objeto imaterial desta relação jurídica obrigacional ímpar, pois direta, imediata e absoluta com esse seu objeto virtual (MAIA, 2020).

Mais adequado que olhar para esse novo direito privado aos dados pessoais sob o ponto de vista da propriedade e, assim, perquirir sobre sua ambulatoriedade e direito de seqüela (TEPEDINO, 2006, p. 141), é indagar “[...] se se trata de relação jurídica direta, imediata e absoluta ou relação jurídica mediata e relativa, já que os direitos reais não são mais a única categoria que se enquadra na primeira opção” (MAIA, 2020, p. 146).

Além disso, não se exclui a possibilidade dos dados pessoais apresentarem conteúdo economicamente apreciável (ex.: o seu *trade-off* em contrapartida pelo uso “gratuito” de um API -- aplicativo; MAIA, 2019, p. 681) e, por isso, serem considerados patrimoniais, agora num outro sentido, ou seja: podem integrar o patrimônio (o conjunto de bens, direitos e obrigações de valor econômico pertencentes a uma pessoa física ou jurídica (PEREIRA, 2015, p. 329-341) do seu titular e daqueles controladores e operadores a quem foram regularmente cedidos para fins de tratamentos lícitos (notadamente as informações deles extraídas), embora existam direitos extrapatrimoniais ou existenciais atrelados ao mesmo direito aos dados pessoais não sensíveis como a liberdade, a intimidade e a privacidade, todas estas situadas no campo dos direitos fundamentais da personalidade (MAIA, 2020).

Quanto à capacidade de mutação, nota-se que o campo dos Direitos Reais, fechado em seu mundo de números clausurados, sujeito à regra (MAIA, 2013) da reserva de lei em sentido estrito (TEPEDINO, 2006, p. 143) ou dessa reserva quanto às figuras jurídicas que

podem ser levadas a registro (art. 167, Lei n. 6.015/1973), independentemente da sua natureza real ou obrigacional (MAIA, 2013, p. 294; TEPEDINO, 2011, p. 228-231), bem pouco alterou-se com o passar dos tempos quando comparado ao impulso inovador que a abertura para firmar contratos atípicos pelas partes contratantes propiciou ao campo do Direito Obrigacional (MAIA, 2020; 2013), que, assim, apresenta-se mais consentâneo com novos direitos como o direito privado aos dados pessoais, notadamente a parcela patrimonial desse direito, sujeito a uma acelerada mutação tanto em sua gênese e sua reprodução quanto nas condições mercadológicas da seleção dos casos de sucesso, que são rapidamente replicados sob a forma de contratos de adesão massivos.

Outra questão sensível é quanto à disponibilidade ou indisponibilidade do direito aos dados pessoais não sensíveis, gratuita ou onerosa, que remete à questão central da lacuna própria identificada como uma colisão entre uma NGE e uma NGI, posta como uma antinomia de princípios antagônicos, operada neste tópico.

4. DISPONIBILIDADE PELA CESSÃO ONEROSA RESILÍVEL DO DIREITO AOS DADOS PESSOAIS

Do ponto de vista filosófico, exaltando o instituto da propriedade por sua longevidade histórica, Harari (2018, p. 107-111) aponta como o desafio pragmático da atualidade a questão de como regular a propriedade privada dos próprios dados, sobre o que admite a pouca experiência da humanidade, vislumbrando como um guia inicial a experiência que se tem com os milênios da propriedade privada sobre bens corpóreos e incorpóreos.

Em que pese o surgimento do direito de propriedade atrelado à materialidade da coisa, no curso da história há ficções jurídicas que foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio (MAIA, 2013, p. 206-207; TEPEDINO, 2006, p. 138), a exemplo dos direitos autorais, dos direitos sobre a propriedade industrial e os nomes das empresas, das energias (art. 83, I, CC/2002; ex.: sêmen de animais domésticos podem ser objeto de furto), direitos sobre cultivares, que possuem valor econômico e o direito à sucessão aberta (art. 80, II, CC/2002).

Foi colocada em evidência a propriedade imaterial, que por ser incorporada ao ordenamento jurídico na condição de coisa (*res*), ou melhor, de bem (PEREIRA, 2014, p. 337-341), pode ser mesmo objeto de aquisição originária da propriedade por usucapião de bem móvel. De modo que o foco, antes na adequação estrutural do direito de propriedade, voltou-se também para o seu aspecto funcional destinado a “[...] controlar o destino de algo que é considerado bem jurídico, dotado de valor econômico ou mesmo afetivo” (MAIA, 2020, p. 143).

Outro fenômeno que merece destaque foi o surgimento dos direitos da personalidade, com o novo constitucionalismo, que incluem o direito à dignidade, o direito ao nome, o direito à imagem, o direito à inviolabilidade da vida privada, o direito à liberdade de pensamento e de expressão, o direito à propriedade, dentre tantos outros (DONEDA, 2019).

Sob esse aspecto, aflora as discussões do campo do Direito Civil acerca da identificação e da classificação dos bens jurídicos. É patente, diante dos avanços tecnológicos, a reificação dos dados e a desmaterialização dos bens (MAIA, 2019, p. 669; 2013, p. 203-204), evidenciada na edição de atos normativos como a LGPD e o *General Data Protection Regulation* (GDPR); e o surgimento do debate acerca dos direitos reais abarcarem bens incorpóreos e, mais especificamente, da propriedade incorpórea de dados pessoais.

A questão da possibilidade de disponibilidade dos dados pessoais não sensíveis pelo seu titular aparece em passagens cruciais de Roberta Maia (2020, p. 145-148), que, pelo grau de reflexão e de precisão conceitual, merecem transcrição:

O conceito de titularidade exprime, portanto, não apenas a ideia de **poder de controle** sobre um bem jurídico mas, também e conseqüentemente, o sentido de atribuição do mesmo, com regras claras disponíveis acerca de seus modos de utilização e **disposição**. [...] precisava o legislador determinar a quem pertencem, fosse acerca de seus aspectos **extrapatrimoniais** [...] fosse em relação a seus aspectos **patrimoniais**, decorrentes do **valor econômico** que lhes foi **atribuído** pela **sociedade digital**.

[...]

[...] resta claro que manifestou o legislador a intenção de não apenas assegurar o **controle dos dados pessoais** ao seu **titular** -- o que reflete, de algum modo, a

ideia moderna de **privacidade** -- mas tutelá-los por meio de sua efetiva atribuição à pessoa física a quem estão atrelados, criando com isso **um vínculo direto e imediato**, antes peculiar aos direitos reais. [...]

[...] a **titularidade** prevista no *art. 17* da *LGPD* descreve relação de pertencimento que se enquadra no mesmo gênero [titularidade, *lato sensu*, continente da espécie propriedade], recaindo diretamente sobre os dados pessoais e atribuindo ao seu titular o **direito de deles dispor** e o **poder de controlá-los**, à **semelhança** do que ocorre nas **relações proprietárias**.

[...]

Relativamente aos **sistema** proposto pela *LGPD*, se o **consentimento** para o **uso dos dados [pessoais] equivale a uma forma de deles dispor, e a realidade** mostra ser **possível** a sua **cessão a terceiros** sem a devida autorização, **é razoável**, com base nas observações antes feitas, **considerar** que o **direito de controlá-los**, assegurado por lei ao seu **titular**, **é oponível erga omnes**. Se acaso vivesse neste admirável mundo novo, Teixeira de Freitas certamente concordaria. (MAIA, 2020, p. 145-148). (**destacou-se**).

Roberta Maia, que muito provavelmente também tem seus dados pessoais nas nuvens, lá não vive; tem seus pés bem fincados na face da Terra, num cume tópico de onde divisa horizontes para uma proteção adequada aos titulares dos dados pessoais, mas sem engessar o vertiginoso mundo virtual que por lá se processa.

Contudo permanece ainda suspensa a questão sobre a onerosidade dessa disposição do direito privado sobre os dados pessoais não sensíveis, que pode ser objeto de cessão de direitos resilível (art. 473, CC/2002; NEVES, 2011, p. 206), porquanto revogável *ad nutum* a qualquer momento pelo seu titular, por meio de “[...] manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado” (art. 8º, § 5º, LGPD).

4.1. INTREGRAÇÃO DA LGPD: E-COMMERCE DOS DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS?

A opção pela cessão gratuita dos dados pessoais é cotidiana e diuturna, mas a onerosa quase não se vê na prática, mesmo porque os controladores e os operadores não a colocam como opção possível em seus contratos de adesão do tipo tudo ou nada, sob o manto de uma aparente “gratuidade” (MAIA, 2020) para o uso de seus aplicativos vorazes e sem a necessária forma destacada.

Pelo art. 54, § 4º, CDC, a sanção é a nulidade de pleno direito para cláusulas abusivas, incompatíveis com a boa-fé, que autorizem o fornecedor a modificar

unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração ou estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. E o titular é equiparado a consumidor, seja por sua condição de consumidor utente (PINHEIRO, 2000), pois usuário do aplicativo ao qual adere “gratuitamente”; seja por sua equiparação por força de lei, pelos arts. 18, § 8º e 45 da LGPD.

Quanto às informações sobre os tratamentos a serem aplicados, estes serão nulos por força do art. 8º, § 5º e do art. 9º, § 1º, LGPD, quando aquelas forem genéricas ou “[...] tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca”, o que exige uma cláusula específica, expressa e destacada -- art. 46, CDC; sob a sanção de não obrigar o consumidor -- com uma descrição precisa das possíveis cessões onerosas a terceiros desses dados pessoais, conceito este que alcança, por interpretação extensiva, também as informações deles extraídas, como já visto.

Além disso, a boa fé objetiva é exigida dos contratantes tanto na celebração e execução do contrato como na sua fase preparatória (art. 422, CC/2002), de modo que é indispensável transparência sobre o valor econômico do dado pessoal não sensível do titular, cujo dever tem de ser observado pela parte que propõe um contrato de adesão (MARTINS-COSTA, 2000).

O consumidor, que é o inequívoco titular de seus dados pessoais (art. 43, CDC) tem direito à informação sobre os tratamentos, de acesso a esses dados, de correção e de cancelamento justificado (DONEDA, 2019, p. 265-266). E o titular, que é consumidor utente (art. 29, CDC), quando é usuário de um aplicativo, ainda que “sem custos” ou mesmo alguém fora dessa relação jurídica (filhos, parentes, amigos etc.), mas que efetivamente usa tal app (PINHEIRO, 2000); que é legalmente equiparado a consumidor por força de lei (art. 18, § 8º combinado com art. 45, LGPD) para fins de representação junto aos PROCON’s; ou que é consumidor, não por equiparação, mas porque paga por esse serviço com o valor de seus dados pessoais cuja transferência e tratamento ele consente (*trade-off*), tem para sua defesa todos os direitos elencados na CF/1988 e no

CDC.

Mas o fato da prática empresarial massiva impor aos titulares/consumidores exclusivamente a opção pela cessão de direitos resilível gratuita, pela padronização dos seus contratos de adesão abusivos, não significa que outra possibilidade esteja alijada do ordenamento jurídico pátrio; questão que será enfrentada no tópico seguinte.

Muito antes, pelo contrário, se essa onerosidade estiver contemplada pelo Ordenamento Jurídico nacional o que tem de ser alijado da prática empresarial massiva é essa sua conduta desviante e abusiva do seu direito de tratar e de explorar dados pessoais, se é que a mesma lacuna na LGPD também se resolve no sentido da liberdade dos controladores e operadores para vender esses direitos privados sobre dados pessoais não sensíveis; questão que também será enfrentada no último e subsequente tópico deste artigo.

4.1.1. CESSÃO ONEROSA RESILÍVEL DOS DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS PELO TITULAR (HIPOSSUFICIENTE)

a) prós e contras da comercialização dos dados pessoais pelo seu titular

Junto com o fenômeno global da reificação dos dados pessoais surgiram debates acerca da necessidade ou não da imposição de limites legais ao comércio, pelo titular, dos próprios dados pessoais.

Muito embora a propriedade não se mostre um ponto de partida adequado para determinação da natureza do direito aos dados pessoais no Brasil (MAIA, 2020), importante comparar as opções de privatização ou de publicização abordadas em outros países, como os EUA, em que pese sua opção pela tutela dos dados pessoais via o instituto da propriedade.

Nesse contexto, em décadas passadas, Paul Schwartz (2004) sintetizou os principais argumentos contra e a favor da citada imposição legal, bem como aqueles envolvendo a comercialização desses dados em si nos EUA.

Os argumentos giravam em torno da chamada proteção da privacidade da informação, voltada para o uso, a transferência e o processamento dos dados pessoais. A oposição ao comércio de dados pelo próprio titular deu-se: a) sob a alegação de mau

funcionamento dos mercados de privacidade, supondo-se, da mera negociação de dados pessoais, a corrosão/erosão dos níveis de privacidade do seu titular; b) diante de uma visão de privacidade das informações como bem público, ventilando-se a possibilidade de negligência de valores sociais significativos que a privacidade das informações deve alcançar; c) encarando-os como propriedade, vislumbrando-se uma impossibilidade de imposição de restrições à negociação pessoal dos próprios dados (SCHWARTZ, 2004).

Para uma possível correlação negativa entre a propriedade das informações pessoais e o seu nível de privacidade (Cohen *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2077), apresenta como solução a existência de uma legislação estruturante da forma da propriedade de informações pessoais, com aposta nas agências governamentais de fiscalização -- como a ANPD brasileira, a quem compete, dentre outras atribuições, zelar pela proteção dos dados pessoais e fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado irregularmente, tudo nos termos da legislação, sendo que a LGPD é lacunosa quanto ao comércio de dados de forma onerosa pelo seu titular.

No caso brasileiro, ao que se afigura, o legislador, na LGPD, que traz em sua epígrafe a insígnia da proteção de dados, optou por ocupar-se da regulamentação da forma de exploração dos dados do titular hipossuficiente, dando primazia aos interesses do tratador/operador hipersuficiente.

Enquanto isso, décadas depois da discriminação dos preços de privacidade apontada por Schwartz (2004, p. 2077) com o estabelecimento de distinções realizadas pelas empresas de processamento de dados baseadas nas preferências dos titulares acerca do uso de seus dados pessoais, no Brasil o titular dos dados pessoais permanece no que esse autor intitulou de escolha binária do tudo ou nada no que tange à proibição ou à permissão da coleta de seus dados pessoais. Isso porque ao baixar um aplicativo, por exemplo, o titular/consumidor, mesmo com a sensação de que seus dados estão sendo coletados, não possui a dimensão da negociação (que pode envolver a coleta, o tratamento e o compartilhamento, inclusive oneroso, de seus dados) por trás de uma autorização fornecida através de uma rápida “escolha” do tudo ou nada exposta em um amontoado de palavras

calculadamente formatadas, em tamanho diminuto: aceita ou não aceita, concorda ou discorda, em que a negativa inviabiliza o uso do aplicativo como um todo; estando reservado, ainda, ao titular do aplicativo alterar superveniente e unilateralmente a sua política de privacidade a qualquer tempo, ficando a cargo do consumidor/titular dos dados verificar essas alterações, igualmente postas de forma diminuta (a exemplo das novas condições do *whatsApp*).

Nessa assimetria de vigência do *one way mirror*, onde governos e *players* econômicos tudo sabem dos cidadãos, ao passo que estes nada sabem daqueles (Pasquele *apud* FRAZÃO, 2020, p. 109), reforça-se a vulnerabilidade do consumidor/titular que, em última análise, desemboca no subinvestimento em tecnologia e serviços que aprimorem a expressão de preferências de privacidade, apontado por Schwartz (2004, p. 2079), ao verificar estar já o mercado da época mais eficaz no fornecimento de tecnologias que invadem a privacidade do que das que aumentam a privacidade, fenômeno que aparece estampado nos dias de hoje.

Atualmente, as empresas massivamente não oferecem bens, produtos ou dinheiro pelos dados pessoais, mas valem-se da racionalidade limitada (Craswell *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2081) apresentada pelos consumidores/titulares -- uma inércia geral aos termos padrão de privacidade que comprometem a livre escolha e a manifestação livre e informada e leva-os à aceitação, em um clique, num átimo, dos termos impostos -- e da cortina de fumaça (SCHWARTZ, 2004, p. 2080) que criam no espectro da escolha binária do tudo ou nada para dificultar a compreensão sobre a coleta e uso dos dados, enquanto capturam dados pessoais que serão negociados onerosamente pelos agentes de tratamento sem que o titular do dado tenha efetiva consciência da dimensão do valor financeiro dado ao dado que de graça deu.

O apontado desequilíbrio na relação jurídica entre um titular/consumidor vulnerável e os agentes de tratamento dos dados pessoais evidencia o poder destes sobre a esfera de privacidade daquele, além de serem os que lucram de fato com o fenômeno da reificação dos dados.

Não há como deixar de perceber a contradição gerada pelo apreço à preservação abstrata de uma privacidade que, como apontado, nem se realiza e que, ao final, coloca em situação de ainda maior vulnerabilidade justamente aquele em nome de quem ela foi inicialmente ventilada: o titular (hipossuficiente) dos próprios dados pessoais, o que equivaleria, a título de comparação, a uma defesa absoluta do consumidor proibindo-lhe de consumir.

A perspectiva de bem público quanto à privacidade das informações, apresentada como oposta ao e-commerce, à comercialização, dos dados pessoais por seu titular, encontra-se inserta na concepção da privacidade como um bem social, “[...] necessária tanto para a ‘autodeterminação’ individual quanto para a ‘deliberação democrática’” (SCHWARTZ, 2004, p. 2087) (tradução livre). Isso, por si só, não impede a comercialização dos dados por seu titular. A ideia de que o direito de um termina quando o do outro começa aplica-se na medida em que os atos de livre arbítrio do titular dos dados pessoais quanto à comercialização destes encerra-se no caso de prejuízo ao bem comum. E essa ideia reforça a necessidade do manejo de regras sólidas que envolvem as interações sociais, num balanço de restrições e disponibilidades que impedirão a degradação do bem público comum da privacidade.

Por fim, o ceticismo em relação à inalienabilidade (como restrição ao direito de limitação da transferência, propriedade e uso dos dados pessoais após a alienação), considerada um aspecto inevitável da propriedade nos EUA, foi posto como argumento último contra o comércio de dados pessoais por seu titular, com foco na utilização secundária dos dados pessoais. Em outras palavras, a preocupação centrou-se na contingência de comercialização onerosa dos dados pessoais para pessoa e propósito determinado sem a possibilidade de limitação de transferência desses dados a terceiros ou uso para outros fins.

Como dito, Schwartz (2004) centrou-se na propriedade, enquanto no direito brasileiro melhor ajusta-se aos direito sobre os dados pessoais um Direito Obrigacional com algumas características de Direito Real (MAIA, 2020). Entretanto, seus argumentos

são de importante valia, nesse item específico, diante da aproximação com os direitos autorais, para refutar o axioma da exclusividade: sendo a propriedade intelectual uma ilustração de como a propriedade transmite menos do que o domínio único e despótico sobre algo (Samuelson *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2091), no campo dos direitos autorais, moderno como o da reificação dos dados, constitui premissa a existência de vários interesses divisíveis em uma determinada parte da propriedade intelectual subjacente, o que demonstra a plausibilidade da restrição, pelo titular dos dados pessoais, no uso ou na transferência de seus dados pessoais, onerosa ou gratuitamente coletados.

Inclusive, é essa restrição à alienabilidade -- possibilidade de limitações aos dados pessoais fornecidos em relação à transferência e fins de utilização -- um dos pontos que garante, em maior amplitude, o exercício do direito de privacidade.

Sobre esse ponto, merece destaque o poder controle de dados pelo cidadão europeu resguardo pelo *GDPR*, que abarca, dentre outros, as finalidades para as quais os seus dados pessoais serão utilizados e o direito de retirada do consentimento a qualquer tempo; modelo este seguido pela *LGPD* não só pela construção legislativa e proximidade substancial do regulamento e da lei, mas diante da pressão exercida pela União Europeia após a entrada em vigor do *GDPR*, em maio de 2018, que não reconhecia o Brasil como um Estado habilitado para a transferência internacional de dados, “[...] por não possuir os requisitos que exigem o consentimento dos usuários, a celebração de contratos e cláusulas-padrão e normas corporativas vinculantes ou acordos e tratados bilaterais” (GONÇALVES, 2019, p. 27).

