

ARGUMENTA

Journal Law

Nº 46 (MAI/AGO 2025)

E - ISSN 2317-3882



ARGUMENTA JOURNAL LAW

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Campus de Jacarezinho
Centro de Ciências Sociais Aplicadas
Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro
Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL
Tel.: +55 43 3511 4350 e +55 43 3511 4354
Site: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta>
argumenta@uenp.edu.br

EDITORES

Fernando de Brito Alves

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – Brasil

Jairo Néia Lima

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – Brasil

ASSESSORIA TÉCNICA

Maria Natalina Costa



FINANCIADA PELO



FICHA CATALOGRÁFICA

Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), n. 46 – maio / agosto 2025 – Jacarezinho. CDU 34(05) CDDir 340

As idéias emitidas nos artigos são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte. Pede-se permuta. Exchange is solicited. Piedese canje. Si prega l' ntercambio.



COORDENAÇÃO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA / CCSA-CJ-UENP

Vladimir Brega Filho

Universidade Estadual do Norte do Paraná / Jacarezinho – Brasil

LINHA EDITORIAL

1 – Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça

2 - Função Política do Direito e Teorias da Constituição

3 – Direitos e Vulnerabilidades

CONSELHO EDITORIAL

Celso Ludwig

Universidade Federal do Paraná
Curitiba – Paraná – Brasil

Gilberto Giacoia

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho –Paraná – Brasil

Mario Frota

Universidade do Porto
Porto - Portugal

Oswaldo Giacoia Júnior

Universidade Estadual de Campinas
Campinas – São Paulo – Brasil

Vladimir Brega Filho

Universidade Estadual do
V.Norte do Paraná
Jacarezinho – Paraná – Brasil

Josefa Muñoz Ruiz

Universidade de Murcia
Murcia – Espanha

Àngel Cobacho López

Universidade de Murcia
Murcia – Espanha

Mario Alberto Pedrosa dos Reis Marques

Universidade de Coimbra - Portugal

Zulmar Fachin

Universidade Estadual de Londrina
Londrina – Paraná - Brasil

Paulo Nogueira da Costa

Universidade de Lisboa - Portugal

Gregório Assagra de Almeida

Universidade de Itaúna
Itaúna – Minas Gerais – Brasil

Jean Carlos Dias

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém – Pará – Brasil

Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira

Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul
Paranaíba – MS – Brasil

Cassius Guimarães Chai

Universidade Federal do Maranhão
São Luis – MA - Brasil

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – Brasil

Samuel Rodríguez Ferrández

Universidade de Murcia
Murcia - Espanha

Dirceu Pereira Siqueira

UniCesumar
Maringá - PR – Brasil

CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória
Vitória – ES - Brasil

Antonio Sergio Cordeiro Piedade
Universidade Federal do Mato Grosso
Cuiabá – Brasil

Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro – RJ - Brasil

Mario Lucio Garcez Calil
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Paranaíba – MS - Brasil

Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Inst. Brasiliense de Direito Público
Brasília – DF – Brasil

Rogério Filippetto de Oliveira
Pontifícia Univ. Católica de Minas Gerais
Belo Horizonte – MG - Brasil

Carla Bertoncini
Faculdades Integradas de Ourinhos
Ourinhos – SP – Brasil

Gelson Amaro de Souza
Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – PR - Brasil

Ricardo Pinha Alonso
Faculdades Integradas de Ourinhos
Ourinhos – SP – Brasil

Renato Bernardi
Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – PR - Brasil

Sergio Tibiriça Amaral
Fac. Integradas Antônio Eufrásio de Toledo
Presidente Prudente - SP - Brasil

José Eduardo Lourenço dos Santos
Centro Universitário Eurípedes de Marília
Marília –SP – Brasil

Leonel Pires Ohlweiler
Universidade Luterana do Brasil
Canoas – RS – Brasil

Marcelo Alves Pereira Eufrazio
Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas
Campina Grande – PB – Brasil

Rafael Zelesco Barretto
Universidade Presbiteriana Mackenzie
São Paulo – SP -Brasil

Jairo Neia Lima
Universidade Est. do Norte do Paraná (UENP)
Jacarezinho – PR - Brasil

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Tribunal Regional do Trabalho
Macau - RN – Brasil

Clóvis Marinho de Barros
Universidade Federal de Sergipe
São Cristóvão – SE - Brasil

Flavia Danielle Santiago Lima
Universidade Católica De Pernambuco
Recife – PE – Brasil

Maria Lírída Calou de Araújo e Mendonça
Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Fortaleza – CE - Brasil

Daniel Oitaven Pamponet Miguel
Faculdade de Direito da UFBA
Salvador - BA – Brasil

Rogério Montai de Lima
Universidade Federal de Rondônia
Rolim de Moura - RO - Brasil

Regina Vera Villas Bôas
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil

Luana Renostro Heinen
Fundação Universidade Regional de Blumenau
(FURB) - Blumenau - SC –Brasil

José Guilherme Wady Santos
Estácio Fcat – Faculdade de Castanhal
Castanhal - PA – Brasil

Tiago Cappi Janini
Centro Universitário Salesiano São Paulo
Lorena - SP - Brasil

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Campo Grande – MS - Brasil

Arthur Ramos do Nascimento
Universidade Federal da Grande Dourados
Dourados – MS - Brasil

Álvaro dos Santos Maciel
Universidade Veiga de Almeida – UVA
Rio de Janeiro - RJ – Brasil

Natalina Stamile
Universidade de Bergamo
Bergamo - Itália

Naima Worm
Universidade Federal do Tocantins,
Campi Palmas Palmas – TO - Brasil

José Mário Wanderley Gomes Neto
Universidade Católica de Pernambuco
Recife - PE - Brasil

Rafael Gomiero Pitta
UNICEPLAC -Centro Universitário
Brasília – DF

Luziane de Figueiredo Simão Leal
Universidade do Estado do Amazonas
Boca do Acre - AM

Alisson Melo
Centro Universitário 7 de Setembro
Fortaleza - CE - Brasil

Aloizio Lima Barbosa
Universidade Federal de Pernambuco
Recife - PE - Brasil

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis
Universidade Estadual de Campinas
Campinas, SP - Brasil

André Viana Custódio
Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC
Santa Cruz do Sul - RS - Brasil

Bruno De Oliveira Rodrigues
Universidade Federal do Amazonas (UFAM)
Manaus - AM - Brasil

Carina Barbosa Gouvêa
Universidade Federal de Pernambuco
Recife - PE - Brasil

Vinny Pellegrino Pedro
Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras
Carlos Queiroz-OAPEC
Santa Cruz do Rio Pardo – SP - Brasil

Danilo Lovisaro Do Nascimento
Universidade Federal do Acre
Rio Branco - AC - Brasil

Deilton Ribeiro Brasil
Universidade de Itaúna (UIT)
Itaúna - MG - Brasil

Felipe Da Veiga Dias
Atitus Educação
Passo Fundo - RS - Brasil

Ione Da Silva Cunha Nogueira
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Três Lagoas, MS - Brasil

Leonardo Monteiro Crespo De Almeida
Universidade Católica de Pernambuco -
UNICAP / Recife, PE - Brasil

Mario Cesar Andrade
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/MG
Governador Valadares, MG - Brasil

José Mauro Garboza Junior
Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – PR - Brasil

Samia Moda Cirino
Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – PR - Brasil

Luiz Gustavo Boiam Pancotti
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Paranaíba – MS – Brasil

José Alexandre Ricciadi Sbizera
Faculdades Londrina
Londrina – PR - Brasil

Marcelo Miguel Conrado
Universidade Federal do Paraná
Curitiba – PR – Brasil

SUMÁRIO

O REI DA ESPANHA: DECORATIVO OU MODERADOR? Guilherme de Faria NICASTRO Vidal Serrano NUNES JÚNIOR	15
A PESSOA ADJETIVADA. INTERPRETAÇÕES DOS PROBLEMAS SEMÂNTICOS DO CONCEITO SOB UMA PERSPECTIVA SINTAGMÁTICA Helga LELL	59
A TRIPLA DIMENSÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES: FORMAL, SUBSTANCIAL E PROSPECTIVA Raphael Rego Borges RIBEIRO	81
MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS EM COMUNIDADES VULNERÁVEIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DE NECROPOLÍTICA DE MBEMBE E DO GARANTISMO DE FERRAJOLI Bruno Mesquita BRAGA Monica Mota TASSIGNY Andrea Bezerra de Melo Girão MOTA	139
A AUTONOMIA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS PARA A AUTONORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CONTROLE EXTRAJUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE Luciano Cesar CASAROTTI Valter Moura do CARMO	161
O CESARISMO DE ESTADO NO BRASIL DE 2017: O lugar da hermenêutica constitucional Vinícius Alves SCHERCH Vinício Carrilho MARTINEZ	189
A VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL NO MUNICÍPIO AMAZÔNICO DE BOA VISTA - RORAIMA: ANÁLISE DA DELIMITAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PELO CÓDIGO AMBIENTAL MUNICIPAL DE 2024 Beatriz Berta Gomes dos SANTOS Gabriela Mesquita de SOUZA Sheila Karolayne França SILVA Wanderson Pereira de JESUS Zedequias de OLIVEIRA JÚNIOR	209
LIMITES PARA A COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO DAS CORTES INTERNACIONAIS QUANTO À DECISÕES JURISDICIONAIS Francisco Emilio BALEOTTI Daniela Hruschka BAHDUR	241