Além disso, Schwartz (2004) alerta para o uso da crença na inalienabilidade apenas como instrumento de manutenção de políticas de retaguarda, usada em outros momentos históricos -- como na Inglaterra feudal, em que foi tentada, pela aristocracia tradicional, a manutenção dos impedimentos ao comércio de terras, que minaram o seu poder (Cohen *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2094) -- para fins essencialmente conservadores, na contramão de um fenômeno já estabelecido, a reificação dos dados.

Inclusive registra-se a associação histórica do nascimento da privacidade à

desagregação da sociedade feudal, com a burguesia exercendo aspectos da intimidade demonstrada até mesmo na criação de habitações separando o lugar em que se vive do local de trabalho (RODOTÀ, 2008, p. 26); e o uso, na atualidade, do termo direitos humanos para a proteção de dados pessoais em um âmbito mais global, enquanto política pública (GONÇALVES, 2019, p. 13).

b) um conjunto determinante de circunstâncias fáticas e jurídicas para uma ponderação que resolva a colisão de princípios em relação ao *e-commerce* dos dados pessoais pelo seu titular

Primeiro é preciso identificar um conjunto de princípios em tensão, associando cada um deles a um dos lados da colisão: ou pela proibição (princípios pares na tabela 1) da cessão onerosa dos dados pessoais pelo seu titular; ou pela sua permissão (ímpares na tabela 1).

A tabela 1 a seguir, partindo de uma busca dos princípios constitucionais ou legais expressos ou implícitos pertinentes à questão, identifica cada um deles e aponta a respectiva fonte normativa, que, quando não indicada, é a CF/1988. A revisão da literatura e de julgados do STF (ADI n. 6389 MC-REF/DF) também serviu de baliza para delinear esse quadro.

NGE (permissão <i>e-commerce</i> p/o titular)				NGI (proibição <i>e-commerce</i> p/o titular)			
N	Princípio	Explícito	Fonte	N	Princípio	Explícito	Fonte
1	Liberdade indiv.	sim	5º, caput	2	Privacidade	sim	5º, X
3	Função social do contrato	sim	421 CC	4	Livre desenvolv. da personalidade	sim	5º, XII e 2º, VII LGPD
5	Boa-fé objetiva	sim	422 CC	6	Intimidade	sim	5º, X
7	Tutela do hipossuficiente	sim	5º, caput e XXXII	8	Sigilo dos dados	sim	5º, XII
9	da informação	sim	5º, XIV	10	<i>Subst. d.p.of law</i>	sim	5º, LIV

11	Defesa do consumidor	sim	5º, XXXII e 170, V	12	Autodeterminação não informativa	sim	2º, II, LGPD
13	Desenvolvimento econômico e tecnológico e inovação	sim	2º, V, LGPD	14	Direitos humanos, dignidade e cidadania	sim	2º, VII, LGPD

Tabela 1 - Lacuna como colisão de princípios explícitos pertinentes e antagônicos

A alocação de cada princípio identificado em um ou outro polo da tensão, pela permissão (numeração ímpar) ou pela proibição (numeração par), seguiu um critério de exacerbação ideal, ou seja, conjecturando, numa situação limite, a aplicação apenas daquele princípio isoladamente, na sua máxima medida possível, a que resultado preponderante levaria a solução da questão lacunosa posta na forma de uma antinomia principiológica.

Por exemplo, se tomado em consideração apenas o princípio da liberdade do indivíduo, então a questão da antinomia LGE (permissão) x LGI (proibição) resultaria na prevalência da permissão, pois se não proibido expressamente (lacuna) é razoável presumir em prol da liberdade do titular (pessoa física) para comercializar seus dados pessoais não sensíveis, ou seja, a aceitação da premissa de que o conjunto das escolhas individuais resultaria em melhor opção para toda a comunidade de titulares e de agentes de tratamento.

Por sua vez, se tomado em consideração apenas o princípio da privacidade do indivíduo, então a questão da antinomia LGE (permissão) x LGI (proibição) resultaria na prevalência da proibição, pois a circulação mercantil de seus dados pessoais colocaria em risco seu direito fundamental à privacidade, seu direito de estar só, de não ser exposto, uma vez que há risco de vazamento dos dados cedidos, de um tratamento discriminatório aplicado pelos agentes de tratamento com ou sem autorização do titular etc., ou seja, alcançar-se-ia a máxima proteção da privacidade privando o titular de qualquer alienação de seus dados pessoais.

E assim prosseguiu-se com cada um dos 14 princípios pertinentes identificados, número elevado esperado em razão do alargado suporte fático de cada um deles (SILVA, 2010). Não sem deparar com algumas dificuldades, como, por exemplo, a alocação do

princípio da função social do contrato, uma vez que destinado a impor limitações ao direito de contratar e, assim, seria antagônico ou polarizante com o princípio da liberdade e convergente com o princípio da privacidade. Todavia, como se trata da análise em relação ao titular dos dados pessoais, essa mesma imposição de limitações contratuais pode ser vista como dirigida contra os agentes de tratamento (hipersuficientes) e para defesa do titular (hipossuficiente), coadunando com os princípios da tutela do hipossuficiente e da defesa do consumidor, que concorrem para a liberdade de cessão onerosa de dados pessoais não sensíveis.

Essa tabela 1 ilustra o grau de complexidade da colisão que se busca enfrentar, pois para analisar cada tensão resultante da oposição de cada um dos sete princípios ímpares com cada um dos outros sete princípios pares resultaria num total de 49 pares de combinações, sendo que, para cada uma delas poder-se-ia analisar as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008), totalizando 147 análises, sem contar o registro das diversas circunstâncias determinantes de cada combinação e sua preponderação para cada qual lado da tensão. Ao final, ter-se-ia que fazer um cômputo geral das preponderâncias parciais e verificar qual dos dois polos prevaleceria e qual seria fletido, mas, ainda assim, buscando uma solução em que os princípios não prevalentes fossem aplicados na maior medida possível e sem ferir seus conteúdos mínimos.

Mas uma solução assim tão complexa e more geométrico não é garantia de adequada aplicação da ponderação como técnica eficaz para solução de uma colisão de muitos e variados princípios em jogo.

Uma análise sistemática de todo o conjunto de princípios (pares e ímpares) simultaneamente mostra-se mais indicada, uma vez que na análise pontual de qualquer deles, nenhum dos demais, seja para apoiá-lo ou complementá-lo, seja para superá-lo ou afastá-lo, deixará de ser considerado, de modo que a delimitação de um conjunto de circunstâncias determinantes da prevalência de um dos dois polos seja feita tendo em vista todo o conjunto principiológico identificado como pertinente e adequadamente alocado em

cada polo da tensão.

Assim, como preconizado pelo art. 93, IX, CF/1988, que ganhou maior concretude pelo art. 489, § 2º, NCPC -- “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” -- passa-se à verificação das máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008; SARMENTO, 2001) diante do caso concreto da lacuna própria já identificada e contextualizada dentro do ordenamento jurídico pátrio, notadamente diante das disposições normativas da CF/1988 e da LGPD.

Há pelo menos dois meios, igualmente válidos, de solução, como já visto: m_1 - pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos sobre os dados pessoais pelo titular; e m_2 - pela admissão somente da gratuidade da cessão de direitos sobre os dados pessoais pelo titular.

Ambos, m_1 e m_2 mostram-se meios adequados para a solução do problema no vigente ordenamento jurídico brasileiro, pois m_1 coaduna em ampla medida e realiza a aplicação dos princípios de ordem ímpar listados na tabela 1 (garantia da liberdade individual e seus princípios correlatos); enquanto m_2 coaduna em ampla medida e realiza a aplicação dos princípios de ordem par (garantia da privacidade e seus princípios correlatos).

Mas só essa constatação inicial da adequação dos dois meios em tensão não basta para a aferição da proporcionalidade e razoabilidade em sentido amplo, pois é preciso verificar a necessidade de escolha, dentre os meios adequados, daquele que se mostre mais eficiente para a realização de um dos polos da colisão e, ao mesmo tempo, menos gravoso possível para o outro polo (SILVA, 2010), ou seja, que permita a aplicação dos princípios fletidos na maior medida possível e de modo que o conteúdo essencial deles não seja atingido (SILVA, 2010; SARMENTO, 2001), sob pena de um meio inicialmente adequado deixar de ser escolhido porque não se mostra necessário.

No presente caso é possível mostrar que o grau de interferência de m_2 sobre os

princípios de ordem ímpar é maior que o grau de interferência de m_1 sobre os princípios de ordem par.

Isso porque a disponibilidade gratuita dos dados pessoais não sensíveis do titular afeta os princípios da privacidade e seus correlatos na mesma medida que a disponibilidade onerosa dos mesmos dados, pois uma vez operada uma cessão de direitos do uso desses dados para os agentes de tratamento os riscos de vazamento, de exposição ou de tratamento discriminatório serão os mesmos, independentemente dessa cessão ter sido gratuita ou onerosa, mas como decorrência do acesso em si a esses dados pessoais não sensíveis para seu tratamento e das futuras e diversificadas vendas das informações deles extraídas.

Enquanto que a cessão onerosa dos dados pessoais não sensíveis do titular afeta os princípios da liberdade e seus correlatos em menor extensão que sua cessão gratuita, pois há um *topoi* segundo o qual se alguém é livre para o menos então também deve ser considerada livre para o mais. Se ela pode “doar” seus dados pessoais não sensíveis para os controladores e operadores, sem nenhuma contrapartida a seu favor, dispondo deles sem receber qualquer contraprestação, então pode “alienar” esses mesmos dados, mediante uma contraprestação.

Mesmo porque os próprios agentes de tratamento (controladores e operadores), com sua prática de *trade-off*, reconhecem na sua prática empresarial a circunstância fática de que os dados pessoais são dotados de valor econômico. Constituem-se na matéria-prima de que eles mineram informações, num processo de agregação de valor financeiro para posterior comercialização desse produto imaterial *machine*-faturado e com sua margem lucro garantida -- o que Rodotà (2008, p. 46) aponta como uso secundário das informações.

Além disso, se se admitisse apenas a cessão gratuita da cessão de direitos sobre os dados pessoais então estar-se-ia colocando o Direito a favor de um enriquecimento sem causa dos agentes de tratamento, o que contraria um dos seus princípios gerais de direito positivo expresso (art. 884, CC/2002).

Um titular que pode ceder seus dados onerosamente encontrar-se-á mais tutelado que aquele que pode cedê-los, mas apenas gratuitamente, pois contará com mais um

instrumento que lhe confere poder para controlar os controladores; além do poder de controle pela resilição por revogação a qualquer tempo da cessão que tenha efetivado, que impõe restrições/limites à transferência dos dados e aos fins dos tratamentos, em prol dos direitos existenciais; bem como o dever de registro e de publicidade (MAIA, 2013, p. 204-205) dessa resiliabilidade a qualquer momento por parte dos controladores e operadores, numa solução sistêmica para garantir-lhe eficácia contra a cadeia de todos eles.

Essa solução também coaduna e reforça sua proteção na condição de consumidor utente dos aplicativos que lhes são oferecidos “gratuitamente”, segundo as escolhas do tudo ou nada impostas em contratos de adesão abusivos, em troca (*trade-off*) da captura sub-reptícia e graciosa de seus dados pessoais.

Por essas razões que o meio m_1 torna-se, além de adequado, necessário, pois interfere em menor medida no conjunto de princípios pares que o meio m_2 no conjunto de princípios ímpares; bem como promove com maior eficiência o conjunto de princípios ímpares que o meio m_2 o conjunto de princípios pares.

Além disso, por aferição em cada contrato concreto, será preciso aquilatar se os tratamentos, que tem de ser previamente anunciados pelos controladores ou operadores, não são abusivos, discriminatórios, irregulares ou, de algum modo, interferem no conteúdo mínimo de cada um dos sete princípios pares, caso em que referidos contratos devem ser declarados nulos de pleno direito, porque inconstitucionais e ilegais.

Por exemplo, quando um titular cede onerosamente seu direito aos dados pessoais a um agente de tratamento que irá discriminar esses dados segundo o sexo, a cor e a altura dos indivíduos, para fins de seleção de uma lista de candidatos a emprego numa determinada empresa cuja política de contratação fere frontalmente o conteúdo essencial de direitos fundamentais da CF/1988: ao preferir, por exemplo, os homens brancos e altos.

Há, ainda, a viabilidade do exercício do direito de acesso do titular como instrumento de proteção de dados (LGPD, arts. 6º, IV e 18, II), caso em que, para além do direito à informação e o reconhecimento dos dados pessoais coletados, torna-se possível tanto a promoção efetiva de outros poderes (como a correção a integração ou a eliminação

de dados) quanto o exercício efetivo de um controle social difuso (LGPD, art. 22), contexto que, para Rodotà (2008, p. 60, 66 e 72), enriquece a política de proteção de dados; o que reforça os argumentos aqui expostos no que tange à proteção a ser conferida ao titular/consumidor hipossuficiente.

Resta, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito da colisão em foco (SARMENTO, 2001), para delimitação de um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes da ponderação (ALEXY, 2008; SILVA, 2010). Passa-se, assim, a enumerar cada uma dessas condições fáticas e jurídicas que, no presente caso, apontam para a preponderância dos princípios ímpares (liberdade e correlatos) em face dos princípios pares (privacidade e correlatos), resumidas no quadro a seguir:

N	Circunstância	Fática	Jurídica
1	Reserva de lei em sentido estrito para retirar um bem, ainda que um “produto” virtual, um objeto de uma relação jurídica obrigacional, do comércio (PONTES DE MIRANDA, 1970)	não	sim
2	Controle pelo prévio consentimento informado do titular como condição de validade do tratamento a ser aplicado e das informações extraídas dos seus dados pessoais	não	sim
3	Possibilidade do titular lesado peticionar junto à ANPD, que tem competência para submeter o agente de tratamento à correção de distorções, abusos e ilegalidades, o que garante o conteúdo essencial do devido processo legal substantivo.	não	sim
4	Tratamento válido só se estritamente dentro dos fins previamente declarados e sem ofensa ao conteúdo essencial dos princípios pares e sob controle do titular através do seu consentimento	não	sim
5	Preferência pela anonimização dos dados pessoais no caso de estudos por órgãos de pesquisa e como forma de conferir maior abrangência ao princípio da privacidade sempre que a informação assim puder ser repassada, sem perda de valor	sim	sim
6	O reconhecimento do valor econômico do dado pessoal pelo fato do <i>trade-off</i> , uma prática empresarial globalmente reiterada	sim	não
7	Possibilidade dos titulares associarem-se para negociarem seus dados pessoais em bloco, com considerável adição de poder de controle sobre esses seus dados pessoais em negociações coletivas diante de controladores e operadores	sim	sim

8	Poder de controle sobre os controladores pela rescisão pela revogação do consentimento para cessão de dados pessoais pelo titular a qualquer tempo, com efeitos imediatos para os cessionários originários e toda a cadeia de cessões de dados ou informações que lhes seguirem (assegurados os tratamentos válidos já realizados).	não	sim
9	Direito de invocar a portabilidade (arts. 18, V e 40, LGPD) de seus dados pessoais não sensíveis de um para outro agente de tratamento e a aplicabilidade do microsistema de defesa do consumidor ao titular concorrerão para a formação de um regime concorrencial (cf. em sentido contrário FRAZÃO, 2020) entre os controladores e operadores em evidente benefício para a proteção da parte hipossuficiente (titulares) e a valoração econômica dos dados pessoais sob novas dimensões e que implementem tecnologias que incrementem a tutela do direito à privacidade.	sim	sim
10	O art. 286, CC/2002, prevê uma regra geral da permissão da cessão de um crédito, salvo exceções oriundas da natureza da obrigação (ex. as decorrentes dos direitos da personalidade) ou da reserva de lei em sentido estrito para proibir essa possibilidade (que não existe no ordenamento pátrio). E o art. 295, CC/2002, expressamente prevê a possibilidade de cessão onerosa de direitos obrigacionais (de créditos). Para esse fim, podem ser subsidiariamente aplicados à LGPD.	não	sim

Tabela 2 - conjunto de circunstâncias determinantes da ponderação

Importante registrar que esse poder de controle outorgado ao titular (rescisão) dos dados pessoais em face do poder outorgado aos agentes de tratamento deve ser garantido pelo dever desses controladores e tratadores de registrar e manter atualizada toda a sua cadeia de cessão, um metadado a ser obrigatoriamente inserido em suas bases de dado, como um modo de conferir sua publicidade (MAIA, 2013, p. 204-205) tanto perante o titular quanto os terceiros integrantes dessa cadeia, imprimindo maior segurança a suas transações comerciais.

Importante registrar, embora além do escopo deste artigo, as intercorrências quanto à forma, aos meios de prova, aos efeitos e à eficácia a que se submete uma cessão de crédito: i) a primeira parte do art. 221, CC/2002, não se aplica subsidiariamente quanto ao consentimento válido do titular dos dados pessoais previsto na LGPD, pois os seus direitos (arts. 17, 18 e 20, LGPD), bem como as obrigações dos agentes de tratamento (art. 6º, 7º, § 6º, 21, 42, caput e § 1º, I, 47, 50, 60, LGPD) decorrem da lei (são *ex lege*); ii) qualquer outra obrigação a ser voluntariamente criada entre essas partes tem de submeter-se ao

regime do CDC, com aplicação subsidiária do CC/2002; iii) se tratar-se de instituição de obrigação para o titular, então só será válida se o instrumento particular contar com sua assinatura (primeira parte do art. 221, CC/2002), inclusive eletrônica (art. 1º, § 2º, III, 'a', Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006); iv) com relação aos agentes de tratamento, em razão da tutela da aparência e por produzirem unilateralmente os contratos de adesão massificados, será válida qualquer obrigação extra legal que assumirem nesses instrumentos; v) a segunda parte do art. 221, CC/2002, implica que os efeitos perante terceiros (MAIA, 2013) advindos da publicidade pelo registro público (de títulos e documentos) só se aplica, subsidiariamente, àqueles que não integrem, nem venham integrar, a cadeia de cessão resilível de dados pessoais e informações que se formou pelas sucessivas cessões a partir da cessão resilível original entre titular e controlador/operador etc.

Diante do apontado conjunto de circunstâncias determinantes da proporcionalidade em sentido estrito, que fundamenta constitucionalmente e legalmente a preponderância do conjunto de princípios ímpares (liberdade) sobre o conjunto de princípios pares (privacidade) e da verificação de que o meio m_1 mostrar-se adequado e necessário em relação ao meio m_2 que se pode concluir pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos obrigacionais sobre os dados pessoais não sensíveis pelo titular como solução mais adequada para uma integração neoconstitucional da lacuna própria identificada no vigente microsistema da Proteção de Dados Pessoais no Brasil.

4.1.2. CESSÃO ONEROSA RESILÍVEL A TERCEIROS DOS DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS E SUA INFORMAÇÃO PELOS AGENTES DE TRATAMENTO (CONTROLADORES E OPERADPRES - HIPERSUFICIENTES)

Os prós e contras da venda dos dados pessoais pelos agentes de tratamento (controlador ou operador) são os mesmos já enumerados por Schwartz (2004), pois ajustam-se aos dois polos da situação jurídica em foco, uma vez que travadas num mesmo contexto sócio-jurídico.

Contudo não se pode descurar, nesse contexto, de uma necessária ampliação do

empoderamento do titular, dada sua inexorável condição de vulnerabilidade diante dos agentes de tratamento, não comportando mais o momento presente tratá-lo como um mero “fornecedor de dados”, cabendo a ele o poder de controle sobre os seus próprios dados (RODOTÁ, 2008, p. 36) cedidos gratuita ou onerosamente, coletados ou já tratados.

a) um conjunto determinante de circunstâncias fáticas e jurídicas para realizar uma ponderação e resolver a colisão de princípios em relação ao *e-commerce* dos dados pessoais e das informações pelos agentes de tratamento (controlador ou operador).

Toca agora completar o raciocínio apropriado no marco teórico deste artigo aos casos de cessão onerosa superveniente à cessão original de direitos do titular sobre seus dados pessoais, desta feita operada pela comercialização deles e de suas informações pelos controladores e pelos operadores (pelos agentes de tratamento). Da mesma forma, identificam-se os seguintes princípios pertinentes em jogo no quadro a seguir.

NGE (permissão <i>e-commerce</i> p/os agentes)				NGI (proibição <i>e-commerce</i> p/os agentes)			
N	Princípio	Explícito	Fonte	N	Princípio	Explícito	Fonte
1	Livre iniciativa e livre concorrência	sim	170, <i>caput</i> e IV	2	Privacidade	sim	5º, X
3	-	-	-	4	Livre desenvolvimento da personalidade e Função social do contrato	sim	5º, XII e 2º, VII LGPD 421 CC
5	Boa-fé objetiva	sim	422 CC	6	Intimidade	sim	5º, X
7	Tutela do hipossuficiente	sim	5º, <i>caput</i> e XXXII	8	Sigilo dos dados	sim	5º, XII
9	Da informação	sim	5º, XIV	10	<i>Subst. d.p.of law</i>	sim	5º, LIV
11	Defesa do consumidor	sim	5º, XXXII e 170, V	12	Autodeterminação informativa	sim	2º, II, LGPD
13	Desenvolvimento econômico e	sim	2º, V, LGPD	14	Direitos humanos, dignidade e cidadania	sim	2º, VII, LGPD

	tecnológico e inovação						
--	------------------------	--	--	--	--	--	--

Tabela 3 - Lacuna como colisão de princípios explícitos pertinentes e antagônicos

Como se vê ele é praticamente o mesmo ilustrado na tabela 1, para o titular, com exceção de uma adaptação do princípio da liberdade individual daquela aqui mais especificado como a liberdade para livre iniciativa e livre concorrência, voltada para as pessoas físicas ou jurídicas com atuação na ordem econômica e a finalidade lucrativa de suas atividades lícitas.

Note-se outra exceção quanto o princípio da função social do contrato, na mesma condição de modulador dessa liberdade de iniciativa e de concorrência, que foi agora transposto para o conjunto de princípios pares (privacidade e seus correlatos), pois opera como limitador dessa liberdade, ou seja, contra os direitos dos agentes de tratamento e em prol de direitos existenciais do titular dos dados pessoais.

No mais, o balanceamento será realizado tomando-se o mesmo conjunto de princípios pares e ímpares considerados pertinentes para a análise da lacuna própria em face do titular. Não podia mesmo ser diferente, uma vez que titular e agentes de tratamento ocupam os dois polos da mesma relação jurídica de direito obrigacional que toma os dados pessoais não sensíveis por objeto, ou seja, num contexto muito aproximado de pertinência e correlação dos normas válidas aplicáveis a essa situação jurídica.

De modo que a análise já feita no subitem anterior (cf. tabelas 1 e 2) adequa-se perfeitamente à situação jurídica dos agentes de tratamento, com alguns acréscimos peculiares que se passa a tratar.

Os agentes de tratamento, uma vez contando com o consentimento válido, portanto regularmente esclarecido, dos titulares, ficam autorizados a aplicar nos respectivos dados pessoais os tratamentos assim consentidos, ou seja, dentro dos limites aprovados, sem excessos, sem desvios de finalidade, sem abusos ou outras ilicitudes, como discriminações que ferem o conteúdo essencial dos direitos da personalidade desses titulares.

Quando na regular condição de cessionários originais desse direito obrigacional,

além de autorizados a aplicar os tratamentos regulares (autorizados e lícitos), poderão extrair informações pela aplicação de algoritmos para composição de metadados, *profiling*, relatórios de *BI - Business Intelligence* etc., cujo alto valor econômico é reconhecido pelo mercado, notadamente em razão de seus usos para marketing customizado ao perfil dos potenciais consumidores, agora ainda mais vulnerabilizados diante de IA's -- Inteligências Artificiais bem treinadas para conhecer os recônditos de nossas emoções e preferências; ou mesmo marketing político direcionado e individualizado, com suas interferência sobre o exercício da cidadania e seus notórios riscos para a democracia (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018) pelo negócio de influenciar consciências ou moldar a mente humana (FRAZÃO, 2019).

E esses agentes de tratamento, então, detentores desse objeto intangível de valor tangível, participam de cessões onerosas desse dado pessoal remanufaturado com fim de lucro, numa típica atividade empresarial.

Contudo, uma marca inconspícua desse novo produto intangível virtual é que ambula com ele, por onde quer que ele navegue ou seja armazenado, a possibilidade de rescisão, via revogação *ad nutum* e a qualquer tempo do anterior consentimento pelo seu titular (art. 8º, § 5º, LGPD), obrigando, com efeito *erga omnes*, desde então (*ex tunc*) -- o que resguarda os tratamentos válidos até então operados --, todas as demais pessoas (terceiros cessionários) integrantes da cadeia de sucessivas cessões onerosas desse dado pessoal bruto ou mesmo remanufaturado desde sua cessão originária, a não mais utilizar nem valer-se desse dado pessoal não sensível, como se fora um “endosso” resilível *ad nutum* aposto pelo titular nesse “título” (cessão onerosa) dotado de ampla circulação mercantil.

Daí exsurge para os agentes de tratamento seu dever de publicidade -- esta considerada por Maia (2013, p. 204-205) como requisito para sua oponibilidade perante terceiros --, consubstanciado no registro, como um metadado dos dados pessoais, e sua permanente custódia e atualização de toda essa cadeia de cessões de direito, disponibilizando-a aos titulares assim que cada cessão derivada operar-se.

Ou seja, alcançam terceiros que não fizeram parte da relação jurídica obrigacional original, não se lhes aplicando o brocardo jurídico: *res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet* (os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros).

Alguns dirão que isso poderia ferir o conteúdo essencial do princípio da segurança jurídica, que opera em prol da estabilização das relações jurídicas; todavia, essa foi a opção legal da LGPD para conferir poder de controle sobre seus direitos fundamentais da personalidade por parte do titular-controlado (hipossuficiente) em face dos seus controladores, os agentes de tratamento (hipersuficientes), além de pôr a salvo tratamentos lícitos já realizados, de modo que essa limitação ao princípio da segurança jurídica mostra-se razoável e proporcional, porque em prestígio ao princípio da igualdade e ao princípio da tutela do hipossuficiente (NOVAIS, 2000).

Para garantir a aplicação, na maior medida possível, do princípio da segurança, assim fletido, a LGPD trata de excepcionar e resguardar algumas hipóteses:

i) ficam “[...] ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação [...]” (art. 8º, § 5º, segunda parte);

ii) impede o término de um tratamento quando “resguardado o interesse público”, posto em contraponto ao interesse privado do titular resiliente.

O que se espera é que os agentes de tratamento (controladores e operadores) não se descurem do cumprimento diuturno de sua plêiade de obrigações com *thelos* social: dever de transparência, de boa-fé objetiva, de informação, de formatar contratos de adesão em massa que não violem direitos da personalidade dos titulares, que não promovam tratamentos não autorizados, abusivos ou ilícitos, que respeitem o microsistema de defesa do consumidor, que submetam-se às fiscalizações e decisões da ANPD, que respeitem a livre concorrência entre eles, que invistam em tecnologias que promovam incrementalmente a proteção da privacidade e o empoderamento dos titulares etc., tudo isso como justa contrapartida ao direito de exploração econômica de dados pessoais e de informações que lhes foi outorgado por essa mesma sociedade, assim como se dá com o

direito de propriedade e o cumprimento de sua função social, muito embora não seja de propriedade que se trata esse direito sobre os dados pessoais não sensíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à teoria apropriada nesta pesquisa é preciso acentuar que uma Lacuna é conceituada por Bobbio (1999) não pela simples ausência de uma norma que regule o caso tratado (L_0), mas sim pelo diagnóstico de um conflito normativo qualificado, uma antinomia real das seguintes regras gerais contraditórias implícitas num dado sistema jurídico (L_1): uma exclusiva e outra inclusiva ($NGE \rightarrow\leftarrow NGI$), cuja solução pode ser tanto a favor de uma como de outra, variando de caso para caso, sem que, com isso, uma delas tenha sua aplicação excluída por derrogação imprópria, mas apenas afastada ou parcialmente fletida naquele caso concreto em que ela não prepondere, podendo operar-se o oposto em outro caso distinto.

Essa proeza teórica de Norberto Bobbio transforma um problema que classicamente é colocado como lacuna, pela carência de normas (anomia), em um problema de abundância (antinomia), de conflito entre duas normas contraditórias

(NGE $\rightarrow\leftarrow$ NGI

), do tipo total-total (pois ambas são gerais), o que já fora por ele conceituado e, na medida do possível, resolvido em capítulo anterior de sua Teoria do Ordenamento Jurídico (1999).

Uma tal espécie de antinomia admite soluções do tipo (Bobbio, 1999): i) tudo ou nada -- com a derrogação imprópria de uma delas ou mesmo das duas -- ii) ou harmonizadora -- com a manutenção de ambas, mas passando pela restrição de uma delas e a preponderância da outra em razão de um peculiar conjunto de condições determinantes fáticas e jurídicas do caso concreto que suscitou esse diagnóstico qualificado de lacuna.

Isso aproxima, senão identifica, esse critério de integração com a técnica de solução de colisão de princípios, notadamente os atrelados a direitos fundamentais (ex.: liberdade,

privacidade etc.), que são de matiz neoconstitucional, por meio da ponderação pela análise: i) da adequação, de um meio à efetividade de pelo menos um dos dois direitos fundamentais em tensão); ii) da necessidade, de escolha, dentre os vários meios adequados identificados, daquele que promova maior eficiência a um dos princípios em colisão e, ao mesmo tempo, aplicação, na maior medida possível, daquele outro princípio que não preponderou; iii) proporcionalidade em sentido estrito, pela descrição de um peculiar conjunto de condições determinantes fáticas e jurídicas observáveis no caso concreto e capazes de fundamentar constitucionalmente a preponderância de um princípio e a flexão do outro naquele caso, embora cuidando para que ambos sejam aplicados na maior medida possível e para o que não preponderar manter inviolado seu conteúdo essencial (ALEXY, 2008; SILVA, 2010).

Esse ônus argumentativo para uma precisa fundamentação constitucional preconiza a apresentação de requisitos que possibilitam a transformação de uma colisão, entre duas normas de suporte fático amplo, em uma norma de suporte fático restrito, cuja ação-tipo e âmbito subjetivo -- classes de pessoas -- sejam perfeitamente descritos pelo referido conjunto de condições determinantes fáticas e jurídicas e que servirá para a solução do caso concreto, ou seja, pela apresentação formalmente adequada de uma norma individual e concreta (NIC) que decida o caso concreto que suscitou a lacuna, a ser observada nos demais casos repetitivos (em prestígio ao princípio da isonomia) e que também servirá para balizar futuras soluções de casos análogos (autointegração).

Toda essa exigência de precisa fundamentação constitucional em caso de restrição a direito fundamental justifica-se pela índole constitucional dos direitos fundamentais; ademais, trata-se de metarregra hermenêutica válida, vigente e pertinente associada ao dispositivo normativo do art. 93, IX, CF/1988 e do art. 489, § 1º, NCPC, de observação obrigatória por todos os juízes e também pelos administradores nos processos administrativos, por força da regra no art. 15, também do NCPC, sempre que a decisão de um caso implicar numa colisão de princípios.

Curioso que a LGPD, que decorre do fenômeno global da reificação,

commodification ou *commodity* dos dados pessoais ou do produto imaterial do tratamento deles decorrentes, não contenha uma só palavra sobre as práticas costumeiras notáveis desse gigantesco fenômeno de circulação comercial.

Não se mostra, ao menos *a priori*, ser uma lei que buscou algum controle desse mercado minerado a céu aberto, notadamente para promover um efetivo combate às práticas abusivas da parte hipersuficiente (controladores e operadores) em detrimento da hipossuficiente (titular), que restou praticamente colocada na mesma condição objetal dos seus dados pessoais, ou seja, uma matéria-prima à deriva, tão disponível e acessível que a ela não se lhe atribuiu, ainda, qualquer valor econômico, em flagrante contraste com sua utilidade.

Não se pode dizer que os direitos e as obrigações dos controladores e dos operadores em relação aos dados pessoais em que eles regularmente aplicam seus tratamentos têm por objeto uma “coisa”, no sentido de um objeto de direito real, uma vez que o conceito de res apropriável, ainda que possa ser estendido a objetos imateriais (ex.: a obra, na propriedade autoral; marcas, patentes, modelos de utilidade e desenhos industriais, na propriedade industrial; a cultivar, em relação aos direitos do melhorista, inclusive a cultivar transgênica), é típico dos bens sujeitos à dominicalidade e, corroborando a posição de Maia (2020), o direito privado aos dados pessoais é da estirpe dos direitos patrimoniais (obrigacionais), sendo mais adequado enxergar esses dados como um objeto imaterial desta relação jurídica patrimonial ímpar, direta, imediata e absoluta com esse novel objeto virtual.

O fato notório da prática empresarial massiva impor aos titulares/consumidores exclusivamente a opção pela cessão de direitos resilível gratuita, pela padronização dos seus contratos de adesão abusivos, não significa que outra possibilidade esteja alijada do ordenamento jurídico pátrio.

Ao contrário, essa onerosidade encontra-se contemplada no vigente Ordenamento Jurídico nacional e o que tem de ser alijado da prática empresarial massiva é essa sua conduta desviante e abusiva do seu direito de capturar, de tratar e de explorar dados

peçoais.

Há um manifesto desequilíbrio na relação jurídica entre um titular/consumidor vulnerável e os agentes de tratamento dos dados pessoais, evidenciado pelo grande poder destes sobre a esfera de privacidade daquele, além de serem os que lucram de fato com o fenômeno da reificação dos dados pessoais.

Atualmente, as empresas massivamente não oferecem bens, produtos ou dinheiro pelos dados pessoais, mas valem-se da racionalidade limitada (Craswell *apud* SCHWARTZ, 2004, p. 2081) apresentada pelos consumidores/titulares -- uma inércia geral aos termos padrão de privacidade que comprometem a livre escolha e a manifestação livre e informada e leva-os à aceitação, em um clique, num átimo, dos termos impostos -- e da cortina de fumaça (SCHWARTZ 2004, p. 2080) que criam no espectro da escolha binária do tudo ou nada para dificultar a compreensão sobre a coleta e uso dos dados, enquanto capturam dados pessoais que serão negociados onerosamente pelos agentes de tratamento sem que o titular do dado tenha efetiva consciência da dimensão do valor financeiro dado ao dado que de graça deu.

Schwartz (2004) alerta para o uso da crença na inalienabilidade apenas como instrumento de manutenção de políticas de retaguarda, já usada em outros momentos históricos como o caso da reificação da terra, que minou o poder da nobreza feudal.

Identificou-se, no caso concreto da lacuna qualificada detectada, um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes da proporcionalidade em sentido estrito (tabela 2), que fundamenta constitucional e legalmente a preponderância de um conjunto de princípios ímpares (liberdade e seus correlatos) sobre um conjunto de princípios pares (privacidade e seus correlatos), listados e polarizados na tabela 1. E também pela verificação de que o meio m_1 (pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos sobre os dados pessoais pelo titular) mostrar-se adequado e necessário em relação ao meio m_2 (pela admissão somente da gratuidade da cessão de direitos sobre os dados pessoais pelo titular) que se pode concluir: pela admissão tanto da gratuidade como também da cessão onerosa de direitos obrigacionais sobre os dados pessoais não

sensíveis pelo titular como solução mais adequada para a integração neoconstitucional dessa lacuna própria identificada como uma antinomia de princípios antagônicos no vigente microsistema de Proteção de Dados no Brasil.

Idêntica conclusão foi alcançada com a identificação do mesmo conjunto determinante de circunstâncias fáticas e jurídicas (cf. tabela 2) para realizar uma ponderação e resolver a colisão de princípios pela permissão do *e-commerce* dos dados pessoais e das informações pelos agentes de tratamento (controlador ou operador) a partir da colisão identificada na tabela 3.

Quanto aos agentes de tratamento exsurge do microsistema da LGPD seu dever de publicidade -- esta considerada por Maia (2013, p. 204-205) como requisito para sua oponibilidade perante terceiros --, consubstanciado no registro, como um metadado dos dados pessoais, e sua permanente custódia e atualização de toda a cadeia de cessões de direito, disponibilizando-a aos titulares assim que cada cessão derivada operar-se, de modo que possa tornar efetivo o direito potestativo desses titulares a sua resilição *ad nutum*.

Desse modo, como decorrência da aplicação de uma dialética-argumentativa, foi possível testar as duas hipótese previamente apresentadas, com a corroboração de ambas pelo alcance de uma integração neoconstitucional de lacunas no microsistema geral de proteção de dados brasileiro pela liberdade da cessão onerosa resilível do direito privado aos dados pessoais não sensíveis tanto pela parte hipossuficiente (titular) dessa relação jurídica como, supervenientemente – desde que não resilida, a qualquer tempo, unicamente por vontade potestativa do titular ou de seus legítimos sucessores –, pela parte hipersuficiente (controladores e operadores), cessionária desses mesmos direitos sobre dados pessoais capturados e co-titular das informações deles extraídas através de algum tratamento válido, para terceiros (pessoas não integrantes da relação jurídica original); desde que nenhuma dessas cessões de direito ou tratamentos impliquem em limitação desproporcional, para os direitos da personalidade do titular dos dados pessoais, como os seus direitos fundamentais à autodeterminação informativa, à intimidade e à privacidade (art. 2º, I e II, LGPD e art. 5º, caput, X e XII, CF/1988) e ao devido processo legal

substantivo (art. 5º, LIV, CF/1988), nem em violação ao microsistema de defesa do consumidor, ou seja, desde que enquadráveis no suporte fático restrito das condições determinantes listadas na tabela 2.

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (teoria e direito público, 1)

ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pivan Batista; Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2008 [1958]. p. 9-20.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às Ciências Sociais**. 9. ed. 3. reimpr. rev. Florianópolis: Editora UFSC, 2019.

BECKER, João Luiz. **Estatística Básica: transformando dados em informação**. 1. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015. 488 p., ISBN 978-85-8260-312-3. Disponível [para professores] em: <https://viewer.biblioteca.binpar.com/viewer/9788582603130/capa>. Acesso em: 5 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pivan Batista; Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 4. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2008 [1958].

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Junior. 10. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999 [reimpressão 2006, 1960].

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro [LINDB]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal [LEP]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm. Acesso em: 27 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRUCE, Peter; BRUCE, Andrew. **Practical Statistics for data scientists: 50 essential concepts**. 1. ed. Sebastopol, CA: O'Reilly, 2017. ISBN 978-1-491-95296-2

COSTA, José Bezerra. **Arrendamento rural**: direito de preferência. 1. ed. Goiânia: AB, 1993.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**: fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 111-136. ISBN 85-7147-200-9.

EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL. **Regulation (EU) 2016/679**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 07 jun. 2020.

EUR-Lex. Jurisprudência da UE. **Processo C-61/19**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62019CA0061&qid=1613063336706>. Acesso em: 11 fev. 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011 [1994].

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação: o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. 10. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 1999 [reimpressão 2006, 1960]. p. 7-18.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 88, n. 43, p. 47-76, jan. 1993. p. 439-459. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 11 fev. 2021.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, *big data* e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Jceyane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 333-349. ISBN 978-85-450-0585-8.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais**: e suas repercussões no Direito brasileiro. 2. ed. de acordo com as Leis 13.853/2019 e 14.010/2020. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. cap. 4, p. 97-125.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. **Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal**: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei. Dissertação Mestrado em Direito do UniCEUB, Orientador Prof. Dr. Marcelo Dias Varella. Brasília, 2019. ISBN 978-85-7267-010-4. Disponível em: https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*pdf?AID=3007. Acesso em: 4 fev. 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: Uma breve história do amanhã. São Paulo:

Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yurval Noah. **21 lições para o século 21**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yurval Noah. **The world after coronavirus**. Financial Times, mar. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 28 mar. 2020.

LEVITSKY, S. ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOCK, Robin H. et al. **Estatística: revelando o poder dos dados**. Tradução de Ana Maria Lima de Farias, Vera Regina Lima de Farias e Flores. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

LOCK, Robin H. et al. **Statistics: unlocking the power of data**. 2. ed. Hoboken, NJ: Wiley, 2017. ISBN: 978-1-119-30884-3.