DESENVOLVIMENTO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE
CONTRIBUTIVA

Cintya Maria Nishimura DURÃES
Maria de Fátima RIBEIRO
Elaine Cristina Sotelo FACHINI

265

DAS RUAS AO PROCESSO PENAL: O PAPEL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO (E CNMP) NO CONTROLE DA LEGALIDADE DAS
ABORDAGENS POLICIAIS

Flavia Danielle Santiago LIMA
Anne Beatriz Pimentel de ARRUDA

283

A INFLUÊNCIA DE BUTLER NA TERCEIRA ONDA DO
FEMINISMO

Livia BRIOSCHI
Elda Coelho de Azevedo BUSSINGUER

319

ÍNDICE MEXICANO DE IGUALDAD INTERSECCIONAL (IMI):
LECCIONES ONU-UE Y PROPUESTA PARA MÉXICO

Rogelio Lopez SANCHEZ
Nailea CONTRERAS

339

VIOLÊNCIA SEXUAL COMO FORMA DE TORTURA: DESAFIOS
E ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO À LUZ DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Douglas STRACHICINI
Vladia Maria de Moura SOARES

379

SUBSIDIARIEDADE VERTICAL E FEDERALISMO TRINO
BRASILEIRO EM TEMPOS DE COVID-19: COMPETÊNCIAS E
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Betieli da Rosa Sauzem MACHADO
Ricardo HERMANY

411

PRODUÇÃO CIENTÍFICA:
TESES E DISSERTAÇÕES - (Maio/Agosto 2025)

467

AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO

470

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

476

CONTENTS

THE KING OF SPAIN: DECORATIVE OR MODERATOR?

The Moderating Power in the Spanish Constitution of 1978

Guilherme de Faria NICASTRO

Vidal Serrano NUNES JÚNIOR

15

THE ADJECTIVAL PERSON. INTERPRETATIONS ON THE SEMANTIC PROBLEMS OF THE CONCEPT FROM THE SYNTAGMATIC PERSPECTIVE

Helga LELL

59

THE TRIPLE DIMENSION OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF INHERITANCE LAW: FORMAL, SUBSTANTIAL, AND PROSPECTIVE

Raphael Rego Borges RIBEIRO

81

COLLECTIVE SEARCH AND ARREST WARRANTS IN VULNERABLE COMMUNITIES: AN ANALYSIS BASED ON THE CONCEPT OF MBEMBE'S NECROPOLITICS AND FERRAJOLI'S GUARANTEE

Bruno Mesquita BRAGA

Monica Mota TASSIGNY

Andrea Bezerra de Melo Girão MOTA

139

THE AUTONOMY OF STATE PUBLIC PROSECUTORS' OFFICES FOR THE SELF-REGULATION OF THE EXTRAJUDICIAL CONSTITUTIONAL REVIEW PROCEDURE

Luciano Cesar CASAROTTI

Valter Moura do CARMO

161

CAESARISM OF STATE IN BRAZIL IN 2017:

The place of constitutional hermeneutics

Vinícius Alves SCHERCH

Vinício Carrilho MARTINEZ

189

SOCIO-ENVIRONMENTAL VULNERABILITY IN THE AMAZONIAN MUNICIPALITY OF BOA VISTA, RORAIMA: ANALYSIS OF THE DELIMITATION OF PERMANENT PRESERVATION AREAS UNDER THE 2024 MUNICIPAL ENVIRONMENTAL CODE

Beatriz Berta Gomes dos SANTOS

Gabriela Mesquita de SOUZA

Sheila Karolayne França SILVA

Wanderson Pereira de JESUS

Zedequias de OLIVEIRA JÚNIOR

209

LIMITS TO UNDERSTANDING THE ROLE OF INTERNATIONAL COURTS WITH RESPECT TO JUDICIAL DECISIONS

Francisco Emilio BALEOTTI

Daniela Hruschka BAHUR

241

SOCIAL DEVELOPMENT AND THE PRINCIPLE OF CONTRIBUTIVE CAPACITY Cintya Maria Nishimura DURÃES Maria de Fátima RIBEIRO Elaine Cristina Sotelo FACHINI	265
FROM THE STREETS TO CRIMINAL PROCEEDINGS: THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE (AND CNMP) IN CONTROLLING THE LEGALITY OF POLICE STOPS Flavia Danielle Santiago LIMA Anne Beatriz Pimentel de ARRUDA	283
BUTLER'S INFLUENCE IN THIRD-WAVE FEMINISM Livia BRIOSCHI Elda Coelho de Azevedo BUSSINGUER	319
MEXICAN INTERSECTIONAL EQUALITY INDEX (IMI): UN-EU LESSONS AND A PROPOSAL FOR MEXICO Rogelio Lopez SANCHEZ Nailea CONTRERAS	339
SEXUAL VIOLENCE AS A FORM OF TORTURE: CHALLENGES AND STRATEGIES FOR CONFRONTING IT IN LIGHT OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM Douglas STRACHICINI Vladia Maria de Moura SOARES	379
VERTICAL SUBSIDIARITY AND BRAZILIAN TRIUNE FEDERALISM IN TIMES OF COVID-19: COMPETENCIES AND JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES Betieli da Rosa Sauzem MACHADO Ricardo HERMANY	411
SCIENTIFIC PRODUCTION: THESES AND DISSERTATIONS (May/August 2025)	467
AUTHORS WHO PUBLISHED THIS ISSU	470
GUIDELINES FOR SUBMISSION	476

RESUMEN

EL REY DE ESPAÑA: ¿DECORATIVO O MODERADOR?

El Poder Moderador en la Constitución Española de 1978

Guilherme de Faria NICASTRO

Vidal Serrano NUNES JÚNIOR

15

LA PERSONA ADJETIVADA. INTERPRETACIONES DE LOS
PROBLEMAS SEMÁNTICOS DEL CONCEPTO DESDE UNA
PERSPECTIVA SINTAGMÁTICA

Helga LELL

59

LAS TRES DIMENSIONES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA
LEY DE SUCESIONES: FORMAL, SUBSTANCIAL Y PROSPECTIVA

Raphael Rego Borges RIBEIRO

81

GARANTÍAS DE BÚSQUEDA Y DETENCIÓN COLECTIVA EN
COMUNIDADES VULNERABLES: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL
CONCEPTO DE NECROPOLÍTICA DE MBEMBE Y LA GARANTÍA DE
FERRAJOLI

Bruno Mesquita BRAGA

Monica Mota TASSIGNY

Andrea Bezerra de Melo Girão MOTA

139

LA AUTONOMÍA DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS ESTATALES
PARA LA AUTONORMATIVIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE
CONTROL EXTRAJUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Luciano Cesar CASAROTTI

Valter Moura do CARMO

161

CESARISMO DE ESTADO EN BRASIL EN 2017: El lugar de la
hermenéutica constitucional

Vinícius Alves SCHERCH

Vinício Carrilho MARTINEZ

189

LA VULNERABILIDAD SOCIOAMBIENTAL EN EL MUNICIPIO
AMAZÓNICO DE BOA VISTA, RORAIMA: ANÁLISIS DE LA
DELIMITACIÓN DE LAS ÁREAS DE PRESERVACIÓN PERMANENTE
SEGÚN EL CÓDIGO AMBIENTAL MUNICIPAL DE 2024

Beatriz Berta Gomes dos SANTOS

Gabriela Mesquita de SOUZA

Sheila Karolayne França SILVA

Wanderson Pereira de JESUS

Zedequias de OLIVEIRA JÚNIOR

209

LÍMITES PARA COMPRENDER LA ACTUACIÓN DE LAS CORTES
INTERNACIONALES EN RELACIÓN CON LAS DECISIONES
JURISDICCIONALES

Francisco Emilio BALEOTTI

Daniela Hruschka BAHDUR

241

DESARROLLO SOCIAL Y EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Cintya Maria Nishimura DURÃES Maria de Fátima RIBEIRO Elaine Cristina Sotelo FACHINI	265
DE LAS CALLES AL PROCESO PENAL: EL PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS REGISTROS POLICIALES Flavia Danielle Santiago LIMA Anne Beatriz Pimentel de ARRUDA	283
LA INFLUENCIA DE BUTLER EN LA TERCERA OLA DEL FEMINISMO Livia BRIOSCHI Elda Coelho de Azevedo BUSSINGUER	319
ÍNDICE DE IGUALDAD INTERSECCIONAL (IMI) DE MÉXICO: LECCIONES DE LA ONU Y LA UE Y UNA PROPUESTA PARA MÉXICO Rogelio Lopez SANCHEZ Nailea CONTRERAS	339
VIOLENCIA SEXUAL COMO FORMA DE TORTURA: DESAFÍOS Y ESTRATEGIAS DE ENFRENTAMIENTO A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Douglas STRACHICINI Vladia Maria de Moura SOARES	379
SUBSIDIARIEDAD VERTICAL Y FEDERALISMO TRINO BRASILEÑO EN TIEMPOS DE COVID-19: COMPETENCIAS Y JUDICIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD Betieli da Rosa Sauzem MACHADO Ricardo HERMANY	411
PRODUCCIÓN CINETÍFICA: TESIS Y DISERTACIONES (Mayo / Agosto 2025)	467
LOS AUTORES QUE PUBLICAN EN ESTE NÚMERO	470
REGLAS PARA ENVÍO DE TEXTOS	476

EDITORIAL

Há marcos que transcendem a contagem dos anos e que se inscrevem na própria identidade das instituições. Os 25 anos da criação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGD-UENP) representam um desses momentos de consolidação e de projeção. Mais do que um percurso cronológico, trata-se de trajeto intelectual e coletivo que reafirma o compromisso da Universidade com a produção crítica do saber jurídico e formação de juristas sensíveis às transformações sociais, econômicas e culturais do país.