MAIA, Roberta Maura Medina. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo: RT, 2013.

MAIA, Roberta Maura Medina. Vivendo nas nuvens: dados pessoais são objeto de propriedade? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Jceyane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 669-697. ISBN 978-85-450-0585-8

MAIA, Roberta Maura Medina. A titularidade dos dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito brasileiro**. 2. ed. de acordo com as Leis 13.853/2019 e 14.010/2020. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. cap. 5, p. 127-152.

MADEIRA FILHO, Wilson. Teoria da motivação da decisão jurídica: Aspectos introdutórios - lógica e lingüística aplicadas ao Direito. **Confluências | Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito**, 8(1), 25-33. 2006. . Disponível em: <https://doi.org/10.22409/conflu8i1.p146>. Acesso em: 26 set. 2022.

MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: RT, 2000. ISBN 85-203-1796-0.

MILAGRE, José; SANTARÉM SEGUNDO, José Eduardo. A propriedade dos dados e a

privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. **Encontros Bibli - Revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, v. 20, n. 43, p. 47-76, mai./ago. 2015. ISSN 1518-2924. DOI: 10.5007/1518-2924.2015v20n43p47. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2015v20n43p47/29945>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MOLEDO, Eliane Teresinha. As lacunas ideológicas do sistema tributário municipal brasileiro. Dissertação Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes, Orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp037663.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

NEVES, Cleuler Barbosa das. **O ato administrativo na tutela ambiental do solo rural: uma análise da erosão laminar e do uso do solo na Bacia do Ribeirão João Leite**. 2006. 327 f. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais) - Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação – PRPPG, Universidade Federal de Goiás, Goiânia.

NEVES, Cleuler Barbosa das. **Águas Doces no Brasil**. Rio de Janeiro: Descubra, 2011.

NEVES, Walter Alves; RAPCHAN, Eliane Sebeika; BLUMRICH, Lukas. **A origem do significado: uma abordagem paleoantropológica**. 1. ed. São Paulo: Cultura Didática, 2020.

NEVES, Cleuler Barbosa das; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. Uma hermenêutica para antinomias de princípios: limites para seu controle constitucional e políticas públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 227-252, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1210. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1210>. Acesso em: 26 set. 2022.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-54, ISBN 85-7147-200-9.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil**. 27. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 23. ed. rev. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito de consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 325-356. ISBN 85-7147-200-9.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral: bens, fato jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo II.

POSNER, Richard A. Privacy, Secrecy, and Reputation. **Buffalo Law Review**, n. 28, v. 1, 1978-1979, p. 1-55. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2832&context=journal_articles. Acesso em: 9 fev. 2021.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. São Paulo: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98. ISBN 978885-7147-277-8

SCHWARTZ, Paul M. Property, privacy, and personal data. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 7, 2004, p. 2056-2128. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=721642 Acesso em: 10 fev. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (teoria e direito público, 7)

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16. ISBN 85-7147-200-9

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-530-X. tomo II.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao Código Civil**: Direito das Coisas (arts. 1.196 a 1.276). Coordenador Antonio Junqueira de Azevedo São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14. ISBN

978-85-02-08680-7

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Jceyane Bezerra (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 285-297. ISBN 978-85-450-0585-8

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Teoria Geral do Direito Civil: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. ISBN 978-85-450-0566-7

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN 978885-7147-277-8, p. 243-342

WICKHAM, Hadley; GROLEMUND, Garrett. **R for Data Science: import, tidy, transform, visualize and model data**. 1. ed. Revista. Sebastopol, CA: O'Reilly, 2017. Disponível em: <https://r4ds.had.co.nz/wrangle-intro.html>. Acesso em: 9 fev. 2021.

Data da submissão: 19/05/2022

Data da primeira avaliação: 09/06/2022

Data da segunda avaliação: 21/06/2022

Data da aprovação: 30/09/2023

***STADTLUFT MACHT FREI: O NEOFEDERALISMO, O HOME RULE
BRASILEIRO E A PLAUSIBILIDADE DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL
MUNICIPAL NO BRASIL***

*STADTLUFT MACHT FREI: THE NEOFEDERALISM, THE BRAZILIAN HOME RULE
AND THE LIKEHOOD OF A MUNICIPAL CONSTITUTIONAL LAW IN BRAZIL*

**Luís Fernando Sgarbossa¹
Geziela Iensue²**

RESUMO: O problema da natureza jurídica das leis orgânicas municipais, apesar da doutrina e da jurisprudência majoritárias recusarem seu caráter constitucional, parece digno de maior atenção no Brasil. O exame da discussão evidencia a fragilidade dos argumentos na controvérsia, e a parca literatura dedicada especificamente ao problema sugere a existência de uma lacuna no corpo do conhecimento no campo do Direito Constitucional que merece ser preenchida. A partir de uma pesquisa básica de levantamento bibliográfico e documental, de uma metodologia histórico-comparativa e, especialmente, indutiva, o presente estudo busca fazer avançar a fronteira do conhecimento relativamente ao mencionado problema. O artigo explora criticamente a discussão acerca da natureza jurídica constitucional ou meramente legal das leis orgânicas municipais no Brasil. Resgata as doutrinas rivais sobre o autogoverno municipal nos EUA – Dillon’s Doctrine e Cooley Doctrine – e evidencia sua possível recepção pelas constituições dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul na República Velha. Explora a federalização do regime de cartas – *Home Rule* brasileiro – a partir da Constituição de 1988. Compara os regimes de autonomia dos entes subnacionais primários e secundários no neofederalismo brasileiro quanto a aspectos cruciais, como competências, autonomia, integridade territorial e intervenção. Aplica a Teoria Dinâmica do Federalismo de Patrícia Popelier aos entes subnacionais brasileiros, comparando os *escores* de Estados, Distrito Federal e municípios nos indicadores de autonomia material, procedimental e de homogeneidade. Explora, por fim, as possibilidades de um controle de constitucionalidade municipal diante das restrições decorrentes da ausência de competência expressa do município para legislar sobre processo e procedimento e da ausência de um poder judiciário municipal, evidenciando a existência de mecanismos embrionários de controle político de

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor de Direito Constitucional Comparado e de Direito Constitucional Subnacional da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS; e-mail: lfsgarbossa@uol.com.br; Lattes: 4204842439410133; ORCID: 0000-0002-7045-5671

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS; e-mail: geziela.iensue@ufms.br; Lattes: 2982155924958438; ORCID: 0000-0002-9549-882X

constitucionalidade municipal. Conclui pelo elevado grau de similitude entre o regime jurídico e o grau de autonomia dos entes subnacionais primários e secundários, e pela possibilidade de reconhecimento da natureza constitucional das leis orgânicas municipais.

Palavras-chave: Neofederalismo; Autogoverno; Município; Direito Constitucional Municipal; Controle municipal de constitucionalidade.

ABSTRACT: The issue of the legal nature of municipal charters, despite the prevailing literature and jurisprudence rejecting its constitutional character, seems worthy of greater attention in Brazil. The review of the discussion on the subject highlights the fragility of the arguments in the controversy, and the scarce literature dedicated specifically to the issue suggests the existence of a gap in the body of knowledge in the field of Constitutional Law that deserves to be filled. Starting from a basic bibliographic and documental research, a historical-comparative and, especially, inductive methodology, the present study seeks to advance the frontier of knowledge regarding the previously mentioned problem. The article critically explores the discussion about the legal nature of municipal organic laws in Brazil – namely, the constitutional or merely legal status of the municipal basic laws. It retraces the rival doctrines on municipal self-government in the USA – Dillon’s Doctrine and Cooley Doctrine – and highlights its possible reception by the constitutions of the States of Santa Catarina and Rio Grande do Sul in the Brazilian Old Republic. It explores the federalization of the charter regime – Brazilian Home Rule – since the 1988 Brazilian Constitution. It compares the autonomy regime of primary and secondary subnational entities in Brazilian neo-federalism in terms of crucial aspects, such as competences, autonomy, territorial integrity and intervention. It applies Patrícia Popelier’s Dynamic Theory of Federalism to Brazilian subnational entities, comparing the scores of States, Federal District and municipalities in the indicators of material, procedural and homogeneity autonomy. Finally, it explores the possibilities of municipal constitutionality review before the restrictions arising from the lack of express competence of the municipality to legislate on process and procedure and the absence of a municipal judicial power, evidencing the existence of embryonic mechanisms of municipal political review of constitutionality. It concludes by the high degree of similarity between the constitutional regime and the degree of autonomy of primary and secondary subnational entities, and by the possibility of recognizing the constitutional nature of municipal organic laws.

Key-words: Neofederalism. Home Rule; Municipalities; Municipal Constitutional Law; Municipal review of legislation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve exame crítico da controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica das leis orgânicas municipais; 3. A discussão da autonomia local nos EUA: *Dillon’s Rule versus Cooley Doctrine*; 4. O neofederalismo, o *Home Rule* brasileiro e os impactos sobre o pluralismo constitucional; 5. Análise comparativa entre o município e os demais entes territoriais autônomos no Brasil; 6.

Análise do controvertido constitucionalismo municipal brasileiro a partir da Teoria Dinâmica do Federalismo de *Popelier*; 7. Município e controle de constitucionalidade: possibilidades de um controle de constitucionalidade municipal; 8. Considerações finais; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina e a jurisprudência, ao enfrentarem o problema da natureza jurídica das leis orgânicas municipais no Direito Constitucional brasileiro, têm adotado majoritariamente o entendimento de que aquelas normas, apesar do relevante grau de semelhança que ostentam para com as cartas constitucionais estaduais e para com a Lei Orgânica do Distrito Federal, possuem natureza meramente legal, isto é, infraconstitucional – ainda que possuam hierarquia superior às demais normas jurídicas municipais.³

Ou seja, para a doutrina e jurisprudência majoritárias brasileiras, incluindo-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as leis orgânicas municipais não são propriamente constituições municipais – apesar de tal analogia aparecer frequentemente na literatura jurídica –, mas meras leis superiores às demais leis locais, inserindo-se assim no marco do direito infraconstitucional e resolvendo-se o conflito entre LOM e leis municipais em controle de legalidade, e não de constitucionalidade.

A despeito de o entendimento mencionado ser bastante tradicional em nosso direito, restam algumas questões a ser enfrentadas, do ponto de vista teórico, uma vez que normalmente a discussão adequada de tal problema parece envolver aspectos que vão além daqueles comumente explorados em trabalhos dedicados ao tema. O presente artigo tentará ir além da exploração já feita pela doutrina, com a finalidade de fomentar uma reflexão mais profunda sobre a natureza jurídica das leis orgânicas municipais na federação brasileira após 1988.

O título do presente artigo é *Stadtluft macht frei*, uma divisa bastante comum na baixa Idade Média europeia. Como se sabe, sob o “constitucionalismo” medieval (CANOTILHO, 2003) um dos elementos limitadores do poder dos monarcas, ao lado dos

³ Nesse sentido, confirmam-se ALMEIDA (2004) e SANTOS e SOUZA (2013). Ambos os trabalhos discrepam do entendimento majoritário. No mesmo sentido o recente trabalho de PIRES (2020).

estamentos, Estados ou Cortes gerais, dos privilégios e das cartas de franquia ou forais, consistia na autonomia das cidades e burgos, então compreendidos como corporações e com certa frequência dotadas de regime político-jurídico peculiar.

Referida divisa em língua alemã, que se pode traduzir por “*o ar da cidade torna livre*”, representava um princípio jurídico tardomedieval segundo o qual os servos ou escravos fugitivos, se ingressados no território de uma cidade-livre – ou seja, de uma cidade dotada de uma carta de franquia e, conseqüentemente, de privilégios que representavam particular autonomia – tornava-se livre após o decurso de certo prazo e não poderia ser recapturado (WEBER, 2004).

É interessante, por conseguinte, começar pela observação de que sob o “constitucionalismo” medieval – que possui laços profundos com o constitucionalismo “moderno” (CANOTILHO, 2003), como evidenciam construções como a de devido processo legal, cuja forma embrionária já existia na Inglaterra do século XIII⁴ – as cidades eram um dos principais elementos limitadores do poder dos monarcas – tanto que o Estado moderno surge a partir da vitória destes não apenas contra o papa, o imperador e a nobreza, mas também contra as cidades (VAN CREVELD, 2004), sob a forma do Estado absoluto.

O êxito dos monarcas contra inimigos internos e externos no início da modernidade traduz-se, historicamente, numa concentração de poder político e, nesse processo, as cidades – assim como ocorreu com a nobreza (WEBER, 2004) – perderam o elevado grau de autonomia e o importante protagonismo de que gozaram na baixa Idade Média, cuja ideia resta simbolicamente preservada no ideário político, no entanto, sob a divisa *Stadtluft macht frei*. O que importa frisar, no momento, é a relevante relação existente entre autonomia municipal e constitucionalismo já nos primórdios tardomedievais do último.

O constitucionalismo contemporâneo ou “moderno” (CANOTILHO, 2003) sabidamente já nasce na ambiência dos Estados-nação, tendendo conseqüentemente a focar

⁴ Como se sabe, o privilégio do julgamento pelos pares de acordo com a *law of the land* remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, pelo menos, sendo o antecedente do devido processo legal e do direito a julgamento pelo tribunal do júri no direito britânico e norte-americano posteriores, desembocando, inclusive, na concepção de devido processo legal substantivo (PEREIRA, 2008).

na comunidade política total (RISCHL, 2020) – o Estado em sentido estrito – ou, no máximo, nas subdivisões políticas ou administrativas primárias – tais como Estados, regiões, províncias, cantões, *Länder* e congêneres –, e assim desconsiderando ou conferindo menor relevo, em princípio, às subdivisões políticas menores – tais como cidades, municípios, comunas, condados e congêneres.

Ao nascer o constitucionalismo contemporâneo, especialmente a partir das revoluções liberais americana e francesa do final do século XVIII, há algum espaço para os entes subnacionais de primeiro grau – Estados federados – no caso da tradição constitucional norte-americana, mas pouco ou nenhum espaço para os entes subnacionais locais, isto é, municipais. O quadro não parece ser melhor no âmbito dos Estados unitários, evidentemente.

Como ensina Rischl em recente estudo de grande relevo, o silêncio constitucional sobre a cidade é um traço característico do constitucionalismo contemporâneo e deve-se ao fato deste ter como referente o Estado-nação, restando à cidade um papel subalterno, uma vez que passa a ser compreendida como simples criatura do Estado nacional, fenômeno que explicaria seu atual *status* constitucional que, nas palavras daquele autor, situa-se entre o secundário e o inexistente (RISCHL, 2020).

Ainda seguindo as reflexões do autor canadense, deve-se observar, no entanto, o quanto a situação político-territorial dos Estados alterou-se profundamente nos últimos séculos. Com efeito, se por volta de 1800 algo por volta de apenas 3% da população mundial morava em cidades, em 2019 este percentual já correspondia a cerca de 56%, o que representa uma mudança enorme no que diz respeito ao relevo político das entidades locais e ajuda a ilustrar os conceitos ultrapassados de governo territorial ainda predominantes no constitucionalismo gestado com foco no Estado-nação. Além disso, deve-se recordar o advento das *megacidades*, ou seja, de cidades com dezenas de milhões de habitantes, como Mumbai, Tóquio, Lagos, Daca, São Paulo e a Cidade do México, o que origina o que o autor chama de “*Urban Era*” (RISCHL, 2020).

Estas poucas reflexões de caráter histórico bastam para contextualizar o problema

que ora se enfrenta e sua relevância atual, teórica e prática.

Com vistas a enfrentar a temática proposta, o presente estudo adotará o seguinte itinerário: partindo de uma análise crítica aos fundamentos do entendimento predominante referido e de breves reflexões históricas sobre as transformações sofridas pelos municípios no que tange à sua natureza e regime jurídicos, se fará uma reflexão sobre o papel adequado a ser ocupado pelo autogoverno local⁵ em um constitucionalismo afinado com a realidade das sociedades políticas contemporâneas.

Após, far-se-á uma breve revisão das controvérsias jurídicas havidas acerca da autonomia municipal nos Estados Unidos da América, uma vez que a compreensão dos diferentes entendimentos acerca do tema naquele país pode auxiliar na busca de uma resposta ao problema no Brasil, indicando, de um ponto de vista histórico-comparativo, as possíveis origens do atual sistema federal aqui adotado.

O terceiro capítulo explorará os traços peculiares deste modelo que pode-se denominar de neofederalismo brasileiro, propondo uma explicação do modelo a partir da constitucionalização entre nós, em nível federal, do sistema denominado *Home Rule*, de origem estadunidense e calcado na doutrina Cooley, bem como refletindo sobre os impactos da hipótese na compreensão do modelo federal aqui vigente e do problema em exame.

Em seguida, aplicar-se-á a recentíssima Teoria Dinâmica do Federalismo, proposta por Popelier (2021) para tentar compreender, a partir de uma teoria mais elaborada e consistente do federalismo, de base empírica, qual o *locus* plausivelmente ocupado pelas cartas municipais no sistema de Direito Público brasileiro, para além das meras formas jurídicas.

Por fim, far-se-ão algumas reflexões conclusivas sumárias sobre as possibilidades de desenvolvimento de um controle de constitucionalidade municipal, na eventual mudança do entendimento doutrinário e jurisprudencial atualmente predominantes acerca

⁵ Para fins deste artigo entenda-se autogoverno local como sinônimo de autogoverno municipal, ou seja, subestadual. A utilização da expressão governo ou poder local varia, significando em ambiências como a estadunidense poder municipal e em outras, como a mexicana, poder municipal e/ou estadual (ROJAS, 2005).

do tema, considerando as peculiaridades do federalismo brasileiro, especialmente em termos de distribuição de competências legislativas entre os diferentes entes, e das assimetrias existentes entre entes federativos nacionais e subnacionais. Nesse aspecto, particularmente relevantes serão a competência privativa da União para legislar sobre processo (art. 22, I, da CF/88) e a ausência de um Poder Judiciário municipal (arts. 29 a 30 c/c 92 e ss. da CF/88), como se verá.

2.BREVE EXAME CRÍTICO DA CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DAS LEIS ORGÂNICAS MUNICIPAIS

Como sabido, tanto a doutrina majoritária e quanto a jurisprudência predominante brasileira acolhem a tese da natureza meramente legal, ou seja, não-constitucional, das leis orgânicas municipais (SANTOS; SOUZA, 2013). Cabe assim, em um primeiro momento, realizar uma revisão crítica dos argumentos normalmente utilizados para sustentar tal compreensão, antes de incursionar numa proposta alternativa de enfrentamento do tema.⁶

Nesse diapasão, cabe observar inicialmente que um primeiro argumento, mais simplório, normalmente utilizado contra o reconhecimento da natureza constitucional das LOMs poderia ser designado como argumento nominalista. Tal argumento, como é evidente, fixa-se na distinção terminológica adotada pelo texto constitucional, ao estabelecer serem os Estados federados organizados e regidos por constituições (art. 25 *caput*, da CF/88) e os demais entes subnacionais por leis orgânicas (art. 29 *caput*, e 32 *caput* da CF/88).

Parece evidente que tal argumento revela-se extremamente frágil, tendo perdido ainda mais espaço com a mudança de orientação jurisprudencial do STF que, após alguma recalcitrância, reconheceu natureza pelo menos parcialmente constitucional para a Lei Orgânica do Distrito Federal (SANTOS; SOUZA, 2013).

Um segundo argumento comumente utilizado na defesa da natureza meramente

⁶ Para uma revisão da discussão a partir das teses tradicionalmente utilizadas tanto pelos defensores do entendimento majoritário quanto do minoritário ver SANTOS e SOUZA (2013) e ALMEIDA (2004).

legal das leis orgânicas municipais poderia ser denominado de argumento da dupla subordinação, baseado evidentemente na subordinação das leis orgânicas municipais não apenas à carta federal, mas também às constituições estaduais, tendo em vista que o art. 29 *caput* da CF/88 estabelece expressamente a subordinação das LOMs não apenas a princípios da carta federal – como faz, quanto aos Estados, o art. 25 –, mas também a princípios indicados na carta estadual respectiva (SANTOS; SOUZA, 2013).

Tal argumento igualmente não parece ser dos mais robustos, na medida em que, como se verá em detalhe adiante, as leis orgânicas municipais parecem corresponder aos conceitos material e formal de constituição em aspectos cruciais, por um lado, e ainda por não se distinguem das constituições estaduais e da LODF em aspectos igualmente cruciais. Revela-se particularmente relevante observar que caso houvesse a adoção de um conceito formal estrito de constituição como norma *suprema* de um ordenamento – e não apenas supralegal – nem mesmo as constituições estaduais poderiam ser consideradas efetivas constituições, na medida em que subordinadas à carta federal.

Assim, parece desimportante que a subordinação se dê relativamente a uma ou mais ordens constitucionais superiores, especialmente num neofederalismo que inclui entes subnacionais de segundo grau no pacto federativo (arts. 1º e 18 da CRFB/88), como é sabido e como se examinará melhor adiante, dotando-os de poderes similares em todos os aspectos, aos poderes constituintes derivados dos Estados (art. 25) e ao do Distrito Federal (art. 32).

Outro argumento frequente na discussão acerca da natureza constitucional ou legal das leis orgânicas municipais é a simetria ou assimetria da própria LOM com relação às cartas estaduais e à LODF, ou ainda a simetria ou assimetria do município em comparação com os demais entes da federação. Aqui preponderam as visões que enfatizam os elementos de assimetria, como a ausência de poder judiciário, para sustentar a visão predominante. Esse argumento será mais bem examinado adiante.

O argumento do federalismo de segundo grau (arts. 1º e 18 CRFB/88) também aparece com frequência nos debates acerca do tema em exame, porém é invocado para

aqueles que se endossam o entendimento doutrinário e jurisprudencial minoritários, ou seja, a concepção que reconhece a existência de um constitucionalismo municipal no Brasil e a natureza constitucional das LOMs.

Por outro lado, deve-se observar que referido argumento, embora relevante, não parece ser conclusivo, uma vez que a adoção do federalismo não necessariamente implica constitucionalismo subnacional, conforme evidenciam as federações sem subconstitucionalismo, sendo o exemplo clássico a Nigéria sob a carta de 1977. Aquele sistema constitucional é o exemplo clássico acerca da possibilidade de existências de federações sem sistema constitucional dúplice, ou seja, de sistemas federais que não conferem aos Estados poder constituinte derivado decorrente.

De fato, a literatura mais recente e atualizada, tanto no campo do Direito quanto da Ciência Política, não mais considera que o federalismo implica necessariamente o subconstitucionalismo, distinguindo as federações sem subconstitucionalismo das federações com sistema constitucional dúplice (MARSHFIELD, 2011). Assim, mesmo sendo inequívoca a integração dos municípios à federação, isso por si só não implica identidade de condição jurídica com os Estados e o Distrito Federal e tampouco permite inferir a natureza constitucional das LOMs. Nesse aspecto, parece mais relevante para uma conclusão defensável o grau de similitude ou diferença entre a condição geral dos entes federativos de segundo e terceiro graus, examinada adiante.

Ainda no campo comparativo é possível trazer alguma luz ao debate ora sumariamente descrito, abordando desta feita não mais as federações, mas os Estados federo-regionais, nomeadamente os Estados regionais ou autonômicos integrais, assim entendidos aqueles em que todas as subdivisões territoriais de primeiro grau – Comunidades no caso da Espanha, Regiões no caso da Itália – gozam de autonomia.

Nesses casos, a doutrina mais atualizada tanto no campo do Direito quanto no da Ciência Política reconhece a possibilidade de existência de um constitucionalismo subnacional em Estados formalmente não-federais. Embora tanto Itália quanto Espanha não sejam formalmente federações, a literatura reconhece amplamente que possuem um

constitucionalismo subnacional, o que parece inclusive ser corroborado em boa medida por importantes decisões das respectivas cortes constitucionais.⁷O impacto da análise comparativa do regime municipal com o de entes subnacionais em Estados federo-regionais no problema em exame será melhor explorado adiante.

Nenhum dos argumentos até aqui brevemente examinados parece ser decisivo, no entanto, pesando alguns em favor do reconhecimento da natureza constitucional das LOMs no Brasil e outros em sentido contrário. No entanto, os argumentos mais sólidos talvez sejam os do princípio da integridade territorial, os da intervenção estadual e, ainda, o do direito histórico ao autogoverno (TRIGUEIRO, 1980).

O princípio da integridade territorial remonta ao Direito Constitucional norte-americano e encontra-se atualmente, dentro de certos limites, inscrito no art. 18 § 3º no que diz respeito aos Estados e 18 § 4º no que diz respeito aos municípios. Pode ser traduzido na ideia de que o Estado-membro de uma federação não pode sofrer alterações territoriais sem seu consentimento, normalmente expresso por aprovação da alteração territorial por lei estadual. No Brasil vigorou desde a carta de 1891 até a Constituição de 1967 (confirmar), quando terminou por ser abolido, passando os territórios estaduais a serem passíveis de alteração por mera Lei Complementar (TRIGUEIRO, 1980). Foi em parte restabelecido com o advento da constituição vigente, que, embora não tenha restaurado ao sistema de 1946, manteve a exigência de aprovação por consulta popular o que, *em parte*, parece corresponder em expressão do princípio em questão.

O importante aqui é observar o tratamento claramente similar dado pelo constituinte originário a Estados/DF e municípios, na medida em que impinge tanto quanto aos entes de segundo quanto aos de terceiro grau um tratamento jurídico muito similar, bastando

⁷ Note-se, por oportuno, que a questão ora examinada é o inverso da anterior, ou seja, da questão das federações sem constitucionalismo subnacional. Em síntese, poder-se-iam extrair as seguintes conclusões: a) federalismo não implica subconstitucionalismo, uma vez que existem federações com sistemas constitucionais simples (exceção) e dúplices (regra); b) o subconstitucionalismo não existe apenas em Estados federais, podendo ser reconhecido em Estados formalmente unitários, mas com elevado grau de descentralização, notadamente nos Estados regionais ou autonômicos integrais (Estados federo-regionais). Bem clara, por conseguinte, a ausência de relação biunívoca entre constitucionalismo subnacional e forma de Estado.

comparar os termos dos §§ 3º e 4º do art. 18 da CF/88 (SANTOS; SOUZA, 2013).

O mesmo pode ser dito acerca da intervenção federal sobre Estados ou DF – e, excepcionalmente, sobre municípios situados em Território Federal –, e da intervenção estadual sobre municípios, dadas as grandes analogias em termos de hipóteses e regime jurídico ao se examinarem comparativamente os arts. 34, 35 e 36 da CF/88 (SANTOS; SOUZA, 2013).

Sinteticamente parece ser plausível considerar que tanto a similitude das normas constitucionais federais referentes ao princípio da integridade territorial de Estados e municípios quanto os referentes ao instituto da intervenção federal/estadual indicam fortemente o intuito do constituinte originário de dotar entes subacionais primários e secundários de grau de autonomia quase idêntico.

Um último aspecto a ser considerado nesta exploração preliminar da discussão, com propósito de introdução e contextualização, consiste no Princípio do Direito histórico ao autogoverno. Em síntese, considera-se que na federação brasileira, de origem centrífuga ou por segregação, inexistiria um direito histórico ao autogoverno por parte dos Estados federados, sucessores que são estes das províncias integrantes do Estado unitário original (TRIGUEIRO, 1980).⁸ Tal distinção é relevante, e segundo numerosos estudos as origens por segregação ou agregação dos Estados federais parecem ser explicações plausíveis do grau de autonomia subnacional.

Aqui cabe, no entanto, ressaltar um ponto, pois se de fato, formalmente, os Estados brasileiros não possuiriam um direito histórico ao autogoverno – pois são posteriores ao Estado brasileiro, e não a ele anteriores, como ocorre nos EUA, por exemplo, sendo os primeiros frequentemente concebidos como criaturas do Estado e não como seus criadores –, mas essa lógica não necessariamente se aplica aos municípios.

De fato, os municípios existem no Brasil desde o período colonial, por força de

⁸ Há certa crítica doutrinária a tal visão, segundo a qual concepção mencionada só se sustentaria limitando-se a análise aos períodos monárquico e republicano, mas que não se sustentaria se incluído no lapso temporal considerado o período colonial. De fato, embora não houvesse órgãos representativos em nível de capitania (TRIGUEIRO, 1980), as capitanias gozaram de um grau de autonomia entre si durante o longo período colonial.

recepção do direito português e das Ordenações do Reino de Portugal, constituindo a mais antiga forma de autogoverno registrada no território nacional (TRIGUEIRO, 1980). Assim, o argumento do direito histórico, que não se pode invocar – em princípio – em favor dos Estados, pode perfeitamente ser invocado em favor dos municípios.

Feitas estas considerações críticas iniciais ao debate que tiveram intuito de introdução e contextualização do problema tal qual tratado até hoje pela literatura jurídica brasileira, cabe examinar com mais profundidade aspectos de relevo para sua análise a partir de outros pontos de vista não tão freqüentes no debate doutrinário desenvolvido até aqui.

No tópico a seguir, serão objeto de exame, por razões que serão evidenciadas adiante, as distintas concepções existentes acerca da autonomia local nos Estados Unidos da América desde o final do século XIX, para que se possa tentar avançar em direção às diferentes possibilidades de uma compreensão mais adequada do *status* jurídico-constitucional do município no neofederalismo brasileiro instaurado em 1988.

3. A DISCUSSÃO DA AUTONOMIA LOCAL NOS EUA: *DILLON'S RULE VERSUS COOLEY DOCTRINE*

Nos Estados Unidos da América, em função de conflitos entre os poderes estaduais e locais – aqui entendidos como os subestaduais, ou seja, municipais ou de condados – a discussão sobre a autonomia municipal chegou aos tribunais e recebeu tratamentos bastante diversos conforme aqueles órgãos judiciais adotassem uma entre duas concepções rivais que ali se firmaram.⁹

Uma das concepções em comento é aquela que ficou conhecida como *Dillon's Doctrine* e que remonta ao precedente *The City of Clinton v. Cedar Rapids and the Missouri River Railroad*, julgada pela Suprema Corte de Iowa em 1868. Essa orientação foi difundida pelo *Justice* John F. Dillon também em sua obra *The Law of Municipal Corporations*, publicada em 1873, e pode ser grosseiramente sintetizada como a

⁹ A literatura norte-americana sobre o tema é vasta. Confira-se, entre tantos, RICHARDSON (2011). Sobre os poderes locais veja-se FRUG (1980).

concepção segundo a qual na medida em que os Estados gozam de todos os poderes que não conferidos à União nem lhes sejam vedados (X Emenda de 1791, *reserved powers*), cidades, municípios e condados gozariam apenas dos poderes que lhes fossem expressamente atribuídos pelos Estados por meio de suas constituições ou leis.

Com efeito, a Constituição da Filadélfia não se dedicou nem aos Estados e nem aos governos locais – municipais ou de condado –, limitando-se a organizar os poderes federais, seu próprio emendamento e os traços básicos da federação estadunidense. A X Emenda, de 1791, como já dito, atribui aos Estados todos os poderes não atribuídos à União ou vedados àqueles. Ou seja, na ambiência do federalismo norte-americano a doutrina de Dillon parece plausível, baseando-se na visão segundo a qual a autonomia local – subestadual – eventualmente existente é fruto de uma delegação feita pelos Estados em favor das municipalidades.

Para essa concepção, em consequência, inexistente um direito ao autogoverno propriamente dito em nível local. Uma das decorrências desse entendimento consiste na compreensão segundo a qual os governos locais não gozam de autonomia em face dos Estados, estando sujeitos aos legislativos estaduais, podendo ser por eles criados, modificados, controlados, regulados, restringidos e até mesmo abolidos discricionariamente.¹⁰

Note-se que além do contexto baseado nos poderes residuais dos Estados encontra-se na base de tal concepção, ainda, o *direito histórico* dos Estados originais – as treze ex-colônias britânicas independentes em 1776 – ao autogoverno, o que faz inclusive

¹⁰"Municipal corporations owe their origin to, and derive their powers and rights wholly from, the legislature. It breathes into them the breath of life, without which they cannot exist. As it creates, so may it destroy. If it may destroy, it may abridge and control" (Justice Dillon Opinion's, Iowa SC, 1868) O próprio Justice Cooley, autor da doutrina rival, muito bem descreve a concepção conhecida como *Dillon's Rule* em seu voto paradigmático na matéria, em outro caso: "Now, it must be conceded that the judicial decisions and law writers generally assert that the state creates the municipal bodies, endows them with such of the functions of corporate life and entrusts them with such share in the local government, as to the legislative judgment shall seem best; that it controls and regulates their action while they exist, subjects them to such changes as public policy may dictate, and abolishes them at discretion; in short that the corporate entities are mere agencies which the state employs for the convenience of government, clothing them for the time being with a portion of its sovereignty, but recalling the whole or any part thereof whenever the necessity or usefulness of the delegation is no longer apparent." (Justice Cooley Opinion's, Michigan SC, 1871, § 96).

que se conceba sua autonomia como originária – ou seja, anterior à federação – e como fundamento de legitimidade da própria constituição federal, diversamente do que ocorre em federalismos originados por processos de desagregação ou descentralização, como o brasileiro, em que Estados são criaturas do Estado federal e de sua constituição (TRIGUEIRO, 1980).

A doutrina rival à ora sumarizada é conhecida como *Cooley Doctrine*, também em homenagem ao *Justice* homônimo da Suprema Corte do Estado de Michigan, remontando ao precedente *People ex rel. LeRoy v. Hurlbut*, julgado por aquela corte em 1871. Segundo tal concepção o governo local é expressão de um *direito inerente ao autogoverno*, associado ao próprio princípio democrático e inextrincavelmente ligados à às próprias ideias de base da revolução americana, sendo assim intangível à autoridade estadual, não podendo ser restringido, regulado, controlado, abolido ou suprimido, em diametral oposição às consequências aceitas pela doutrina rival.¹¹

De todo modo, é necessário advertir que a Doutrina *Colley* – base de *home rule* naquele país – não constitui a concepção dominante nos EUA, do ponto de vista jurisprudencial, como se percebe especialmente a partir da análise da jurisprudência da Suprema Corte federal daquele país.

Com efeito, ao enfrentar casos envolvendo a autonomia municipal no início do século XX, a Suprema Corte dos EUA sufragou a *Dillon's Doctrine*. O precedente é *Hunter v. City of Pittsburg* (1907), caso que envolvia discussão acerca da legitimidade constitucional da anexação da cidade de Allegheny a Pittsburgh (Pensilvânia) à revelia de

¹¹“The historical fact is, that local governments universally, in this country, were either simultaneous with, or preceded, the more central authority (...) What I say here is with the utmost respect and deference to the legislative department; even though the task I am called upon to perform is to give reasons, why a blow aimed at the foundation of our structure of liberty should be warded off.(...) "local government is a matter of absolute right; and the state cannot take it away". E, mais adiante, “Nevertheless, when the state reaches out and draws to itself and appropriates the powers which from time immemorial have been locally possessed and exercised, and introduces into its legislation the centralizing ideas of continental Europe, under which despotism, whether of monarch or commune, alone has flourished, we seem force back upon and compelled to take up and defend the plainest and most primary axioms of free government, as if even in Anglican liberty, which has been gained step by step, through extorted charters and bills of rights, the punishment of kings and the overthrow of dynasties, nothing was settled and nothing established.”(Justice Cooley Opinion's, Michigan SC, 1871 §§ 100 e 109).

seus moradores. Nesse *leading case* a Suprema Corte estadunidense estabeleceu o Dillon's Rule como regra, embora tenha ressalvado ser lícito aos Estados adotar o *Home rule* – ou seja, a doutrina da autonomia local – em suas leis ou constituições, o que terá repercussões históricas relevantes, como se verá.¹² A adoção da *Dillon's Doctrine* pela *US Supreme Court* foi reiterada em *Trenton v. New Jersey*, em 1923.¹³

Assim, nos Estados Unidos, em matéria de autonomia municipal ou autogoverno local, preponderou a doutrina de Dillon, conforme demonstram os dois precedentes da Suprema Corte da primeira metade do século XX. No entanto, conforme observado, o entendimento daquela corte foi no sentido de que aos Estados era facultado adotar um sistema baseado na autonomia e no direito ao autogoverno local e, de fato, aos se elaborarem as constituições e leis estaduais, diversos Estados, por via constituinte ou legislativa, parecem ter perfilhado a doutrina *Cooley*, adotado o *Home rule* ou autogoverno local como regra, originando a célebre distinção ainda hoje existente entre *Home Rule States*, que adotam a doutrina *Cooley*, e *Dillon's Rule States*, que endossam a doutrina homônima.¹⁴

¹²"We have nothing to do with the policy, wisdom, justice, or fairness of the act under consideration; those questions are for the consideration of those to whom the state has entrusted its legislative power, and their determination of them is not subject to review or criticism by this court. We have nothing to do with the interpretation of the Constitution of the state and the conformity of the enactment of the assembly to that Constitution; those questions are for those consideration of the courts of the state, and their decision of them is final. The 5th Amendment to the Constitution of the United States is not restrictive of state, but only of national, action." (...) "Municipal corporations are political subdivisions of the state, created as convenient agencies for exercising such of the governmental powers of the state as may be entrusted to them.... The number, nature, and duration of the powers conferred upon these corporations and the territory over which they shall be exercised rests in the absolute discretion of the state." (...) "The state, therefore, at its pleasure, may modify or withdraw all such powers, may take without compensation such property, hold it itself, or vest it in other agencies, expand or contract the territorial area, unite the whole or a part of it with another municipality, repeal the charter and destroy the corporation. All this may be done, conditionally or unconditionally, with or without the consent of the citizens, or even against their protest. In all these respects the state is supreme, and its legislative body, conforming its action to the state Constitution, may do as it will, unrestrained by any provision of the Constitution of the United States." (U.S. Supreme Court, *Hunter v. City of Pittsburg*, 1907).

¹³"In the absence of state constitutional provisions safeguarding it to them, municipalities have no inherent right of self-government which is beyond the legislative control of the state, but are merely departments of the state, with powers and privileges such as the state has seen fit to grant, held and exercised subject to its sovereign will" (*Trenton v. New Jersey*, 1923).

¹⁴ Segundo a *National League of Cities* dos atuais 50 Estados norte-americanos, 40 adotam a *Dillon's Rule* e 10 adotam o *Home Rule*.

Não há necessidade em aprofundar a questão aqui, bastando a descrição sumária das concepções rivais acerca da matéria nos EUA e as mencionadas decisões paradigmáticas para auxiliar na compreensão da situação político-jurídica dos entes municipais no constitucionalismo brasileiro, seja pelas aparentes origens históricas do regime municipal instaurado no Brasil em 1988 – que parece guardar relações com o constitucionalismo estadunidense –, seja pela análise de semelhanças e diferenças entre o federalismo norte-americano e o federalismo brasileiro, o que se passa a fazer no tópico seguinte.

4.O NEOFEDERALISMO, O *HOME RULE* BRASILEIRO E OS IMPACTOS SOBRE O PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Parte da doutrina utiliza o termo neofederalismo para descrever arranjos federais ou federativos que não se enquadram no modelo clássico do federalismo dual clássico do século XIX, tais como os arquetípicos modelos norte-americano e suíço. De fato, os arranjos de tipo federativo adquiriram novas configurações ao longo dos últimos dois séculos e, nesse processo, a Constituição da República de 1988 estabeleceu no Brasil precisamente um regime de autonomia subnacional que parece passível de ser designado como neofederalista.

Antes de se examinar o peculiar federalismo brasileiro de 1988 convém examinar, ainda que brevemente, alguns pontos centrais acerca do desenvolvimento da autonomia das coletividades territoriais subnacionais em nível local – expressão esta aqui entendida como municipal e, por conseguinte, contraposta a estadual, como já ressaltado anteriormente.

O primeiro aspecto a ser recordado acerca do regime jurídico municipal no Brasil é que já no período colonial, ainda quando inexistente qualquer órgão representativo em nível de capitania, se verifica alguma representação política municipal, por meio das câmaras de vereadores, à época entendidas como corporações não-territoriais e informadas por uma mescla de funções executivas, administrativas, legislativas e judiciárias, por recepção do direito português, como já registrado (TRIGUEIRO, 1980).