Desde sua criação, o PPGD UENP vem se afirmando como espaço plural de pensamento, aberto ao diálogo entre tradições teóricas e práticas contemporâneas do Direito. O Programa se consolida como ambiente de pesquisa rigorosa e reflexão interdisciplinar, voltado à compreensão do Direito em sua dimensão humana, ética e institucional. Iniciado com o Mestrado e depois ampliado com o Doutorado, tem sido o catalisador de artigos científicos, dissertações e teses que ampliam as fronteiras do conhecimento jurídico e reforçam o papel da Universidade como agente de transformação regional e nacional. Ao celebrar este aniversário, o Programa de Pós-Graduação em Direito da UENP reafirma o valor da pesquisa comprometida com o pluralismo, com a justiça social e com a dignidade da pessoa humana.

A Revista Jurídica Argumenta consolida-se como importante canal para que docentes, discentes, egressos e colaboradores contribuam para a consolidação desse projeto. A cada edição, reafirma o compromisso da UENP com a difusão de uma pesquisa jurídica plural, crítica e conectada aos desafios contemporâneos do Estado Democrático de Direito. Neste volume 46, em seus 14 segmentos, ecoa o itinerário acadêmico e institucional e reafirma sua missão de difundir a produção científica do Programa e de autores oriundos de diversas instituições, nacionais e estrangeiras.

Os mais de trinta autores que escrevem os artigos que compõem este volume dialogam com questões estruturais da teoria e da prática jurídica, transitando entre o constitucionalismo, o controle da legalidade, o direito internacional e a tutela dos direitos humanos. A diversidade de enfoques metodológicos e temáticos reforça a vocação interdisciplinar da revista. O diálogo entre tradição e inovação se evidencia pela variedade de temas abordados,

que ora se centram na análise teórico-constitucional, ora se voltam para temas emergentes.

Ao examinar temas como a autonomia institucional do Ministério Público, os limites da atuação das cortes internacionais e a função da monarquia espanhola, o volume revela um conjunto de reflexões que se complementam na busca por compreender o papel das instituições na preservação da democracia e na efetividade dos direitos fundamentais.

Essa edição discute também o lugar da hermenêutica, analisa a tripla dimensão da constitucionalização do direito das sucessões e pensa criticamente o desenvolvimento social a partir do princípio da capacidade contributiva. Ao mesmo tempo, fomenta o debate sobre igualdade e interseccionalidade e a obrigação de devida diligência no enfrentamento da violência sexual; põe em destaque a análise contextual da vulnerabilidade socioambiental em área amazônica; resalta a influência de Judith Butler na terceira onda do feminismo; e pensa competências e judicialização de políticas públicas de saúde a partir do marco histórico da pandemia do início da década.

Por fim, e considerando a operação no Rio de Janeiro, em outubro de 2025, que levou à morte de 121 pessoas, são importantes os aportes sobre necropolítica, o debate quanto ao conceito de pessoa adjetivada e a discussão do papel do Ministério Público no controle da legalidade das abordagens policiais.

Em conjunto, os textos demonstram maturidade acadêmica e rigor argumentativo, reafirmando esse espaço como veículo de reflexão crítica e produção científica comprometida com a justiça, a equidade e a dignidade humana. Os próximos anos do PPGD e edições futuras da Argumenta deverão ser igualmente férteis em reflexão, inovação e diálogo, honrando a trajetória construída e renovando, a cada passo, o compromisso com a ciência e com a sociedade.

É uma honra subscrever este editorial e me identificar como egressa desse importante programa. Desejo – e antevejo – a todos e todas uma excelente leitura.

Ana Paula Sefrin Saladini
Mestra e Doutora em Ciência Jurídica pela UENP

O REI DA ESPANHA: DECORATIVO OU MODERADOR? O PODER MODERADOR NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

THE KING OF SPAIN: DECORATIVE OR MODERATOR?
THE MODERATING POWER IN THE SPANISH
CONSTITUTION OF 1978

EL REY DE ESPAÑA: ¿DECORATIVO O MODERADOR?
EL PODER MODERADOR EN LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA DE 1978

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Origens do Poder Moderador; 3. A Coroa, “*la Transición*” e a Constituição Espanhola de 1978; 4. O papel do Rei na Constituição Espanhola de 1978; 4.1. Funções gerais do Rei; 4.2. Funções concretas do Rei; 4.2.1. Relação com o Legislativo; 4.2.2. Relação com o Executivo; 4.2.3. Relação com o Judiciário; 4.2.4. Atribuições próprias de Chefe de Estado; 5. Conclusões; Referências.

RESUMO:

A forma monárquica de governo desempenhou um papel central na evolução constitucional europeia e, visando à acomodação e à explicação da figura do Rei no texto constitucional, algumas teorias, como a de Benjamin Constant, se desenvolveram na Europa pós-Revolução Francesa. Constant atribuía aos monarcas as funções de moderador e de árbitro dos poderes políticos ativos, como delegatários de um poder neutro, o chamado Poder Moderador. Ao longo do

Como citar este artigo:
NICASTRO,
Guilherme, NUNES J
ÚNIOR, Vidal. "O Rei
da Espanha: decorativo
ou moderador? O
poder moderador
na Constituição
Espanhola de 1978".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 15-58.

Data da submissão:
06/08/2025

Data da aprovação:
06/10/2025

1. Pontifícia
Universidade Católica
de São Paulo
PUC-SP - Brasil
2. Pontifícia
Universidade Católica
de São Paulo
PUC-SP - Brasil

século XX, contudo, a maior parte das monarquias europeias desapareceu. A Espanha, um país com um processo de redemocratização recente, em sua transição democrática, adotou a Monarquia Constitucional como forma de governo, na contramão desse processo. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar se existe de fato um Poder Moderador na Constituição Espanhola de 1978, bem como quais são as atribuições do Rei da Espanha como seu delegatário e qual o efetivo poder que o Rei da Espanha exerce.

ABSTRACT:

The monarchical form of government played a central role in the constitutional evolution of Europe and, to accommodate and explain the figure of the King in the constitutional text, certain theories, such as that of Benjamin Constant, developed in post-French Revolution Europe. Constant attributed to monarchs the functions of moderator and arbiter of the active political powers, as delegates of a neutral power, the so-called Moderating Power. Throughout the 20th century, however, most European monarchies disappeared. Spain, a country with a recent process of redemocratization, adopted the Constitutional Monarchy as its form of government during its democratic transition, going against this general trend. In this regard, the present paper seeks to analyze whether there truly exists a Moderating Power in the 1978 Spanish Constitution, as well as to identify the King of Spain's attributions as its delegate and to determine the actual power exercised by the Spanish monarch.

RESUMEN:

La forma monárquica de gobierno desempeñó un papel central en la evolución constitucional europea. Con el propósito de acomodar y explicar la figura del Rey en el texto constitucional, se desarrollaron en la Europa posterior a la Revolución Francesa diversas teorías, como la de Benjamin Constant. Constant atribuía a los monarcas las funciones de moderador y árbitro de los poderes políticos activos, en calidad de delegados de un poder neutral, el denominado Poder Moderador. Sin embargo, a lo largo del siglo XX, la mayoría de las monarquías europeas desaparecieron. España, un país con un proceso de redemocratización reciente, adoptó la Monarquía Constitucional como forma de gobierno durante

su transición democrática, a contracorriente de dicho proceso. En este sentido, el presente artículo busca analizar si realmente existe un Poder Moderador en la Constitución Española de 1978, así como cuáles son las atribuciones del Rey de España como su delegado y cuál es el poder efectivo que ejerce el monarca español.

PALAVRAS-CHAVE:

Monarquia Constitucional; Poder Moderador; Constituição Espanhola de 1978; Rei da Espanha; Transição Democrática (*La Transición*); Coroa Espanhola; Chefia de Estado; Separação de Poderes; Prerrogativas Reais.

KEYWORDS:

Constitutional Monarchy; Moderating Power; Spanish Constitution of 1978; King of Spain; Democratic Transition (*La Transición*); Spanish Crown; Head of State; Separation of Powers; Royal Prerogatives.

PALABRAS CLAVE:

Monarquía Constitucional; Poder Moderador; Constitución Española de 1978; Rey de España; Transición Democrática (*La Transición*); Corona Española; Jefatura del Estado; Separación de Poderes; Prerrogativas Reales.

1. INTRODUÇÃO

A forma monárquica de governo desempenhou um papel central na evolução constitucional europeia, visto que, nem mesmo durante os primeiros anos da Revolução Francesa, se cogitou eliminar a figura do monarca da Constituição¹. Pelo contrário, o que se buscou foi acomodar a figura do Rei no texto constitucional, permitindo a criação de um governo constitucional e o controle político do poder pelas Assembleias representativas (LARIO, 1999, p. 277).