Este elemento histórico é importante, pois evidencia que a tradição de autonomia municipalista antecede a própria tradição de autonomia estadual no Brasil, bem como evidencia que o *direito histórico* ao autogoverno (TRIGUEIRO, 1980), normalmente considerado inaplicável aos Estados em federação formada por segregação, como a brasileira, pode eventualmente ser plausivelmente invocado pelos municípios que não apenas antecedem historicamente a federação e os Estados, como antecedem a própria *polity*, ou seja, o próprio Estado brasileiro que surge em 1822, remontando ao período colonial.

Com a independência do Brasil relativamente à ex-metrópole portuguesa, a primeira constituição brasileira, em 1824, manteve a instituição das câmaras municipais eletivas, e previu a edição de uma lei orgânica de cunho nacional para estabelecer o regime jurídico dos municípios de todo o país, lei esta que veio a ser editada pelo legislativo nacional em 1828. Ou seja, sob o império, uma lei orgânica nacional regulava as municipalidades.

Com a proclamação da república em 1889 e a adoção pela legislação revolucionária da forma de estado federal, mantida pela Constituição de 1891, foram transformadas as vinte províncias então existentes em Estados (art. 1º). A primeira carta republicana brasileira adotou ainda o sistema constitucional dúplice – *two tiered system* –, criando o poder constituinte derivado decorrente, ao prever a elaboração de constituições estaduais em seu artigo 63.

No que diz respeito aos municípios, tal carta foi lacônica (TRIGUEIRO, 1980), por influência do paradigma estadunidense, tendo sido a matéria relegada a leis orgânicas, desta feita estaduais, que estabeleceriam, na maioria esmagadora dos Estados brasileiros, as bases do regime jurídico municipal. Ou seja, com o advento da ordem republicana, o regime jurídico dos municípios saiu da esfera de competência nacional, passando à esfera de competência estadual, e leis orgânicas estaduais passaram a ditar o regime jurídico das municipalidades, substituindo a antiga lei orgânica nacional, o que ocorreu em 18 Estados dos 20 originais.

Da tendência predominante de editarem-se apartaram-se apenas dois Estados, a saber, o Rio Grande do Sul e Santa Catarina, que adotaram o que o TRIGUEIRO (1980) denomina de “sistema de cartas”, inspirado, segundo ele, no regime jurídico municipal adotado pelos Estados norte-americanos do Missouri (1875), California (1879) e Washington (1889). O referido sistema de cartas catarinense-gaúcho nada mais é do que aquilo que, nos Estados unidos, se denominava *Home rule*, ou seja, um sistema inspirado na *Cooley Doctrine* nascida em na Suprema Corte de Michigan, como visto em tópico anterior, e que prestigia o autogoverno local, ou seja, a autonomia subestadual.

Assim verificou-se naqueles dois Estados federados, ainda nos primórdios da república e do federalismo nacionais, uma experiência singular: em lugar de uma “lei orgânica” nacional, como ocorrera sob a carta imperial de 1824, e de uma “lei orgânica” estadual, como ocorreu na maioria esmagadora dos recém-criados Estados brasileiros, no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina os municípios foram autorizados a adotarem eles mesmos suas “cartas” municipais, posteriormente denominadas leis orgânicas.¹⁵

Nota-se aqui que a terminologia – lei orgânica – remonta ao império e foi mantida na república velha, e que os dois retrocitados Estados federados adotaram, na prática, algo que parece ter se inspirado no *Home rule* americano, uma vez que aquele sistema constitucional sabidamente constituiu o principal paradigma para o Direito Constitucional brasileiro após a proclamação da república.

De 1934 a 1988 o Direito Constitucional federal promoveu um inexorável processo de uniformização dos entes subnacionais, incluídos os municípios, não apenas impondo uma uniformidade de denominação de órgãos subnacionais, como também estabelecendo cada vez mais normas de preordenação institucional (ARAÚJO, 2009), deixando uma margem cada vez menor de efetiva autonomia aos municípios em termos de auto-organização.

Além disso, tal processo foi paralelo à criação e ampliação de hipóteses de

¹⁵ Ou seja, ao que parece a denominação atual é, ainda, derivada do termo alcunhado no período imperial, mas de uma norma geral nacional e, posteriormente estadual, passou a significar, mais tarde, uma norma jurídica local editada pelo legislativo do próprio município, expressão de sua autonomia política.

intervenção estadual nos municípios, à extensão aos municípios de vedações constitucionais originalmente dirigidas a outros entes da federação, ao condicionamento da criação de novos municípios ao preenchimento de diversos requisitos, à inclusão dos municípios na repartição de competências tributárias, entre outros (TRIGUEIRO, 1980).

Com a redemocratização, o constituinte de 1986-1988 inovou profundamente na matéria. O fato mais relevante para análise do problema que ora se examina radica na inclusão, entre os entes federativos, dos municípios, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal (Constituição da República de 1988, art. 1º, art. 25, art. 29 a 30, ADCT, art. 11 e § único), adotando o que a doutrina brasileira convencionou chamar de federalismo de segundo grau (ALMEIDA, 2004), embora sem explorar em maior profundidade, de modo geral, o significado e as consequências da inclusão dos municípios na federação, que não é típica de um federalismo clássico (LEVINSON, 2012).

Esse modelo neofederal evidentemente aparta-se de modelos federais mais clássicos que, em geral, são compreendidos como uma associação de Estados, províncias, *Länders* ou Cantões, ou seja, de subdivisões territoriais *primárias* do Estado, e não assim de municípios, comunas, cidades ou condados e outros. Não corresponde ao federalismo clássico ser compreendido como tendo um pacto federativo compreensivo de divisões territoriais secundárias ou até mesmo terciárias e quaternárias, conforme o tipo de organização territorial adotado, tampouco existindo correspondência necessária entre a forma de Estado federal e subnacional (TRIGUEIRO, 1980).¹⁶

Ao que parece, a carta política brasileira de 1988 estabeleceu um neofederalismo ao incluir na federação coletividades territoriais subnacionais secundárias – no sentido de serem subdivisões políticas das entidades territoriais primárias, os Estados –, quais sejam,

¹⁶De fato, o autor observa que uma federação pode ser composta por Estados-membros unitários, não havendo correspondência necessária entre a organização territorial descentralizada adotada em nível federal com a organização territorial – centralizada ou descentralizada – adotada em nível estadual. De fato, uma federação pode ser uma federação de federações em casos como o brasileiro – em que não só os municípios são subdivisões territoriais dos Estados, mas em que também os Estados-membros podem ser plausivelmente compreendidos como federações de municípios ou uma federação de Estados-membros que são Estados unitários. E pode, ainda, caracterizar-se como uma federação de Estados federais e unitários, como nos Estados Unidos.

os municípios – e estabelecendo para estes um regime jurídico muito próximo ao das demais entidades subnacionais, como se verá em maior detalhe no tópico a seguir.¹⁷

Além disso, ao determinar que os municípios fossem regidos por *leis orgânicas* aprovadas de acordo com procedimento legislativo agravado constitucionalmente estabelecido e em prazo constitucionalmente determinado (art. 29 *caput* da CRFB/88 e art. 11, parágrafo único, do ADCT), ao estabelecer competências próprias e assegurar seu livre exercício (art. 30), vedando a intervenção federal ou estadual no âmbito dos municípios (art. 35) e dotando os municípios de garantias de integridade territorial similares às dos demais entes federativos subnacionais (art. 18 § 4º), parece ser possível concluir que a Constituição de 1988 promoveu a federalização do “regime de cartas” (que poderia ser alcunhado de “*home rule* brasileiro”), talvez por inspiração direta nos protótipos gaúcho e catarinense já mencionados (TRIGUEIRO, 1980).¹⁸

Independentemente da confirmação da hipótese aventada, parece plausível defender a concepção segundo a qual a República brasileira atual é um Estado federal constituído de vinte e seis subestados federais federados e de um subestado unitário (dada a vedação de subdivisão do Distrito Federal em municípios estatuída pelo art. 32 CF/88). Ou seja, nesta perspectiva, cada um dos vinte e seis Estados da federação são federações de municípios, por determinação constitucional originária (arts. 29 e 30). O Distrito Federal, por sua vez, seria o único ente territorial subnacional primário que se caracterizaria como um Estado unitário por expressa determinação constitucional (art. 32), como já registrado, existindo ainda outros 5570 subestados unitários locais – os municípios – uma vez que,

¹⁷ Como observa Sanford Levinson, “‘federalism’ as a legal concept almost always involves states, *not* localities. So what one repeatedly sees is the concentration of power in *state* legislatures and governments to the severe detriment of major cities (and other areas) of the state. (...) *Federalism has nothing whatsoever to do with acceptance of the principle of ‘home rule,’* which is is decidedly *not* a constitutionally recognized principle, even if some state constitutions do acknowledge the principle as a way of limiting the power of state governments over localities.” (LEVINSON, 2012, pp. 198-8-199).

¹⁸ As pesquisas inicialmente realizadas pelos autores nos anais da Assembleia Nacional Constituinte foram inconclusivas, até o momento, sobre a eventual fonte de inspiração de se conferir tal espécie de autonomia aos municípios, não tendo sido possível até o momento da conclusão do presente artigo confirmar a hipótese que, no entanto, parece bastante plausível.

politicamente, não se subdividem.¹⁹

Essa configuração decorrente do neofederalismo de 1988 traduz-se em uma situação de pluralismo constitucional (SGARBOSSA, 2019) em que coexistem ou convivem uma superconstituição (GINSBURG; POSNER, 2010)²⁰ e vinte e seis ou vinte e sete subconstituições primárias, consistentes nas constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal²¹ e ainda, se reconhecida a natureza constitucional das leis orgânicas municipais, 5570 constituições ou cartas municipais, subordinadas as últimas aos princípios das duas primeiras (art. 29 *caput* da CF/88).²²

Importante ressaltar que o acerto dessa conclusão poderia evidenciar que o neofederalismo brasileiro não se baseia apenas em um *two tiered constitutional system* (GINSBURG; POSNER, 2010), mas, na realidade, significaria a existência de um sistema constitucional tríplice, com três ordens constitucionais – federal, estadual/distrital e municipal –, distinto da maioria das experiências federais e federo-regionais, e assemelhando-se ao menos parcialmente a outras experiências neofederais como a Argentina.

Apesar de tudo, uma conclusão mais robusta sobre a plausibilidade de tal compreensão do peculiar arranjo federativo brasileiro reclama um exame comparativo

¹⁹ Não sendo cabível confundir autonomia política com mera desconcentração administrativa que pode se traduzir por diversas subdivisões menores para variados fins.

²⁰ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que não é mais unitextual, mas que também é integrada pelos atos decorrentes do § 3º de seu art. 5º, que ostentam caráter constitucional, a saber, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo de 2007 (Decreto Legislativo n. 186/2008 e Decreto n. 6969/2009), o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para as Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou Outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso de 2013 (Decreto Legislativo n. 261/2015 e Decreto n. 8522/2018) e, mais recentemente, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância de 2013 (Decreto Legislativo n. 01/2021 e Decreto n. 10.932/2022).

²¹ De acordo com a visão atualmente predominante na doutrina e na jurisprudência do STF, a LODF seria uma semiconstituição, uma vez que aquele ente federativo *sui generis* absorve competências de Estado e município, inclusive constituintes e legislativas, e que só teriam natureza constitucional as disposições da LODF que fossem equivalentes a normas constitucionais estaduais, em decorrência do caráter híbrido do direito distrital (art. 32 § 1º e Súmula 642 STF).

²² Na Argentina, após a reforma constitucional de 1994 à Constituição de 1853, que entre outras coisas dotou a Cidade Autônoma de Buenos Aires de uma constituição própria e independente da carta da província homônima, parte da doutrina passou a sustentar a existência de um poder constituinte de terceiro grau (CABA) e até de quarto grau (municípios) (HERNANDEZ, 2008). Evidentemente tal concepção pode ser objeto de críticas por autores que a considerem de tendência panconstitucionalista.

entre o regime jurídico estabelecido pelo constituinte para os entes subnacionais secundários – municípios – e os entes subnacionais primários – Estados e Distrito Federal – o que se busca fazer no próximo tópico. Sua análise crítica será feita ao final do presente estudo.

5. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O MUNICÍPIO E OS DEMAIS ENTES TERRITORIAIS AUTONÔMOS NO BRASIL

Uma comparação entre o regime jurídico dos entes subnacionais primários e secundários no país pode ser elucidativa sobre a natureza constitucional das leis orgânicas municipais. O itinerário do presente tópico começa pela análise das leis básicas dos entes federativos à luz dos conceitos doutrinários de constituição. Depois, se desenvolve pela análise comparativa de outros aspectos relativos à organização das entidades subnacionais e de suas competências e autonomia.

Inicialmente faz-se necessário analisar se as constituições subnacionais brasileiras, assim compreendidas as constituições estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal, se enquadram no conceito predominante de constituição na doutrina atual para, após, realizar a mesma análise no que diz respeito às leis orgânicas municipais.

De fato, como é sabido, historicamente rivalizam os conceitos material e formal de constituição (CANOTILHO, 2003). Por meio da análise das constituições subnacionais e das leis orgânicas brasileiras será possível averiguar se, pelo conteúdo e pelos procedimentos de criação e/ou reforma estatuídos pelo constituinte originário federal, referidas normas são passíveis de serem subsumidas em um dos dois conceitos, ou em ambos.

Com efeito, a análise comparativa dos conteúdos das constituições estaduais e das leis orgânicas do Distrito Federal e dos municípios revela que todas estas normas organizam o ente estatal que regem, disciplinam seus órgãos e poderes, as relações entre estes, assim como, em sua maioria, possuem princípios e, não raro, normas estabelecedoras de direitos públicos subjetivos. Em outras palavras, a análise comparativa do conteúdo

material veiculado pelas referidas normas subnacionais revelam tratar-se de normas que organizam o subestado e limitam seu poder, por meio de técnicas variadas, tais como a separação de poderes e o estabelecimento de direitos subjetivos, parecendo plausível considerá-las como constituições em um sentido material (SANTOS; SOUZA, 2013).²³

Resta, assim, analisar se restam caracterizadas, também, como constituições em sentido formal, examinando-se sua posição hierárquica no ordenamento bem como os requisitos formais para sua criação e/ou reforma, que aqui se tomam como equivalentes diante do princípio do paralelismo das formas.

Quanto ao aspecto da posição hierárquica assumida pelas normas em análise no ordenamento constitucional brasileiro parece ser necessário reconhecer que tanto as constituições estaduais quanto as leis orgânicas do Distrito Federal e dos municípios parecem constituir as normas máximas dentro do ordenamento jurídico parcial que estabelecem, mas não como normas supremas. Todas as normas básicas referidas são as normas superiores do sistema jurídico parcial – estadual, distrital ou municipal –, encontrando-se acima de todas as demais espécies normativas daquele sistema, mas não são normas *supremas*, uma vez que se encontram subordinadas à carta federal pelo menos no que se refere a seus princípios (arts. 25, 29 e 32 CRFB/88).

Essa constatação parece levar a uma entre duas situações possíveis: adotando-se um conceito estrito de constituição como norma marcada pelo traço da supremacia, nenhuma dessas normas fundantes subnacionais poderiam ser consideradas constituições. Por outro lado, adotando-se um conceito menos restritivo de constituição, substituindo-se o critério da supremacia pelo da supralegalidade, poder-se-ia considerar tratarem-se, todas, de normas constitucionais, pois todas as constituições estaduais e leis orgânicas – distrital e municipais – são supralegais nos subsistemas que fundam e integram.

Note-se que quanto às cartas estaduais, apesar de sujeitas aos princípios da

²³ Com efeito, a análise comparativa das 26 Constituições estaduais e da LODF evidencia que tais subconstituições mimetizam em grande medida a Constituição Federal, reproduzindo em maior ou menor medida a estrutura e os conteúdos daquela, com as adaptações necessárias e inovações pontuais. Uma análise similar das Leis Orgânicas Municipais, feita por amostragem a partir das 26 capitais, evidencia algo similar em termos de conteúdo, dentro de certos limites.

Constituição Federal, a subordinação aos princípios desta não foi considerada nem pelo constituinte nem pela doutrina e jurisprudência uma característica suficiente a infirmar sua natureza constitucional. Tal constatação parece solapar a tese da dupla subordinação, pois não há razão robusta o suficiente para criar a distinção entre a subordinação a uma ou a duas ordens constitucionais superiores, especialmente se se restringe a princípios, de modo que a solução razoável parece ser estender a compreensão da natureza constitucional às leis fundamentais municipais do que recusá-la às constituições estaduais e à LODF.

Examinado o aspecto relativo à posição hierárquica, faz-se necessário investigar ainda o requisito formal da imodificabilidade relativa ou rigidez, e, novamente, o exame dos procedimentos de criação e/ou emendamento evidencia que tanto as constituições estaduais quanto as leis orgânicas do DF e dos municípios encontram-se sujeitas a procedimentos legislativos especiais e agravados no direito brasileiro.²⁴

Sabidamente a Constituição Federal exige para seu emendamento aprovação por maioria qualificada de três quintos dos votos em dois turnos de votação em cada casa do Congresso e ainda sujeita o exercício do poder de reforma constitucional a diversos limites materiais e circunstanciais (CF/ art. 60 e §§), tais como iniciativa restrita e outros.

A despeito da ausência de critérios formais preestabelecidos pelo constituinte originário federal para a criação e/ou emendamento das cartas estaduais (art. 25 da CRFB/88), o exame comparativo das vinte e seis constituições estaduais criadas a partir de 1989 (ADCT, art. 11) revela que estas cartas tendem, em sua totalidade, a mimetizar – embora com as adaptações inevitáveis – o mesmo procedimento, sujeitando-se assim as emendas estaduais a aprovação por maioria qualificada de três quintos dos votos dos deputados da Assembleia Legislativa em dois turnos de votação, existindo ainda numerosos limites circunstanciais e alguns limites materiais subnacionais.²⁵

²⁴ Embora tanto o art. 29, *caput*, quanto o art. 32, *caput*, estabeleçam literalmente apenas os requisitos formais para a criação das leis orgânicas municipais e distrital, por força do princípio do paralelismo das formas acabam por preestabelecer os requisitos mínimos de emendamento, uma vez que em regra um ato jurídico somente pode ser modificado por meio dos mesmos requisitos formais exigidos para sua prática.

²⁵ Sobre o tema conferir SGARBOSSA e SILVA (2020) O modelo federal de emendamento, de observância obrigatória para os Estados segundo a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, necessariamente precisa ser adaptado diante do unicameralismo subnacional mandatário estabelecido pela própria constituição federal

Quanto ao particular, o exame das normas fundantes dos demais entes territoriais subnacionais brasileiros evidenciam que às leis orgânicas municipais e distrital é constitucionalmente prescrito um procedimento legislativo especial, pois abidamente estabelece a carta federal, em ambos os casos, dois turnos de votação no órgão legislativo competente – câmara de vereadores ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, respectivamente – com interstício de 10 dias entre cada votação, com aprovação da proposta por maioria qualificada de dois terços dos votos (CF/88 art. 29 *caput* e art. 32 *caput*)²⁶. Note-se que o procedimento estabelecido pelo constituinte originário federal é idêntico para todas as leis orgânicas, municipais e distrital – ou seja, que no particular o constituinte não estabeleceu qualquer distinção entre o Distrito Federal e os municípios (SANTOS; SOUZA, 2013).²⁷

Os resultados da análise brevemente sintetizada evidenciam que também do ponto de vista formal parecem estar preenchidos os requisitos para que *todas* as normas mencionadas, inclusive as leis orgânicas municipais, sejam consideradas normas constitucionais, uma vez que se revestem dos clássicos atributos da supralegalidade e da imodificabilidade relativa (DANTAS, 2016), enfatizando-se que se a sujeição a outra norma for considerada impeditiva a tal caracterização tanto a doutrina quanto a jurisprudência que reconhecem natureza constitucional às cartas estaduais teriam que ser revistas – pois estas estão sujeitas à Constituição Federal por disposição expressa desta –

(art. 27 CF/88). Tentativas de inovação na matéria de emendamento das cartas estaduais tendem a ser fulminadas com invalidade inconstitucional pela Suprema Corte brasileira, tal como a elevação do quórum de 3/5 para 4/5 com alteração da redação do § 2º do art. 62 da Constituição do Estado do Espírito Santo pela Emenda Constitucional n. 14 de 03.12.1998, declarada inconstitucional pelo STF em 1997 (ADI 486-7) da relatoria do então Ministro Celso de Mello. Para um amplo estudo acerca do princípio da simetria na jurisprudência daquele tribunal conferir ARAÚJO (2009).

²⁶ Observe-se que 2/3 é a maior maioria existente na carta federal, superior mesmo à das emendas constitucionais federais, que é de 3/5, como registrado.

²⁷ Como um reforço necessário à rigidez e supremacia, referidas normas são guarnecidas, ainda, de mecanismos político-judiciais de controle de constitucionalidade, como se verá melhor adiante. No caso das normas constitucionais federal, estadual e do Distrito Federal, controle judicial de constitucionalidade difuso e abstrato e outros mecanismos de caráter político e de competência do Congresso Nacional, do Senado, ou ainda das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa distrital. No caso das leis orgânicas municipais, diversamente, mecanismos judiciais que atualmente são entendidos como mero controle de legalidade, feito difusamente e *in concreto* apenas, por conseguinte, e, ainda, controles políticos exercidos notadamente pelas câmaras municipais, como se verá melhor no item conclusivo deste artigo.

art. 25 –, não sendo supremas em um sentido estrito, mas somente no ordenamento parcial que originam.

Antes da conclusão do presente tópico, cabem algumas observações finais quanto às semelhanças e diferenças no regime jurídico dos diversos entes subnacionais locais brasileiros de primeiro – Estados e DF – e segundo grau – municípios. No que tange à organização municipal, nota-se que os entes federados de segundo grau no Brasil gozam, por disposições estabelecidas pelo próprio constituinte federal, de autonomia política, administrativa, financeira e tributária (art. 29, 30, 37, 39, 144 § 8º, 145, 156, 158, 159 CF), diversamente do que ocorre em outros sistemas político-jurídicos, como o estadunidense, no qual, como visto, todas as competências não atribuídas à União nem vedadas aos Estados cabem aos últimos.²⁸

De todos os aspectos mencionados, cabe frisar que os municípios brasileiros gozam de competências legislativas e materiais próprias, igualmente estabelecidas pela própria constituição, (CF art. 30), no que se distinguem de diversas entidades similares responsáveis pelo governo local nos EUA e na Europa.²⁹

A organização municipal é determinada basicamente por normas constitucionais federais de preordenação institucional que integram o direito municipal (PIRES, 2020), ostentando traços de semelhança e de diferença para com os demais entes territoriais. Assim, diversamente do que ocorre com União e Estados, os municípios não adotam a tripartição de poderes, mas uma bipartição de poderes, possuindo apenas legislativo e executivo, mas não judiciário próprio na atual ordem constitucional (CF arts. 29, I e IV)³⁰.

²⁸ Ou seja, tratam-se dois modelos bastante distintos de distribuição de competências entre os entes federativos os encontrados na Constituição da Filadélfia e na atual Constituição brasileira. A primeira enumera os poderes federais e reserva todos os demais aos Estados; ao passo que a segunda, diversamente, enumera os poderes federais e *municipais* e reserva os remanescentes aos Estados. Este é um dos elementos que torna inadmissível entre nós a adoção de uma doutrina similar àquela que se encontra na base da *Dillon's Doctrine* encampada pela Suprema Corte norte-americana.

²⁹ Nos EUA entende-se, como visto, que os poderes de municipalidades e condados são delegados pelo constituinte ou legislador estadual. Na Europa existem arranjos nos quais os municípios sequer possuem competências legislativas, tal como ocorre na Itália, por exemplo, em que as competências legislativas cabem apenas aos legislativos nacional e regional, mas não provincial nem comunal.

³⁰ Nesse aspecto o Distrito Federal apresenta uma situação peculiar, na medida em que embora formalmente possua um judiciário próprio, cujo órgão de cúpula é o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,

Ainda no âmbito da organização dos poderes, o legislativo municipal, exercido pelas câmaras municipais, é unicameral (art. 29, IV), em situação simétrica relativamente à organização daquele poder no âmbito dos Estados e Distrito Federal (arts. 27 e 32) e assimétrica relativamente ao legislativo federal bicameral. Novamente constata-se, aqui, uma similitude relevante no tratamento constitucional de Estados e municípios, uma vez que o constituinte federal originário impingiu a todos os entes subnacionais legislativo unicameral, sem distinção no particular entre entes primários e secundários.

Por fim, observa-se que princípio da integridade territorial, na versão adotada pela CRFB/88 para os Estados e DF aplica-se, com diferenças mínimas, aos municípios, sendo extremamente similar o regime jurídico de uns e outros conforme se percebe da análise comparativa dos §§ 3º e 4º do art. 18, como já examinado acima, podendo-se dizer o mesmo quanto à intervenção estadual, uma vez que os arts. 34 e 35 da CRFB/88 tratam entes subnacionais primários e secundários de maneira muito similar (SANTOS; SOUZA, 2013).

Todos os aspectos aqui brevemente examinados evidenciam que embora existam diferenças de organização, competência e garantias de autonomia, parecem sobressair-se as semelhanças, sendo muito similar o regime jurídico dos Estados e DF, de um lado, e dos municípios, de outro, estabelecido pelo constituinte federal originário. Para um exame acurado da questão cabe fazer um ensaio de aplicação de uma teoria bastante atual do federalismo que pode ser reveladora, o que se fará no próximo tópico.

6. ANÁLISE DO CONTROVERTIDO CONSTITUCIONALISMO MUNICIPAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DINÂMICA DO FEDERALISMO DE POPELIER

A adequada compreensão do efetivo grau de autonomia conferido às entidades subnacionais de diferentes graus na federação brasileira parece ser essencial para

este é organizado e mantido pela União (art. 21, XIII da CF/88), e regido pela Lei federal n. 11.697 de 13.06.2008. Nota-se significativa similitude entre o regime jurídico-constitucional dos municípios e do Distrito Federal.

corroborar ou infirmar a hipótese que considera possível reconhecer a existência de um Direito Constitucional municipal no Brasil. Por tal razão o presente tópico exporá os subsídios proporcionados por uma inovadora teoria do federalismo, formulada com vistas a indicar a amplitude do espaço reservado às entidades subnacionais em Estados federais e federo-regionais, a saber, a denominada Teoria Dinâmica do Federalismo, formulada por Patrícia Popelier.

A partir de uma fundamentada crítica às concepções tradicionais acerca do federalismo, nas quais certas características tradicionalmente associadas a este são concebidas como traços definidores, Patrícia Popelier (2021) propõe uma nova compreensão que possibilite uma visão mais adequada do federalismo na contemporaneidade. Tal teoria passa perscrutar as características federativas de um Estado não mais a partir de tais definições preestabelecidas, mas, contrariamente as trata como simples indicadores que permitiriam mensurar o grau de autonomia de entidades subnacionais.

Partindo da premissa de que o federalismo compreende as dimensões da autonomia e da coesão, a autora constrói índices de mensuração de ambas, a partir dos quais é possível distinguir graus que permitem diferenciar um subconstitucionalismo fraco ou forte, considerando-se tanto a amplitude material e procedimental da autonomia de entes subnacionais quanto o grau de exigências de uniformidade ou homogeneidade presentes em dado sistema constitucional.

Na Teoria Dinâmica do Federalismo as constituições nacionais são concebidas como normas que materialmente contêm elementos de identidade, organização da autoridade pública, direitos fundamentais, estruturas representativas, princípios de política e que, formalmente, ostentam caráter supralegal e rígido. As subconstituições ou constituições subnacionais, por sua vez, embora possam contemplar elementos análogos, tendem a ser limitadas em todos ou alguns desses componentes(POPELIER, 2021).³¹

³¹ Segundo a autora, as constituições subnacionais podem ser compreendidas como documentos fundamentais dos entes subnacionais que estabelecem normas básicas protegidas sobre identidade subnacional, estruturas

A teoria da pesquisadora belga parte de dois indicadores de autonomia subnacional – um de caráter material e outro de caráter procedimental – e de um indicador de coesão de caráter misto. O índice de autonomia material contempla seis *scores* – de 0 a 5 –, que aumentam à medida que aumenta a autonomia. O índice de autonomia procedimental contempla cinco *scores* – de 0 a 4 – que também aumenta conforme aumenta a autonomia do ente subnacional. Por fim, o índice de coesão contempla seis *scores* – de 0 a 6 – que aumentam conforme aumentam as exigências de homogeneidade³² e os mecanismos de controle das mesmas (POPELIER, 2021).

Sem aprofundar mais na exposição da teoria elaborada por Popelier, para nossos fins cabe aplicar aos municípios brasileiros seus critérios de mensuração de autonomia a partir do regime estabelecido na Constituição Federal de 1988, para que se possa aclarar melhor o grau de autonomia dos referidos entes subnacionais e a natureza constitucional ou meramente legal das leis orgânicas municipais.

A aplicação dos indicadores elaborados por Popelier às leis orgânicas municipais no Brasil demonstra que, quanto à autonomia municipal em termos de conteúdo material, o *score* daquelas normas é 4, sendo plausível considerar que o município brasileiro se revela capaz de elaborar arranjos substanciais em algumas ou não-substanciais em todas as 5 dimensões mencionadas.³³ Esse *score* parece ser o mesmo obtido pelas constituições

representativas, organização de poderes, direitos fundamentais e/ou princípios de políticas e requerem aprovação popular ou dos representantes da entidade subnacional (POPELIER, 2021).

³² Quanto ao índice de autonomia material, os escores mais baixos são reservados para situações de ausência completa de autonomia subnacional (escore 0) e capacidade do ente subnacional de elaborar de arranjos não-substanciais em algumas das cinco dimensões mencionadas (escore 1), ao passo que os mais altos contemplam situações em que a entidade subnacional revela-se capaz de elaborar arranjos substanciais em todas as cinco dimensões (escore 5). O índice de autonomia procedimental, por sua vez, vai desde escores baixos reservados para situações como aquelas em que a entidade subnacional é incapaz de adotar uma constituição própria (0) ou tem a possibilidade de fazê-lo sob poder de veto discricionário do poder central (1) até situações em que referido ente é capaz de adotar uma constituição própria sem interferência central e de acordo com seus próprios procedimentos (escore 5). O índice de coesão, por sua vez, contempla desde situações em que não há sequer *homogeneity* ou *uniformity clause* (escore 0) até situações em que há um controle central automático *ex ante* de uniformidade ou homogeneidade (escore 5), passando por situações intermediárias, como a da existência de um controle central de provocado *ex post* (escores 2 ou 3). Para maiores detalhes, conferir POPELIER (2021).

³³ Os indicadores da *Dynamic Theory of Federalism* de Popelier foram aplicados às Leis Orgânicas Municipais por um critério de amostragem, tendo sido selecionadas as LOM's das vinte e seis capitais como representativas do conteúdo médio daquelas normas básicas das entidades subnacionais locais.

estaduais e pela LODF.

Essa conclusão decorre do fato de que embora haja diversas normas de preordenação constitucional acerca da conformação do ente municipal, estes ainda são parecem possuir uma considerável margem de liberdade de conformação em algumas matérias, como aquelas de interesse local, ou uma pequena margem de liberdade de conformação em outras, como organização de seus poderes.

Quanto à aplicação indicador de autonomia procedimental às LOMs brasileiras, o *score* é 3, uma vez que o ente subnacional municipal revela-se capaz de adotar sua própria norma básica sem interferência central mas de acordo com procedimentos centralmente determinados.³⁴

Tal conclusão decorre especialmente do teor do art. 29 da Constituição Federal, que estabelece critérios mínimos para a elaboração das cartas municipais e, conseqüentemente, para seu emendamento, notadamente a exigência de dois turnos de votação, o interstício mínimo de dez dias entre ambas, e a aprovação por maioria qualificada de dois terços dos membros da Câmara Municipal, bem como sua promulgação por esta.³⁵

Por fim, a aplicação do indicador de uniformidade ou coesão às LOMs revela um escore 2 nesse aspecto³⁶, uma vez que aquelas normas estão sujeitas à observância de uma *homogeneity* ou *uniformity clause* e esta pode ser fiscalizada por uma autoridade central *ex post* mediante provocação e/ou em hipóteses específicas. Esse é o mesmo escore, no particular, de Estados e do DF.

Tal conclusão decorre do fato de que o mesmo art. 29 que preestabelece critérios formais para exercício da autonomia municipal de estabelecer sua própria lei orgânica

³⁴ Este constitui um dos poucos pontos de diferença entre a autonomia procedimental de Estados e de municípios, pois o art. 25 da CRFB/88 não estatui procedimentos preestabelecidos, de modo que *em princípio* a autonomia estadual nesse aspecto receberia o *score* 4 (máximo). Pode-se indagar, por outro lado, até que ponto a jurisprudência do STF preconizando estrita simetria do processo de emendamento das constituições subnacionais relativamente ao emendamento da carta federal poderia afetar tal conclusão preliminar, aproximando na prática Estados e municípios também neste aspecto.

³⁵ Não se fazem presentes aqui elementos como a vedação de adotar a própria lei fundamental (*score* 0), ou capacidade de fazê-lo sob veto central discricionário (*score* 1) ou condição suspensiva de análise por órgão central (*score* 2).

³⁶ Recorde-se que neste indicador, inversamente aos dois anteriores, quanto menor o *score* menores as exigências de uniformidade, indo a pontuação de 0 a 5.

estatui, *in fine*, uma *homogeneity clause* genérica, ao submeter a LOM à observância de princípios estabelecidos nas constituições federal e estadual, sem especificá-los. Decorre, também, da existência em nosso sistema de algumas espécies de controle de observância, notadamente os controles difusos e abstratos de constitucionalidade, e institutos como a intervenção federal e estadual, mas todos provocados *ex post* ou cabíveis apenas em hipóteses específicas.³⁷

Uma constatação relevante a ser sublinhada é a de que o grau de autonomia municipal no sistema constitucional brasileiro atual não difere substancialmente daquele ostentado pelos demais entes federativos, ou seja, Estados e Distrito Federal, embora se aproxime mais deste.³⁸

A análise comparativa revela que os Estados podem ser considerados como obtendo um escore de autonomia material igual a 4, de autonomia procedimental igual a 4 e de homogeneidade igual a 2. Quanto ao Distrito Federal, o escore de autonomia material é 4, o de autonomia procedimental é 3 e o de homogeneidade é 2. Como se percebe, a análise evidencia que os entes federativos locais se encontram em uma situação extremamente similar aos dos Estados (coincidindo nos indicadores de autonomia material e de homogeneidade e diferindo discretamente no de autonomia formal) e idêntico ao do DF, o que, por sua vez, parece indicar que a inclusão dos municípios na federação – arts. 1º, 18 e outros da Constituição Federal – revela-se operativa, e não meramente simbólica, dada a

³⁷ Sabidamente em nosso sistema a legislação municipal encontra-se sujeita a controle de constitucionalidade pela via difusa, como regra, e excepcionalmente pela via concentrada seja perante o Tribunal de Justiça – art. 25 c/c art. 125 § 2º da CF/88 – seja perante o próprio STF via ADPF – art. 102 § 1º da CF/88 c/c art. 1º § ún, I, da Lei n. 9.882/99, dependendo, assim, de provocação. Também hipóteses de intervenção estadual – como regra – e federal – como exceção – podem eventualmente ser consideradas como controles *ex post* das cláusulas de uniformidade ou homogeneidade nas LOMs, a última circunscrita, evidentemente, à hipótese atualmente inexistente de município situado em território federal – arts. 34 a 36 da CF/88). No caso do instituto da intervenção como garantia da homogeneidade, cabe apenas em hipóteses específicas, previstas na carta federal ou estadual. Inexiste, aqui, controle de observância da cláusula de uniformidade ou homogeneidade pela autoridade central *ex ante* provocado ou em hipóteses específicas (escore 3), tampouco controle central automático *ex post* (escore 4) ou *ex ante* (escore 5).

³⁸ Uma das diferenças notáveis já mencionadas é a ausência de predeterminação pelo constituinte federal de procedimentos formais para adoção das constituições estaduais no art. 25, diversamente do que ocorre com os municípios e com o Distrito Federal nos artigos 29 e 32 respectivamente, o que confere ao primeiro um escore maior apenas no indicador que mensura a autonomia procedimental.

similitude de regime jurídico-constitucional de todos os entes subnacionais.

As numerosas normas de preordenação institucional e a regulação bastante minuciosa da organização municipal pelo constituinte federal em normas constitucionais como as estabelecidas nos art. 29 I a XIV, no art. 29-A, I a VI e §§ 1º a 3º, no art. 30, I a IX, bem como no art. 31, todos da carta federal, poderia lançar dúvidas sobre o acerto de tal conclusão.

Deve-se observar, no entanto, que um grau similar de normas de preordenação institucional foi estabelecido sobre os demais entes federativos subnacionais, a exemplo do contido nos artigos 25 a 28 e 32 da carta federal, de modo que tampouco neste aspecto o regime jurídico-constitucional dos municípios parece ser substancialmente diferente daquele dos Estados e do DF. Cabe observar ainda que um exame das constituições estaduais revela ter o constituinte dos Estados sido mais contido em dispor sobre os municípios comparativamente ao federal, provavelmente até mesmo em função da garantia federal de autonomia aos municípios.

A conclusão do presente tópico corrobora a impressão inicial no sentido de que a distinção ainda mantida entre constituições estaduais e LODF, de um lado, e LOMs, de outro, quanto à sua natureza constitucional ou legal, parece ser em grande medida baseada mais em critérios nominais do que em aspectos relevantes relativos à autonomia e à coesão, apartando-se das mais modernas concepções em termos de federalismo.

Antes de encerrar o presente tópico faz-se necessária uma observação conclusiva relevante. Deve-se observar que a literatura mais contemporânea considera que mesmo estados unitários descentralizados – tais como os Estados regionais ou autonômicos, especialmente os integrais – podem ter um grau de autonomia que permite que os estatutos de autonomia de regiões ou comunidades autônomas possam ser considerados como ostentando natureza constitucional, mesmo estando sujeitos a aprovação por autoridades centrais, como no caso da Itália e da Espanha.

Desse modo, se a literatura mais atualizada em campos como o Direito e a Ciência Política tende a reconhecer natureza constitucional a tais normas, a despeito da

denominação adotada pela constituição – Estado unitário e estatutos de autonomia –, insistir em critérios nominalistas para manter uma distinção artificial entre leis orgânicas municipais e normas muito similares de outros entes federativos pode constituir uma orientação equivocada.

Examinado o tema que é objeto do presente estudo a partir das concepções e tendências mais recentes no estudo do federalismo, cabe, conclusivamente, fazer algumas reflexões sobre as características e as possibilidades de um controle de constitucionalidade municipal, caso se avance, futuramente, para um entendimento doutrinário e jurisprudencial renovado na matéria.

7. MUNICÍPIO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: POSSIBILIDADES DE UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MUNICIPAL

Após todos os aspectos já explorados, resta apenas realizar algumas reflexões de caráter conclusivo sobre as possibilidades de controle de constitucionalidade em âmbito municipal, considerando-se a situação peculiar daquele ente federativo, notadamente a ausência de competência expressa para legislar sobre processo e procedimento (art. 22, I e 24, XI, da CRFB) e a ausência de um poder judiciário próprio (arts. 29 I e IV da CRFB/88).

Como se sabe, o Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade duplamente misto, na medida em que embora predominantemente judicial, possui elementos recessivos de controle político³⁹, e na medida em que, ao mesmo tempo, o controle judicial difuso combina-se com o controle abstrato pela via das ações diretas.