Não sendo mais a figura régia do Antigo Regime compatível com as novas teorias de separação dos poderes, que entraram em discussão no fim do século XVIII, o que se buscou foi a criação de um “*terceiro poder que, acima do Executivo e do Legislativo, fosse capaz de mantê-los nos limi-*

tes previamente definidos na ordem constitucional”. Esse poder, que seria atribuído ao monarca — a um conselho de Estado, a um tribuno ou a uma segunda câmara representativa — recebeu diversos nomes: “*Poder Regulador, Poder Moderador, Poder Preservador, Poder Neutro, Poder Real*”. Tratava-se do debate de qual poder estatal deveria primariamente expressar a vontade popular e, com base nela, determinar a divisão do poder político (LYNCH, 2005, p. 613-614).

Essa teoria vinha a se contrapor ao modelo de estrita separação de poderes que adveio da Revolução Americana. Esse modelo resultou na extinção da figura monárquica e criou as chamadas “*Monarquias de Assembleia*”. Esse modelo, aplicado à Europa, teve uma vida curta, principalmente devido à paralisia política resultante de confrontos constantes e à tendência de oscilar entre revolução e contrarrevolução, como ocorreu, por exemplo, nos últimos anos da França Revolucionária (LARIO, 1999, p. 277).

O modelo monárquico europeu, contudo, paulatinamente entrou em decadência. Na virada para o século XX, na Europa, praticamente todos os países eram monarquias hereditárias, salvo três exceções: apenas a França, a Suíça e San Marino adotavam a forma republicana de governo (MINOVES-TRIQUELL, 2011, p. 29). Ao longo do século XX, a maior parte dessas monarquias desapareceu. Atualmente, apenas doze nações persistem adotando a forma monárquica de governo²; um desses países, a Espanha.

Curiosamente, a Espanha, na contramão do processo que minou a forma monárquica de governo na Europa após as duas Grandes Guerras e o avanço de regimes totalitários, em sua transição democrática, superado o regime do *Caudillo* Francisco Franco, restaurou a Monarquia Constitucional Parlamentar como forma de governo, confirmando o Rei Juan Carlos I em seu Trono.

Nos termos do art. 1.3 da Constituição Espanhola de 1978, “*a forma política do Estado espanhol é a Monarquia Parlamentar*”. Mais do que isso, a Constituição Espanhola de 1978 atribuiu ao Rei as seguintes prerrogativas em seu art. 56.1:

O Rei é o Chefe de Estado, o símbolo de sua unidade e permanência. Arbitra e modera o funcionamento regular das instituições, assume a mais alta representação do Estado

espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações de sua comunidade histórica, e exerce as funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as Leis.

(grifamos)

A Espanha é um país com um processo de redemocratização recente. O início da transição democrática, no ano de 2025, comemora os seus 50 anos. Trata-se de uma democracia liberal que goza, sob esse regime monárquico parlamentar, de bons níveis de estabilidade e de desenvolvimento democrático (NOGUEIRA, 2012, p. 32).

Contudo, como acima destacamos, a Constituição Espanhola de 1978, tal qual historicamente se fizera no fim do século XVIII e no início do século XIX — quando nasciam as monarquias constitucionais —, atribuiu ao Rei, na qualidade de Chefe de Estado, o poder de arbitrar e de moderar o regular funcionamento das instituições.

Nesse sentido, existe, de fato, esse Poder Moderador na Constituição Espanhola de 1978? Quais são as atribuições do Rei da Espanha como seu delegatário? Isto é, qual o efetivo poder que o Rei da Espanha exerce?

Para tanto, analisaremos (i) as origens e a natureza da teoria do Poder Moderador, com base na doutrina elaborada no século XIX; (ii) o contexto histórico da formação da Constituição Espanhola de 1978, bem como (iii) em que consistem as prerrogativas, as atribuições e os limites da Coroa na Constituição Espanhola de 1978, tecendo comentários à luz do que aponta a doutrina, em especial a espanhola, sobre o tema.

2. ORIGENS DO PODER MODERADOR

O Poder Moderador é, muitas vezes, apontado como uma particularidade brasileira, uma singularidade da Constituição Imperial de 1824 e de sua Constituição gêmea, a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826, ambas outorgadas pelo Imperador Dom Pedro I do Brasil (NOGUEIRA, 2012, p. 32). Essa singularidade consistiria em serem as únicas a, na prática, aplicar a teoria de Henri-Benjamin Constant de Rebecque de que, por meio de um quarto poder, um “*poder neutro*”, elevado acima das lutas sociais, o monarca interviria somente nas grandes crises. Esse “*poder neutro*”, representando a realeza e colocado acima dos demais “*poderes ativos*”, delegado ao monarca, o faria apenas um espectador e juiz da arena política (NOGUEIRA, 2012, p. 32; VASCONCELLOS, 1862, p. 18-19).

As discussões acerca desse “*poder neutro*” divergem, uma vez que há aqueles que defendem que ele, a *contrario sensu*, teria levado a monarquia parlamentar brasileira no caminho de um papel ativo, em contraste ao papel passivo, ou neutro, das monarquias parlamentares europeias (NOGUEIRA, 2012, p. 32). Por outro lado, há aqueles que, como nós, atribuem ao Poder Moderador, na verdade, um caráter muito mais moderado, pois:

Seus atribuições eram eminentemente temporárias, suspensivas, limitadas, sujeitas à revisão dos poderes políticos ativos, da sociedade como um todo, ou, quando mais extremadas, não tinham papel ativo, mas de mero meio para que os partidos políticos se resolvessem ou para que a nação fosse consultada: a palavra final não era do Imperador, mas da nação, expressa por meio das eleições (NICASTRO, 2024, p. 209).

Baseado nos poderes identificados na Constituição Francesa de 1814, Benjamin Constant, contudo, observava e advogava pela existência não de um quarto poder, mas de cinco poderes — um “*neutro*” e quatro “*ativos*”: (i) o Poder Real, (ii) o Poder Executivo, (iii) o Poder Representativo da Continuidade, (iv) o Poder Representativo da Opinião e (v) o Poder Judiciário (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 35).

Vale mencionar que, apesar de Benjamin Constant identificar a existência desses poderes na Constituição Francesa de 1814, eles não estavam assim expressos. Os poderes que ele identificava estavam fundidos uns nos outros. Um exemplo era o próprio Poder Real que, na verdade, nas Cartas Constitucionais Europeias, estava fundido com o Poder Executivo (URUGUAI, 1862, p. 39); outro exemplo eram os Poderes Representativos da Continuidade e da Opinião, que compunham o Poder Legislativo, na teoria montesquiana de tripartição dos poderes.

Na teoria de Benjamin Constant, o Poder Representativo da Continuidade equivaleria à Câmara dos Pares na Constituição Francesa de 1814, ou seja, a uma Câmara Legislativa Alta, que consistiria em uma assembleia hereditária. O Poder Representativo da Opinião, por sua vez, na Constituição Francesa de 1814, equivaleria à Câmara de Deputados, uma Câmara Legislativa Baixa, consistente em uma assembleia eleita e temporária. A esses dois Poderes Representativos recairia a responsabilidade por legislar; elaborar as normas que deveriam ser encaminhadas ao monarca para sanção ou veto, na qualidade de delegatário do Poder Real.

Aos Ministros de Estado caberia o Poder Executivo, sendo eles res-

ponsáveis pela execução e pela aplicação geral das leis elaboradas pelos Poderes Representativos. Já ao Poder Judiciário, atribuído aos Tribunais, caberia a aplicação dessas leis nos casos particulares.

Como apontamos acima, feitas as devidas reservas quanto à análise particular da Constituição Francesa de 1814, a grande diferença entre os “*princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos*” (como Benjamin Constant nomeou sua obra) e a teoria da tripartição de poderes clássica de Montesquieu reside no Poder Real.

Benjamin Constant defende, portanto, o Poder Real como um mecanismo neutro que asseguraria a harmonia entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário quando a interação entre eles fosse antagonica:

O poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três molas mestras que devem cooperar, cada uma em sua parte, com o movimento geral: mas quando essas molas mestras perturbadas se cruzam, colidem e se impedem, falta uma força que as coloque de volta ao lugar delas. Essa força não pode estar em uma das molas, porque serviria para destruir as outras. Deve estar fora, deve ser neutra, de certa forma, para que sua ação se aplique necessariamente onde for necessária que seja aplicada e para que seja preservadora, restauradora, sem ser hostil (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 34-35)³.

Nesse sentido, Benjamin Constant indica que o Poder Real não está dentre os demais poderes, ou seja, de forma horizontal, como parte do governo, mas, acima dos outros quatro poderes ativos, como uma autoridade que, ao mesmo tempo, é superior e intermediária, interessada em manter o equilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, sem perturbar a interação entre eles (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 35).

A necessidade de um “*Poder Neutro*”, apontou Braz Florentino Henriques de Souza, em sua análise do Poder Moderador na Constituição Imperial de 1824, decorreria da própria teoria original de tripartição dos poderes em sua concepção aristotélica, ou seja, distinguindo as diferentes funções do governo: “*dar a lei, executar e julgar*” (SOUZA, 1864, p. 1-2). Segundo Henriques de Souza, Locke teria reiterado a tese aristotélica e Montesquieu, por sua vez, a teria posicionado como “*primeira garantia e verdadeira medida da liberdade dos povos*”(SOUZA, 1864, p. 1-2).

Contudo, como aponta, essa divisão tripartite das funções do governo estaria incompleta. As funções do governo não se encerrariam na confecção das leis, em sua execução e no seu julgamento nos casos particulares (SOUZA, 1864, p. 4). É nessa incompletude que estaria identificada a necessidade (ou a existência) do “*Poder Neutro*”, ou do Poder Real, no mecanismo das monarquias constitucionais. Era o poder que asseguraria o equilíbrio entre os demais e temperaria as suas ações, quando extremadas ou nocivas à estabilidade social.

Portanto, quando as ações do Poder Representativo da Opinião, isto é, da Câmara de Deputados, fossem ameaçadoras à estabilidade, o monarca poderia usar da prerrogativa de vetar leis nocivas ou, em casos mais extremos, dissolver a assembleia, convocando novas eleições. Quando as ações do Poder Representativo da Continuidade, isto é, da Câmara dos Pares, fossem consideradas prejudiciais ao Estado, o monarca poderia criar novos Pares, mudando a tendência da casa. Já se o Judiciário, em suas decisões, tomasse medidas muito severas, poderia o monarca, utilizando da sua prerrogativa, conceder graça ou anistia, moderando os ímpetos de rigor dos Tribunais (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 37).

Uma das maiores questões, contudo, era a da relação entre o Poder Real, ou Moderador, e o Poder Executivo, cuja moderação consistiria na nomeação e na demissão dos Ministros de Estado.

Como já mencionado, com exceção das monarquias brasileira e portuguesa, nenhuma outra monarquia constitucional realizou a segregação entre esses poderes, ao menos não de forma explícita. Isso significa que, nas demais monarquias, o Poder Moderador estava reunido ao Poder Executivo (SÃO VICENTE, 1857, p. 205).

Como também apontamos, Benjamin Constant, ao analisar a Constituição Francesa de 1814, não confirmou a existência do Poder Real em razão de uma divisão pré-existente na Carta de 1814 como também não advogou pela criação do Poder Neutro como fator estabilizante, mas, diante da análise das prerrogativas de cada instituição no texto constitucional, reconheceu a sua existência dentre os poderes do Estado — com uma interpretação de que ele seria mais bem exercido sob uma Monarquia Constitucional.

Constant evidenciou esse poder oculto entre os demais poderes ativos, uma vez que não são emanações próprias do Executivo, por exemplo,

demitir Ministros de Estado; nomear os Pares do Reino; dissolver a Câmara de Deputados; perdoar ou moderar as penas e outros mais de igual natureza (SOUZA, 1864, p. 1-2).

Segundo Benjamin Constant, o Poder Moderador, neutro, é confiado ao Chefe de Estado, já o Poder Executivo, ativo, é confiado aos Ministros de Estado. Outrossim, apesar de defender que essa divisão ocorra da melhor forma sob uma Monarquia Constitucional, Benjamin Constant aponta que o título desse Chefe de Estado independe do modelo político adotado. O Chefe de Estado pode ser um Rei, caso sob uma Monarquia, mas, também pode ser um Presidente, se sob uma República. Da mesma forma, independentemente do modelo político adotado, o Poder Executivo pertence aos Ministros de Estado (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 35).

Apesar da existência desse Poder Neutro sob quaisquer regimes, Constant afirma que a moderação do Poder Executivo somente consegue ocorrer de forma regular sob uma Monarquia Constitucional, uma vez que, somente sob esse modelo político, o Poder Neutro ascende como juiz dos demais poderes do Estado, dotado de liberdade e de independência (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 41).

A destituição dos Ministros de Estado sob uma Monarquia Absoluta é dificultada pelo fato de as autoridades do Poder Real e do Poder Executivo serem aliadas, fazendo com que o monarca careça de autoridade. Segundo Constant, a destituição do Executivo em uma Monarquia Absoluta somente se torna possível quando a sociedade sofre uma convulsão — o que, segundo ele, é um remédio pior do que o próprio mal que o causou (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 41-42).

Já sob uma República, apesar de, segundo Benjamin Constant, esse modelo político ter buscado meios mais regulares para organizar a relação das autoridades, as detentoras do Poder Neutro e as do Poder Executivo são inimigas, o que gera o mesmo resultado violento e desordenado. Violento e desordenado, pois, segundo ele, o poder republicano se renova periodicamente e, não sendo os seus atores alheios ao jogo político, concorrem ao posto que ocupam, de forma que, além de não terem direito à indulgência para com seus erros, nada têm de mais precioso a defender do que sua autoridade conquistada, constantemente atacada por seus pares (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 46).

Logo, Benjamin Constant conclui que, em uma Monarquia Constitucional, pelo Chefe de Estado ser, em um país livre, um ator à parte da arena política e superior às diversidades de opiniões, consegue dotar o Poder Neutro da liberdade regular que lhe é devida, não tendo outro interesse senão a manutenção da ordem, da liberdade e do equilíbrio dos poderes ativos (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 40). Isso retiraria o monarca da “*condição comum*” e o alçaria à posição de juiz e de espectador da arena política, garantido a impossibilidade de seu retorno a essa “*condição comum*”, em razão de sua inacessibilidade a todas as paixões que ela despertaria nos agentes investidos de um poder momentâneo (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 40).

Benjamin Constant aponta que o monarca:

Paira, por assim dizer, acima das agitações humanas, e é a obra-prima da organização política ter assim criado, no seio mesmo dos dissensos sem os quais nenhuma liberdade existe, uma esfera inviolável de segurança, majestade, imparcialidade, que permite que esses dissensos se desenvolvam sem perigo, desde que não ultrapassem certos limites, e que, assim que o perigo se anuncia, lhes ponha termo por meios legais, constitucionais e desprovidos de qualquer arbítrio. Mas, perde-se essa imensa vantagem, seja rebaixando o poder do monarca ao nível do poder executivo, seja elevando o poder executivo ao nível do monarca (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 40-41).⁴

Nesse sentido, logo que as divergências próprias dos processos políticos se desnudem em ameaças à estabilidade, à ordem e ao equilíbrio entre os demais poderes ativos, ultrapassando os limites constitucionais, deve o monarca, na qualidade de delegatário do Poder Real (Moderador ou Neutro) e dotado das prerrogativas constitucionais, pôr fim aos perigos anunciados pelos meios legais.

Benjamin Constant também aponta essa distinção entre o Poder Neutro e o Poder Executivo como a “*chave de toda organização política*” — uma “*imensa vantagem*” que as Monarquias Constitucionais teriam sobre os demais modelos políticos (CONSTANT DE REBECQUE, 1815, p. 41).

A questão colocada aqui, portanto, é se as prerrogativas constitucionais do Rei da Espanha, de arbitrar e de moderar o funcionamento regu-

lar das instituições, conforme o artigo 56.1 da Constituição Espanhola de 1978, constituem um poder político próprio, neutro, apesar de não ser assim discriminado.

3. A COROA, “*LA TRANSICIÓN*” E A CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

A Constituição Espanhola de 1978 é parte fundamental do processo chamado, na Espanha, apenas de “*la Transición*”, ou seja, a transição democrática que ocorreu desde a morte do *Caudillo* Francisco Franco, em 1975, até as eleições gerais de 1982, realizadas já sob a vigência da Constituição de 1978 e as primeiras após a crise de fevereiro de 1981, a qual quase colocou em xeque o avanço democrático que as eleições gerais consolidaram.

O retorno da Monarquia antecede, contudo, a Constituição de 1978 e é resultado do próprio apelo ao tradicionalismo do regime franquista que, ao mesmo tempo, declarava o Estado Espanhol um “*Reino*”, mas não afastava da chefia do Estado o *Caudillo* da Espanha⁵.

Francisco Franco tomou o poder definitivamente em 1939, como o vencedor da Guerra Civil Espanhola (1936-1939), que depôs a Segunda República Espanhola (1931-1936), e repudiou a sua Constituição. O regime franquista, contudo, não conseguiu estabelecer um consenso quanto ao sistema constitucional e governou o país por uma série de sete “Leis Fundamentais do Reino”, que afiançaram a estrutura de seu sistema político (OLIVEIRA, 2003, p. 180).

Um dessas Leis Fundamentais, a quinta, foi a Lei de Sucessão da Chefia do Estado, promulgada em 27 de julho de 1947. Dentre suas disposições, essa constituía o Estado Espanhol como um “*Reino*” (art. 1º), mas atribuía à chefia do Estado ao *Caudillo* Francisco Franco em caráter vitalício (art. 2º) e estabelecia, como sua prerrogativa, propor às Cortes (Parlamento), a qualquer momento, a pessoa que deveria ser chamada para o suceder, como Rei ou Regente. Nesse sentido, a ditadura de Franco se colocou de forma interina. Por outro lado, além dessas disposições, a Lei de Sucessão da Chefia do Estado estabelecia o corpo das Leis Fundamentais do Reino como uma espécie de Constituição rígida, que somente poderia ser derogada por acordo das Cortes da Espanha e aprovação popular por meio de referendo. A sétima Lei Fundamental do Reino, a Lei Orgânica

do Estado, aprovada em 11 de janeiro de 1967, que modificou algumas disposições da Lei de Sucessão da Chefia do Estado, reconheceu a figura do herdeiro da Coroa, mas manteve a indicação por Francisco Franco.