Nesse complexo sistema marcado por ecleticidade, os atos normativos municipais sempre estiveram sujeitos a peculiaridades em termos do controle de sua legitimidade

³⁹ Os autores do presente estudo não se filiam ao entendimento que vislumbra controle político nos exemplos doutrinários tradicionais – veto executivo e atividade das comissões de constituição do legislativo –, especialmente em função do caráter não terminativo de ambos. No entanto, as figuras da resolução suspensiva do Senado Federal – art. 52 X da CF/88 – e da sustação de atos exorbitantes do poder regulamentar ou da delegação legislativa – art. 49, V da CF/88 – parecem corresponder especificamente a elementos políticos de controle de constitucionalidade, no primeiro caso vinculado a controle judicial, no segundo caso realizado de maneira autônoma pelo legislativo, embora de rara utilização, por diversas razões que exorbitam o escopo deste estudo.

constitucional seja em face da carta federal, seja da estadual. Assim, seu controle de constitucionalidade em face da carta federal realizava-se em princípio apenas pela via difusa e concreta (art. 97 e SV n. 10, arts. 948 e 949 CPC/2015, art. 52, X CRFB/88, Súmula n. 642/STF), até o advento da Lei n. 9.882/98 que, ao regulamentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, criou a possibilidade excepcional de controle abstrato pela Suprema Corte de direito municipal (art. 1º, parágrafo único, I).

O direito municipal também tradicionalmente encontra-se sujeito a controle de constitucionalidade em face das constituições estaduais, seja pela via difusa e concreta, seja por meio de ações diretas estaduais (representações de inconstitucionalidade) de competência dos Tribunais de Justiça (art. 25 c/c 125 § 2º da CF/88), além de sujeito ao controle por meio do instituto da intervenção estadual (art. 35, I a IV CF/88) e, excepcionalmente, da intervenção federal, se situados em território federal (art. 35, *caput*, da CRFB/88), hipótese atualmente inexistente, mas passível de existir no futuro.

Há que se observar, ainda, que embora a jurisprudência da suprema corte brasileira considere inconstitucional a prática adotada por alguns constituintes estaduais de criar uma hipótese residual de controle abstrato por parte dos Tribunais de Justiça em caso afronta à Constituição Federal por direito municipal⁴⁰, há hipótese residual no que diz respeito às normas constitucionais federais de repetição obrigatória, ainda que no silêncio do constituinte estadual, ou, ainda, na ocorrência de norma constitucional estadual de caráter remissivo à carta federal.⁴¹

Por fim, eventual conflito entre lei ordinária municipal e LOM, considerada questão de legalidade e não de constitucionalidade pela doutrina e jurisprudência majoritárias (SANTOS; SOUZA, 2013), se resolve no direito brasileiro tradicionalmente por meio dos mecanismos normais de controle de legalidade, pela justiça comum estadual, em regra, em

⁴⁰ Quanto à inconstitucionalidade da criação de hipótese peculiar de controle abstrato do direito municipal por afronta à CRFB/88 no âmbito da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, conferir as seguintes decisões: ADI 409/RS (2002), ADI 347-0/SP (2006), ADI 508-9/MG (2014). Sobre o tema conferir SGARBOSSA; IENSUE (2014).

⁴¹ Sobre o tema, conferir as recentes ADI 5646/SE (2019) e 5647 /AP (2021), ambas ajuizadas pelo Procurador Geral de Justiça com base no estudo de SGARBOSSA e IENSUE (2014).

via difusa e concreta, em função da adoção do sistema unitário de controle judicial de legalidade (PIZZORUSSO, 1998) ou modelo anglo-americano pelo sistema jurídico pátrio.

Diante do quadro ora narrado, resta indagar se, na hipótese uma futura evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido da admissão da natureza constitucional das LOM's, as peculiaridades institucionais do município – notadamente ausência de judiciário próprio e falta de competência para legislar sobre processo e mesmo sobre procedimento – constituiriam óbice intransponível à criação de mecanismos apropriados de controle de constitucionalidade.

Primeiramente deve-se observar que a ausência de competência expressa para legislar sobre processo – eis que esta é privativa da União nos termos do art. 22, I da CRFB/88 – e mesmo sobre procedimento – competência esta concorrente entre União, Estados e DF, nos termos do art. 24, XI – dificulta, mas não impede a criação de um controle municipal de constitucionalidade. Haveria alternativas possíveis, tais como a aplicação por analogia dos procedimentos federais prescritos nas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99. A aplicação analógica de leis processuais é solução adotada por diversos Tribunais de Justiça no processo e julgamento de ADIs estaduais e pelo próprio STF em certas ocasiões.⁴²

Adicionalmente deve-se considerar que as competências legislativas privativa e suplementar (art. 30, I e II da CRFB), ao permitirem ao legislador municipal legislar sobre assuntos de interesse local e, principalmente, suplementar a legislação federal e estadual, abrem um âmbito hermenêutico para, por meio de uma interpretação constitucionalmente adequada, munir o ente municipal das necessárias competências legislativas para regular eventuais procedimentos de controle de constitucionalidade local.

Acrescente-se que constitui competência material ou político-administrativa comum dos entes da federação, incluídos os municípios, o zelo pela guarda da Constituição e das leis, nos termos do art. 23, I, da CRFB/88. O argumento de que a constituição, ao estabelecer fins, concede implicitamente os meios encontra-se presente no Direito

⁴² Sabidamente até o advento da Lei n. 13.300 de 23.06.2016, a suprema corte brasileira e outros tribunais adotavam o procedimento do mandado de segurança nos processos de mandado de injunção.

Constitucional Comparado, sendo o fundamento da célebre doutrina dos *implied powers* acatada pela Suprema Corte dos EUA a partir de *McCulloch v. Maryland* (1819).

Assim, não parece absurdo sustentar uma interpretação sistemática, baseada no princípio da unidade da constituição (CANOTILHO, 2003), segundo a qual a carta de 1988 concederia, implicitamente, as competências legislativas necessárias ao exercício de sua competência material, inclusive aquelas relativas à guarda da constituição e das leis. Essa seria uma construção hermenêutica possível a partir da leitura combinada ao art. 23, I com o art. 30, I e II da CRFB/88.

Ademais, deve-se observar que em nosso sistema não se pressupõe necessariamente que o controle de constitucionalidade seja realizado por órgão do mesmo ente do qual emanou a norma constitucional violada. Assim, no âmbito do controle difuso, por exemplo, juízes e tribunais estaduais realizam o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais tendo como parâmetro a constituição federal.

Ou seja, nesse caso a defesa da carta federal é feita por órgãos judiciais estaduais, tendo por objeto normas do mesmo ente federativo ou de ente diverso (municípios). Note-se que aqui nem o objeto nem o parâmetro precisam ser estaduais. Do mesmo modo, os conflitos entre leis municipais para com LOM, entendidos como controle de legalidade, como sabido, são resolvidos pelo judiciário estadual, que absorve todas as competências que não sejam da justiça da União.

Assim, ao que parece nem a ausência de competência municipal expressa para legislar sobre processo e procedimento nem a ausência de um poder judiciário próprio constituiriam óbices absolutos para se cogitar da criação de mecanismos aptos à defesa da ordem constitucional municipal em face do direito municipal, uma vez que a defesa da ordem constitucional municipal, se reconhecida, poderia ser exercida pelo poder judiciário dos Estados.

Há uma reflexão final relevante para explorar as possibilidades de estabelecimento de um controle de constitucionalidade no âmbito do próprio município, a despeito das restrições constitucionais mencionadas. Sabidamente os sistemas judiciais de controle de

constitucionalidade rivalizam com os sistemas políticos e a última solução foi adotada, por exemplo, pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS e, contemporaneamente, pela República Francesa, por meio do Conselho Constitucional estabelecido pelo Título VII – arts. 56 a 63 – da Carta de 1958.

A História Constitucional e o Direito Constitucional Comparado evidenciam, por conseguinte, que onde ou quando, por qualquer razão, não seja possível adotar-se controle judicial de constitucionalidade resta – ao menos teoricamente – a possibilidade de um controle político, seja por meio da criação de um órgão especializado, como um conselho constitucional ou órgão similar, seja por meio da atribuição de competências de controle político de constitucionalidade a um dos órgãos não-judiciais existentes.

Então, em tese, se afigura possível, mesmo na ausência um poder judiciário local, a possibilidade de criação de um controle de constitucionalidade municipal de tipo não-jurisdicional, ainda que sujeito a controle judicial posterior, nos limites do compatível com a autonomia municipal, de um lado e com a inafastabilidade da jurisdição, de outro (art. 5º, XXXV da CRFB/88).⁴³

Para finalizar, registre-se que já se encontram formas limitadas e embrionárias de controle político de constitucionalidade em nível municipal, previstas em diversas leis orgânicas municipais, claramente inspiradas em paradigmas federais aqui já mencionados – a saber, resolução suspensiva do Senado Federal (art. 52, X) e o instituto da sustação de atos executivos exorbitantes do poder regulamentar ou da delegação legislativa (art. 49, V). Isso resta evidenciado por um exame comparativo feito por amostragem com base nas LOM's de algumas capitais de todas as regiões do país.

Na região norte, por exemplo, a Lei Orgânica Municipal de Manaus prevê a

⁴³ Note-se que a despeito de uma uniformização extrema do direito subnacional levada a cabo não apenas por normas princípios constitucionais estabelecidos, princípios constitucionais sensíveis, normas de preordenação institucional, princípios constitucionais extensíveis e, no âmbito destes, de uma aplicação que se reputa por vezes exagerada do princípio da simetria pela suprema corte brasileira, esta sinaliza em tempos recentes, ainda que discretamente, um desenvolvimento um pouco mais respeitoso para com autonomias constitucionais dos entes subnacionais. Confira-se, por exemplo, o teor das ementas e do voto do relator na recente ADI 5676/ (2019) em comparação com o teor das ementas e votos das ADIs precedentes em matéria de controle abstrato do direito municipal pelos TJ's tendo por parâmetro da carta federal.

sustação, pela Câmara Municipal, dos atos normativos do executivo exorbitantes do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 23, VI). O mesmo fazem, na região nordeste, a LOM do Recife (art. 23, XVIII), na região sudeste, a LOM do Rio de Janeiro (art. 45, X), na região centro-oeste, a LOM de Campo Grande (art. 23, VIII) e na região sul, a LOM de Curitiba (art. 20, XIX).⁴⁴

Por outro lado, a análise comparativa das leis orgânicas das capitais revela a existência de uma instituição equivalente à resolução suspensiva do senado em nível local, também de competência da Câmara Municipal. Diversas leis orgânicas prevêm a competência do legislativo local para suspender ato normativo local declarado infringente da LOM por decisão judicial definitiva (LOM do Recife, art. 23, XVII), ou declarada inconstitucional por decisão definitiva do TJ (LOM do Rio de Janeiro, art. 45, XI, LOM de Campo Grande, art. 23, XVI).⁴⁵

Esses exemplos demonstram que, embora de forma tímida e residual, constata-se já existirem formas embrionárias de controle político de constitucionalidade em nível

⁴⁴ LOM do Recife: “Art. 23 - Compete privativamente à Câmara Municipal: (...) XVII - suspender, no todo ou em parte, a execução de qualquer ato normativo municipal que haja sido, por decisão definitiva do Poder Judiciário, declarado infringente desta Lei Orgânica; XVIII - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.” LOM do Rio de Janeiro: “Art. 45 - É da competência exclusiva da Câmara Municipal: (...) X - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegações legislativas; XI - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei municipal declarada inconstitucional por decisão definitiva do Tribunal de Justiça do Estado;”. LOM de Campo Grande: “Art. 23. É da competência exclusiva da Câmara Municipal: (...) VIII - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (...) XVI - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei municipal declarada inconstitucional, por decisão do Tribunal de Justiça do Estado;”. LOM de Curitiba: “Art. 20 Compete privativamente à Câmara Municipal: (...) XIX - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar.”

⁴⁵ Ressalve-se que a resolução suspensiva da Câmara Municipal de lei declarada inconstitucional ou incompatível com a LOM, conforme a disciplina de cada LOM, somente poderá se referir ao controle difuso, e não ao abstrato, segundo a jurisprudência do STF. Nesse sentido, confira-se o RE 199.293-0/SP (2004), em que restou declarado inconstitucional o § 3º do art. 90 da Constituição paulista, e, muito mais recentemente, a ADI 5548/PE (2021), em que restou declarado inconstitucional o § 3º do art. 63 da Constituição pernambucana, que previa resolução suspensiva da Assembleia Legislativa após a decisão da ação direta de inconstitucionalidade estadual pelo TJPE. A última decisão é particularmente relevante porque entende inconstitucional a resolução suspensiva subnacional apenas em caso de controle abstrato, ou seja, em sede de ação direta, e versa, ainda, sobre a possibilidade de controle abstrato pelo TJ de ADI ajuizada contra lei municipal tendo como parâmetro a LOM (art. 61, I, “I”, da carta pernambucana), que findou por ser, igualmente, julgado inconstitucional. Referida ADI também foi proposta pela PGR com base em SGARBOSSA e IENSUE (2014), assim como as ADIs 5646 e 5647, retrocitadas.

municipal, consistindo na mimetização, por processo de difusão vertical-descendente (*top-down*) típica do federalismo e do subconstitucionalismo brasileiros (COUTO; ABSHER-BELLON, 2018), de instituições constitucionais federais pelo constituinte estadual, o que demonstra que a cogitação de criação de um sistema local de controle político de constitucionalidade não é tão inusitada quanto possa parecer à primeira vista.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do Direito Constitucional municipal no Brasil é complexo e controverso, mas reveste-se de importância teórico-prática e merece ser objeto de uma reflexão acadêmica aprofundada. O exame das teses clássicas na discussão do problema parece revelar, ao fim e ao cabo, que a resistência em reconhecer um constitucionalismo municipal em nosso sistema radica mais em questões de tradição do pensamento jurídico estabelecido – seja ele doutrinário, seja jurisprudencial –, na autoridade do entendimento sufragado pelo STF e em questões nominais do que em aspectos substantivos.

Como se viu ao longo do presente estudo, o neofederalismo brasileiro ostenta traços muito peculiares, distinguindo-se profundamente, em aspectos cruciais, de federalismos clássicos como o estadunidense. As profundas diferenças que tornam inaplicável aqui a doutrina subjacente ao *Dillon's Rule* parece ter surgido a partir da constitucionalização de um *Home Rule* brasileiro em 1988, possivelmente baseado nos sistemas de cartas adotados pelos constituintes catarinense e gaúcho na República Velha.

A constitucionalização de algo similar à *Cooley Doctrine* em 1988 cria o neofederalismo pátrio, permitindo uma interpretação segundo a qual a república federativa do Brasil é, principalmente, uma federação de federações. Nesta ótica, cada Estado-federado é uma federação de municípios, e estes, assim como o Distrito Federal são, por sua vez, subestados unitários.

Tal peculiar arranjo institucional impacta fortemente o pluralismo constitucional, compreendido como covigência de uma ordem constitucional total com diversas ordens constitucionais subnacionais, por criar não apenas um sistema federal dúplice, mas um

sistema constitucional tríplice, se forma pelo menos em parte semelhante a outras neofederações, como a Argentina.

A análise comparativa do regime jurídico-constitucional do município com os demais entes federativos subnacionais revela, por sua vez, um grau extremamente relevante de similitude, com mínimas variações, em aspectos cruciais como competências próprias, autonomia, garantias de integridade territorial e regime de intervenção, em tudo sobressaindo as semelhanças, podendo-se afirmar que o constituinte originário conferiu aos municípios um regime jurídico quase-estadual, como visto.

A aplicação da Teoria Dinâmica do Federalismo de Popelier às entidades subnacionais locais brasileiras, por sua vez, permitiram comparar os *scores* dos municípios com os Estados e o DF, tanto na dimensão da autonomia quanto na dimensão da coesão, por meio dos indicadores examinados. Nesse aspecto, novamente, o resultado foi muito similar, corroborando empiricamente a similitude evidenciada na comparação entre os entes.

Por fim, o exame dos problemas de um controle de constitucionalidade municipal evidenciou diversas possibilidades de solução dos problemas impostos pela ausência de competência expressa para os entes subnacionais secundários legislarem sobre processo ou procedimento quanto pela ausência de um poder judiciário municipal.

Como visto, há soluções desde a aplicação analógica da legislação federal reguladora do processo constitucional até a interpretação que conduziria ao reconhecimento de poderes implícitos dos municípios a partir da interpretação conjugada do art. 23, I com o art. 30, I e II, todos da CRFB/88. Por fim, além da desnecessidade de que o controle seja realizado por órgão do mesmo ente cujas normas são parâmetro ou objeto do controle de constitucionalidade, soluções de controle político seriam imagináveis, conforme demonstra o Direito Constitucional Comparado. Aliás, foi possível demonstrar, a partir de uma breve análise por amostragem das LOMs das capitais, já existir, em todas as regiões do país, instituições embrionárias de controle político de constitucionalidade em nível municipal, consubstanciadas em institutos inspirados na

resolução suspensiva federal e na sustação pelo legislativo de atos exorbitantes do poder regulamentar do executivo ou da delegação legislativa.

9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. D. M. de. Atividade constituinte nos estados e nos municípios. pp. 143-171. **Revista Jurídica “9 de Julho”**, São Paulo, n. 3, pp. 65-85, 2004.

ARAÚJO, M. L. C. de. **Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional & Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTO, C. G.; G. L. ABSHER-BELLON . Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 52 (2): 321-344, mar.-abr. 2018.

CREVELD, M. V. **Ascensão e Declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DANTAS, I. **Constituição & Processo: Direito Processual Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

FRUG, G. E. *The City As a Legal Concept*. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 6, abr./1980, pp. 1057-1154.

GINSBURG, T.; POSNER, E. A. *Subconstitutionalism*. **Stanford Law Review**, 2010, v. 62, n. 6, pp. 1583-1628.

HERNÁNDEZ, A. M. *El federalismo argentino*. In: HERNÁNDEZ, A. M. (org.). **Derecho Público Provincial**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008, pp. 53-111.

HIRSCHL, R. **City, State, Constitutionalism and the Megacity**. New York: Oxford University Press, 2020.

LEONCY, L. F. **Controle de Constitucionalidade Estadual: As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MADDEX, R. L. **State Constitutions of United States**. Washington: Congressional

Quarterly, 1998.

MARSHFIELD, J. L. *Models of Subnational Constitutionalism*. **Penn State Law Review**, CXV(4), 2011, pp. 1151-1198.

PEREIRA, S. T. **Devido Processo Substantivo**. Florianópolis: Conceito, 2008.

PIRES, T. M. **Curso de Direito Constitucional Estadual e Distrital: a organização dos Estados e do Distrito Federal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PIZZORUSSO, A. *Sistemi Giuridici Comparati*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1998.

PEPELIER, P. *Dynamic Federalism: A New Theory for Cohesion and Regional Autonomy*. Abingdon: Routledge, 2021.

RICHARDSON JR., J. J. *Dillon's Rule is from Mars, Home Rule is from Venus: Local Government Autonomy and the Rules of Statutory Construction*. **Publius: The Journal of Federalism**, v. 41, n. 4, Out. 2011, pp. 662-685.

ROJAS, D. A. B. *Introducción al Derecho Constitucional Estatal Estadounidense*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2005.

SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de. Poder Constituinte Derivado Decorrente dos Municípios: uma análise fundamentada nos princípios federativo e da simetria. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 8, n. 1, 1º quadrimestre de 2013, pp. 394-415.

SARLET, I. W.; SGARBOSSA, L. F. Direitos e garantias fundamentais estaduais: um olhar sobre a Alemanha e os Estados Unidos da América. *In*: SGARBOSSA, L.F.; ARAÚJO, M. L. C. de. **Direitos Fundamentais Estaduais e constitucionalismo subnacional**. Recife: Editora Publius, 2022, pp.

SGARBOSSA, L. F. Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático. *In*: BOLONHA, C.; LIZIERO, L.; SEPÚLVEDA, A. (orgs.). **Federalismo: desafios contemporâneos**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, pp. 53-72.

SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. Normas constitucionais inconstitucionais na Federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF. *In*: CAZZARO, K. **Reflexões Teóricas sobre Direito Material e Processual**. Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014, pp. 375-406.

SGARBOSSA, L. F.; SILVA, I. C. Emendas às Constituições Estaduais no Brasil:

panorama comparativo das 27 subconstituições brasileiras quanto à emendabilidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, 2020, vol. 13, n. 23, pp. 119-164, jul./dez. 2020.

TRIGUEIRO, O. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

WEBER, M. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2004.

Data da submissão: 07/06/2022

Data da primeira avaliação: 20/06/2022

Data da segunda avaliação: 27/09/2022

Data da aprovação: 10/02/2023