A escolha de Franco para sucedê-lo veio apenas em 1969, com a Lei nº 62/1969. O sucessor escolhido foi o filho do herdeiro dinástico da Casa de Bourbon, o até então Príncipe das Astúrias, Juan Carlos. A designação de Juan Carlos como “*Príncipe da Espanha*” e herdeiro da chefia do Estado se deveu às divergências políticas entre Franco e o Conde de Barcelona, Príncipe Juan de Bourbon, pretendente ao Trono da Espanha e pai de Juan Carlos⁶.

Dessa forma, com a morte de Francisco Franco, em 20 de novembro de 1975, Juan Carlos de Bourbon foi proclamado Rei da Espanha, após ter jurado acatar os Princípios do Movimento Nacional, uma das Leis Fundamentais do Reino que cristalizava a doutrina franquista. Ao suceder ao *Caudillo* Franco, o agora Rei da Espanha teve duas opções, a de se vincular ao regime existente ou a de impulsionar reformas democratizantes que dotassem a Monarquia de uma nova legitimidade — ou seja, a de firmar um novo pacto nacional (POWELL, 2008, p. 109).

A expectativa da sociedade espanhola era de que o Rei Juan Carlos continuasse o legado franquista — tendo em vista sua criação e proximidade de Franco, em especial nos últimos anos do regime. Entretanto, diante da visão de que o franquismo não sobreviveria à morte do seu líder e de que a sociedade espanhola manifestava a sua vontade por mudança, o Rei Juan Carlos preferiu a abertura democrática, tendo, em sua primeira mensagem à nação, prometido restabelecer a democracia, dando abertura a “*la Transición*” (POWELL, 2008, p. 109).

Com sua legitimidade franquista de origem e sua legitimidade monárquica histórica, o Rei impulsionou uma estratégia legitimadora da Monarquia junto à oposição e à maioria da população. Igualmente, buscou incorporar no processo da transição democrática setores da sociedade mais reacionários à mudança por meio de uma política de legitimação retrospectiva da Democracia (POWELL, 2008, p. 109). No âmbito desse processo, em 11 de janeiro de 1977, ainda sob as Cortes com deputados de origem franquista, foi promulgada a oitava e última Lei Fundamental do Reino: a Lei da Reforma Política. A Lei da Reforma Política, apesar de conservar a estrutura institucional existente, atribuiu poder constituinte

às Cortes, que se renovariam nas eleições gerais de 15 de junho de 1977 (OLIVEIRA, 2003, p. 181).

Os grupos políticos eleitos nas eleições gerais de 1977, majoritariamente de centro, tendo por chefe de governo Adolfo Suárez, levaram a cabo a elaboração da Constituição Espanhola de 1978 que, ao mesmo tempo, como vimos, sagrou a manutenção da Monarquia Parlamentar e o princípio democrático. A Constituição Espanhola de 1978 foi ratificada pelo povo espanhol em 6 de dezembro de 1978, sendo sancionada e promulgada pelo Rei Juan Carlos I no dia 27 do mesmo mês.

A transição democrática espanhola e a vigência de sua Constituição não foram, contudo, um processo sem crises. O processo constitucional foi acometido pelo que ficou conhecido como o “*Desencanto*”. A crise econômica resultante da Crise do Petróleo e a lentidão com que a Comissão Constitucional trabalhou deram origem a esse fenômeno de desmoralização que, germinando nas altas camadas do Exército, nos diferentes corpos de polícia e nos setores econômicos, ameaçava seriamente “*la Transición*” (TORRES DEL MORAL, 2018, p. 43).

Esse descontentamento, já sob a vigência da Constituição, somado à crescente debilidade do gabinete de Adolfo Suárez e aos constantes ataques de grupos terroristas do País Basco levaram à sua demissão em 29 de janeiro de 1981. No contexto da substituição de Suárez, o novo Presidente de Governo, Leopoldo Calvo-Sotelo, buscava o voto de confiança das Cortes. Não tendo alcançado a votação de maioria necessária na sessão de 20 de fevereiro, outra foi marcada para 23 de fevereiro, data na qual o Tenente-coronel Antonio Tejero e 200 soldados da Guarda Civil deflagaram o golpe que ficou conhecido como “23-F”. Os revoltosos invadiram as Cortes Gerais mantendo os deputados reféns e, simultaneamente na região da Valência, Jaime Milans del Bosch, Capitão-general da III Região Militar, se sublevou.

O golpe foi facilitado pela dúvida da sociedade espanhola quanto à posição do Rei Juan Carlos I: franquista ou democrático. Sua política de consenso deu lugar à ambiguidade e à dúvida quanto aos seus reais desejos. Essas dúvidas acabaram na madrugada de 24 de fevereiro de 1981, quando o Rei foi à televisão, paramentado como chefe das Forças Armadas, uma de suas prerrogativas, e negou apoio ao golpe, defendendo a Constituição de 1978 (POWELL, 2008).

Nesse sentido, segundo Charles Powell (2008), os esforços dos neofranquistas foram contraproducentes. Os neofranquistas, ao cometerem o golpe, na verdade, acabaram contribuindo por conferir a garantia definitiva de independência à instituição que haviam pretendido instrumentalizar: a Coroa.

Apesar das diversas crises que a Espanha sofreu desde então — como os atos terroristas bascos; a tentativa de secessão da Catalunha; as acusações de corrupção contra membros do círculo íntimo da Família Real; a crise econômica de 2008; a perda de popularidade e a abdicação do Rei Juan Carlos I e ascensão do Rei Felipe VI —, a Constituição Espanhola de 1978 se demonstrou resiliente e capaz de oferecer e assegurar a Democracia na Espanha nos seus quase 50 anos de vigência. Outrossim, apesar de três reformas constitucionais, em 1992, em 2011 e em 2024, as prerrogativas da Coroa se mantiveram inalteradas.

4. O PAPEL DO REI NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

A Constituição Espanhola de 1978, em seu art. 56, estruturou a Coroa, como mencionamos, atribuindo ao Rei genericamente as seguintes prerrogativas:

A COROA

Artigo 56

1. O Rei é o Chefe de Estado, símbolo da sua unidade e permanência, arbitra e modera o funcionamento regular das instituições, assume a mais alta representação do Estado espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações da sua comunidade histórica, e exerce as funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as Leis.
2. O seu título é o de Rei de Espanha e poderá utilizar os demais que correspondam à Coroa.
3. A pessoa do Rei é inviolável e não está sujeita à responsabilidade. Os seus atos serão sempre referendados na forma estabelecida no artigo 64, carecendo de validade sem a referida referenda, salvo o disposto no artigo 65, número 2.

A Coroa representa, então, um conjunto de prerrogativas e funções, exercidas por vários órgãos, sendo o Rei o mais importante deles (OLIVEIRA, 2003, p. 181). O Rei é a personificação da Coroa, seu símbolo

e seu titular. Segundo José Manuel Serrano Alberca, *Letrado* das Cortes Gerais, em adição às competências específicas de Chefe de Estado que o Rei da Espanha exerce, o Rei desempenha uma função integradora da sociedade Espanhola e revela uma ordem existencial, na medida em que transforma a pluralidade social de grupos e indivíduos em uma singularidade de vida e ação (SERRANO ALBERCA, 2018, p. 101).

Além dessas prerrogativas genéricas, conferidas pelo art. 56, a Constituição Espanhola de 1978 disciplina expressamente as funções que são conferidas ao Rei nos demais artigos de seu Título II, em especial nos arts. 62 e 63. Disciplina também as regras de sucessão à Coroa e as da regência (arts. 57 a 60), as de juramento do Rei (art. 61), as condições de referenda aos seus atos pelo Presidente do Governo (art. 64) e a dotação da Família Real (art. 65).

Com base nesse texto constitucional, identificamos três concepções essenciais da Monarquia Espanha, isto é, do papel do Rei e da Coroa que ele representa, na Constituição Espanhola: (i) as funções gerais do Rei, de ser símbolo da unidade e da permanência do Estado Espanhol, representar o Estado Espanhol nas relações internacionais e de arbitrar e de moderar o funcionamento regular das instituições, conferidas pela art. 56; (ii) as funções concretas, conferidas pelos arts. 62 e 63, sobre as quais discorreremos mais adiante e que dependem de referenda do Presidente de Governo, nos termos do art. 64 e (iii) as regras de sucessão à Coroa, conferidas pelo art. 57 (SERRANO ALBERCA, 2018, p. 102).

Não nos adentraremos quanto às grandes discussões acerca das regras sucessórias ao Trono e/ou de regência da Coroa, uma vez que o objetivo deste artigo é analisar se, no seio das prerrogativas e atribuições conferidas ao Rei na Constituição Espanhola de 1978, remanesce algum vestígio do Poder Moderador, tal qual apontado pela doutrina jurídico-política das monarquias parlamentares europeias oitocentistas.

Feita essa ressalva, cumpre apenas indicar que o art. 57 estabelece as condições da sucessão Coroa, que será herdada pelos sucessores do Rei Juan Carlos I, na qualidade de “*herdeiro legítimo da dinastia histórica*”, obedecendo à ordem regular de primogenitura masculina (art. 57.1).

O art. 57 também define os títulos do Príncipe Herdeiro como Príncipe das Astúrias (art. 57.2); a regra de que, em caso de extinção de todas as linhas designadas por lei, as Cortes Gerais providenciarão a sucessão

da Coroa na forma mais adequada aos interesses da Espanha (art. 57.3); a exclusão dos herdeiros ao trono que contraírem casamento sob proibição expressa do Rei e das Cortes Gerais (art. 57.4) e a disposição de que as abdições, as renúncias e quaisquer dúvidas de fato ou de direito que possam surgir em relação à sucessão da Coroa serão dirimidas por ato orgânico (art. 57.5)⁷.

O art. 58, por sua vez, estipula que a Rainha Consorte não pode assumir quaisquer funções constitucionais, exceto na regência do Reino, que é regulada pelos arts. 59 e 60 da Constituição Espanhola de 1978. Nos termos do art. 61, o monarca, ou os regentes, ao serem proclamados perante as Cortes Gerais devem jurar cumprir fielmente os seus deveres; obedecer à Constituição e às leis; fazer com que sejam obedecidas e respeitar os direitos dos cidadãos e das Comunidades Autônomas.

Da mesma forma que não cabe ao presente artigo se aprofundar nas questões envolvendo a sucessão, também não nos aprofundaremos nas questões envolvendo a dotação da Família Real, conferidas pelo art. 65 da Constituição Espanhola de 1978. O art. 65 apenas aponta que o Rei recebe um montante global do Erário para a manutenção da Casa Real e pode o distribuir livremente entre seus membros, assim como pode nomear e demitir livremente os membros civis e militares que prestam serviços à Casa Real.

Com base nessas considerações dividiremos nossa análise entre as funções gerais e as funções concretas do Rei da Espanha, nos termos da Constituição Espanhola de 1978, conforme abaixo:

4.1 Funções gerais do Rei

A principal função geral conferida pela Constituição Espanhola de 1978 ao Rei da Espanha é a de servir como Chefe de Estado nos limites das *“funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as Leis”*. Isto é, as funções do Rei estão circunscritas e limitadas pela Constituição *“com a consequente eliminação de qualquer fundo de reserva de prerrogativa e a exclusão de poderes imperativos ou de faculdades internas”* (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, 2018, p. 1557).

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2018), membro do Conselho Permanente do Estado e Presidente Emérito do Tribunal Constitucional da Espanha, aponta que:

Essa atribuição explícita, no que diz respeito ao legislador, não foi entendida como um princípio dispositivo que permita legislar livremente sobre as funções e competências do Rei como Chefe de Estado, nem o legislador pode restringir as constitucionalmente reconhecidas, nem tampouco ampliá-las atribuindo-lhe tarefas que desnaturalizariam o desenho constitucional que quis limitar os poderes reais para assegurar sua *auctoritas* e sua função primordial de símbolo de unidade e permanência da Espanha e de moderador do funcionamento regular das instituições (RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2018)⁸.

Na qualidade de Chefe de Estado, tal qual a Constituição Espanhola de 1978 o apontou, o Rei da Espanha “*não é um dos poderes do Estado na divisão clássica*” (RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2018), pois desempenha uma função integradora de acordo com sua posição estrutural no ápice do Estado.

Entretanto, enquanto Rodríguez-Piñero (2018) aponta que o Rei da Espanha “*não é um poder intermediário nem superior aos demais poderes ativos do Estado, nem mesmo um quarto poder neutro que limite a soberania popular*”, outros doutrinadores espanhóis, como Javier Tajadura Tejada e Antonio Cidoncha, atribuem ao Rei *auctoritas* sobre o legítimo detentor da *potestas*, o governo constituído (TAJADURA TEJADA, 2023, p. 198; TAJADURA TEJADA, 2024, p. 356). Nesse sentido, o Rei da Espanha, seguindo a doutrina constantiniana, não pode ser considerado “*nem como poder constituinte, nem como poder constituído, mas sim como um poder neutro e moderador*” (TAJADURA TEJADA, 2023, p. 194)⁹.

Tejada, portanto, aponta que:

A concepção do poder real como um poder moderador e preservador pressupõe sua configuração como uma magistratura revestida de *auctoritas*. Este é o conceito-chave para compreender a posição constitucional do rei. A preservação dessa *auctoritas* é crucial para o correto desempenho de suas funções, e sua perda o incapacita para o exercício destas. Em outras palavras, o futuro de nossa monarquia — assim como o de qualquer outra — depende, em última instância, de o rei conservar e fortalecer uma *auctoritas* pessoal baseada em sua neutralidade e exemplaridade (TAJADURA TEJADA, 2023, p. 199)¹⁰.

Essa neutralidade e exemplaridade é alcançada pelo Rei da Espanha estar, na qualidade de Chefe de Estado, acima da luta partidária e da contenda política, atuando como “*vértice da estrutura do Estado*” e podendo dar expressão às suas funções concretas. Mesmo Rodríguez-Piñero (2018, p. 1557) não reconhecendo o Rei, ou a Coroa, como um poder político ou como órgão superior dotado de poderes, reconhece que a Constituição Espanhola de 1978, ao privar o Rei de *potestas*, coloca-o acima das partes, em uma posição de supremacia que lhe permite relacionar-se com os órgãos representativos, facilitando o funcionamento efetivo do sistema de governo parlamentar.

Como apontou Serrano Alberca (2018), o qual citamos acima, o Rei exerce uma função geral que supera sua capacidade de Chefe de Estado e que ultrapassa suas funções concretas no exercício da moderação e arbitramento do funcionamento das demais instituições do Reino, fortalecendo seu carisma e, portanto, sua *auctoritas*: o Rei da Espanha possui uma dimensão simbólica.

A função simbólica do Rei na Constituição Espanhola de 1978 é a de assegurar a unidade e a permanência do Estado. A Coroa tem o poder de gerar sentimentos, como o de lealdade e o de identificação de grupo; de reunir aspirações para o futuro, aliadas à tradição do passado, bem como o poder de mobilizar esses afetos e sentimentos, como um ente integrador da sociedade (Serrano Alberca, 2018, p. 102). A Coroa, dessa forma, tem uma função nacional de símbolo tal qual uma bandeira ou um hino.

Segundo Pedro de Esteban e Javier González-Trevijano, a função simbólica possui três perspectivas: uma mística, na medida em que a Coroa traz consigo o seu peso histórico, sua origem sacra e toda a solenidade de seus objetos e cerimônias que a constituem e que cativam os sentimentos; uma segunda, institucional, que une as coordenadas de tempo e espaço, ou seja, de unidade e permanência do Estado e uma terceira, integradora, na qual a comunidade política se identifica com o monarca, como um vértice comum (DE ESTEBAN; GONZÁLEZ-TREVIJANO, 1994, p. 94-97 *apud* ORTEGA GUTIÉRREZ, 2023, p. 24).

A função simbólica serve, portanto, para fortalecer a *auctoritas* do Rei da Espanha, visto que ele representa valores e virtudes de ordem política, ética e estética, considerados essenciais para a comunidade nacional de ordem *praeter* constitucionais e dos quais a própria comunidade se nu-

tre (SERRANO ALBERCA, 2018, p. 103).

Como o Rei da Espanha não possui *potestas*, porque sua *auctoritas* se constitui em um poder neutro e moderador, portanto, de influência e não de decisão executiva, o exercício de suas funções concretas, agasalhado por essas virtudes, pode ser mais persuasivo (SERRANO ALBERCA, 2018, p. 103).

Dessa forma, o art. 56.1 da Constituição Espanhola de 1978 atribui ao Rei da Espanha a função geral de moderar e arbitrar o funcionamento das instituições, como algo substancialmente distinto de seu papel simbólico. Segundo Rodríguez-Piñero (2018, p. 1560), a Constituição não se refere mais a um “*ser*”, mas a um “*dizer*” e a um “*fazer*”. Essa prerrogativa tem como objetivo suavizar, temperar e moderar, em maior ou menor grau, as possíveis contradições e atritos entre as diversas atividades e poderes do Estado.

Como, então, o Rei exerce esse “*Poder Moderador*”, cuja existência, segundo a doutrina, é controvertida como um poder político autônomo?

David Ortega Gutiérrez (2023, p. 31) aponta que o poder do Rei da Espanha, como delegatário Poder Moderador e, portanto, diverso dos demais poderes do Estado, o exerce por meio de uma *magistratura de influência*. Isto é, apesar de sua falta de *potestas* e de imposição sobre os demais poderes ativos, por sua atuação persuasiva e moral, o Rei consegue traduzir sua vontade, estimulando o bom funcionamento das instituições (RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2018, p. 1560). Nesse sentido, o Rei da Espanha possui as prerrogativas que indicou, ainda no século XIX, Walter Bagehot ao monarca britânico. Bagehot apontou que o Rei deveria animar, estimular, aconselhar e advertir os diversos poderes públicos e, apenas em certa medida, mediar ou arbitrar a relação entre eles, como uma função de sugestão, de estímulo e de incitação, ou de “*mediação política*” (TAJADURA TEJADA, 2023, p. 198; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, 2018, p. 1560).

Apesar dessas considerações, é inegável que o Rei de Espanha possui funções concretas que não se limitam à mera influência dos demais poderes políticos, conforme elencadas nos arts. 62 e 63 da Constituição Espanhola de 1978. Göran Rollnert Liern aponta que essa qualidade de atividade difusa de influência política, como um *soft power*, está sobreposta às potestades concretas taxadas dos arts. 62 e 63 (ROLLNERT LIERN,

2021, p. 42).

Ainda segundo Liern, as funções de árbitro e moderador, delegadas ao Rei, repousam sobre dois pilares: (i) a sua *auctoritas* institucional na qualidade de Chefe do Estado e (ii) a atribuição da titularidade formal de determinadas potestades jurídico-públicas na Constituição pelos arts. 62 e 63, ainda que esses dependam de referenda (ROLLNERT LIERN, 2021, p. 42).

Nos termos do art. 56.3 da Constituição Espanhola de 1978, o Rei da Espanha é inviolável e irresponsável, tendo em vista que seus atos serão sempre referendados, carecendo de validade sem a referida referenda, salvo quanto à administração da Casa Real. Nos termos do art. 64, os atos do Rei da Espanha são referendados pelo Presidente do Governo e, conforme o caso, pelos Ministros competentes; já a proposta e a nomeação do Presidente de Governo, a dissolução do Parlamento e a convocação de novas eleições serão referendados pelo Presidente do Congresso de Deputados (art. 99).

Vale dizer que, quando o Rei da Espanha usa de sua “*magistratura de influência*”, moderando os demais poderes políticos, por exemplo, com mensagens às Cortes Gerais ou à nação, como atos próprios do monarca que não consubstanciam atos jurídicos vinculantes e são alheios às atribuições concretas dos arts. 62 e 63, esses atos não dependem de ministerial (SERRANO ALBERCA, 2018, p. 106).

Torres del Moral (2003, p. 436) afirma que a referenda ministerial dos atos régios é a “*regra áurea*” da Monarquia Espanhola, sem a qual ela paralisaria. Já Landelino Lavilla Alsina (2001, p. 5), Conselheiro Permanente do Conselho de Estado da Espanha, afirma que a referenda ministerial e o deferimento da responsabilidade às pessoas que referendam os atos do Rei são um corolário natural da democracia parlamentar estabelecida, uma vez que é o Parlamento “*a instituição central do regime parlamentar, em cujo desdobramento figuram as regras sobre quem e como exerce o poder político e sobre o respeito ao pluralismo na ação política*”.

Trata-se, segundo Alsina, de uma segurança à figura régia, uma vez que, na configuração institucional do sistema, o Rei da Espanha fica isento das vicissitudes das disputas partidárias (LAVILLA ALSINA, 2001).

Nesse ponto reside uma grande diferença entre o Poder Moderador na Constituição Imperial de 1824, brasileira, e a Constituição Espanhola

de 1978. Enquanto na primeira apenas os atos do Imperador do Brasil na qualidade de Chefe do Poder Executivo dependiam de referenda ministerial, ficando os atos próprios do Poder Moderador apenas dependentes de consulta e de audiência não vinculantes ao Conselho de Estado, na segunda, todos os atos régios concretos dependem de referenda ministerial (NICASTRO, 2024, p. 201).

Para Liern (2021, p. 42), a referenda ministerial é o que permite que o Rei da Espanha exerça o Poder Moderador, em seu aspecto de influência da sociedade e das instituições, com ainda mais autonomia. Essa exigência, segundo o autor, implica, por sua própria natureza de ato complexo, um diálogo institucional no qual o Rei pode exercer sua influência política e moral sobre o órgão referendante e, por conseguinte, arbitrar ou moderar o governo. Em última análise, isso cria a ocasião para que a influência política do Rei seja exercida.

O Rei não pode agir autonomamente; carece de faculdades próprias de decisão independente na inovação da ordem jurídica e não pode produzir, por sua única vontade, atos jurídicos vinculantes. Rodríguez-Piñero (2018, p. 1566) lembra que, se as assinaturas do Presidente de Governo, do Ministro de Estado ou do Presidente do Congresso são necessárias, também é a do Rei. Por isso, a referenda já não opera como certificante e como instrumento para limitar o exercício de um poder real próprio, evitando seus excessos, mas como um meio para que o Rei manifeste sua vontade (RODRÍGUEZ PIÑERO Y BARRA-LEVER, 2018, p. 1566). Isto é, se o Rei precisa do Presidente do Governo para fazer valer suas prerrogativas, também precisa o Presidente do Governo do assentimento régio para fazer valer parte de suas prerrogativas executivas. Ou seja, “*se um não quer, dois não fazem*” e, com essa interdependência, se opera também a moderação (mútua) das instituições, nos termos do art. 56 da Constituição Espanhola de 1978.

4.2 Funções concretas do Rei

O art. 56 da Constituição Espanhola de 1978 se refere, de forma genérica, às influências moderadora e arbitral do Rei da Espanha, mas não determina seus caminhos e instrumentos para que ele exerça essa influência sobre as instituições do Reino. Assim, os deveres e as prerrogativas concretas do Rei da Espanha são conferidos pelos arts. 62 e 63 da Constituição:

Artigo 62

Cabe ao Rei:

1. Sancionar e promulgar as leis.
2. Convocar e dissolver as Cortes Gerais e convocar eleições nos termos previstos na Constituição.
3. Convocar referendos nos casos previstos na Constituição.
4. Propor o candidato a Presidente do Governo e, sendo caso disso, nomeá-lo, assim como pôr fim às suas funções nos termos previstos na Constituição.
5. Nomear e afastar os membros do Governo, sob proposta do seu Presidente.
6. Expedir os decretos acordados no Conselho de Ministros, conferir os empregos civis e militares e conceder honras e distinções com respeito pelas leis.
7. Ser informado dos assuntos de Estado e presidir, para este efeito, às sessões do Conselho de Ministros, quando o considerar oportuno, a pedido do Presidente do Governo.
8. O comando supremo das Forças Armadas.
9. Exercer o direito de graça com respeito pela lei, não podendo autorizar indultos gerais.
10. O Alto Patronato das Reais Academias.

Artigo 63

- a) O Rei acredita os embaixadores e outros representantes diplomáticos. Os representantes estrangeiros em Espanha são acreditados perante ele.
- b) Cabe ao Rei manifestar o consentimento do Estado para se obrigar internacionalmente por meio de tratados, em conformidade com a Constituição e as leis.
- c) Cabe ao Rei, mediante prévia autorização das Cortes Gerais, declarar a guerra e fazer a paz.

Da leitura dos artigos acima, fica claro que, nos arts. 62.a, 62.b e 62.c, estão reguladas as prerrogativas do Rei quanto à sua relação com o Poder Legislativo; nos arts. 62.d, 62.e, 62.f e 62.g, aquelas quanto à relação com o Poder Executivo e, por fim, no art. 62.i, as prerrogativas do Rei da

Espanha quanto à moderação da atuação do Poder Judiciário.

Nos demais arts. 62.h, 62.j e 63, identificamos atribuições do Rei da Espanha próprias de Chefe de Estado, mas que não qualificamos necessariamente como de influências moderadora ou arbitral na relação com outro poder ativo.

Segundo Enrique Belda Pérez-Pedrero (2018, p. 1632), Professor Titular de Direito Constitucional de Universidade de Castilla-la Mancha, Conselheiro Consultivo da Região de Castilla-La Mancha e atualmente Deputado nas Cortes Gerais, as atribuições e as competências do monarca espanhol podem também ser agrupadas em dois grupos, a depender do espaço real para manobra do Rei da Espanha. Para o grupo de menor ação do Rei da Espanha, Belda organiza as prerrogativas sob o título de atos de moderação formal, já quando o monarca atua com maior influência sobre as demais instituições do Reino da Espanha, ele atribui que o monarca atua com intervenção efetiva.

Para fins didáticos, contudo, segregaremos a análise das prerrogativas do Rei da Espanha em sua relação com cada poder político ativo, conforme subitens abaixo:

4.2.1 Relação com o Legislativo

Como acima mencionamos, identificamos que, dentre as prerrogativas do Rei da Espanha, aquelas que atuam na moderação e no arbítrio das questões do Poder Legislativo são as previstas nos arts. 62.a, 62.b e 62.c, ou seja, as prerrogativas de (i) sancionar e promulgar as leis; (ii) convocar e dissolver as Cortes Gerais e (iii) convocar referendos.

(i) Sanção e Promulgação das Leis

Ao monarca, nos termos do art. 62.a, cabe o dever de sancionar e promulgar as leis elaboradas pelas Cortes Gerais, bem como os Estatutos de Autonomia das regiões autônomas do Reino da Espanha (art. 151.2, §4º)¹¹. Ressalta-se que a Constituição Espanhola de 1978, conquanto atribua essa prerrogativa ao Rei, não lhe oferece a contrapartida de vetar os projetos trazidos pelas Cortes Gerais. Dessa forma, o Rei da Espanha possui o dever e não a mera faculdade de sancionar e promulgar as normas. Nesse sentido, o art. 91 da Constituição Espanhola de 1978 é categórico ao determinar que “o Rei sancionará no prazo de quinze dias as leis apro-

vadas pelas Cortes Gerais, e promulgá-las-á e ordenará a sua imediata publicação”.

Pelo art. 62.a não oferecer ao Rei qualquer possibilidade de vetar ou de determinar o conteúdo das normas que seguem à sua sanção, a doutrina espanhola, em caráter majoritário, entende que essa é uma prerrogativa que oferece ao Rei pouca ou nenhuma margem de atuação (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1637). Juan José Solozábal Echavarría (1987, p. 96 apud BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1637) afirma que ao Rei não cabe mais discricionariedade na sanção, sobrevivendo esse ato como mero elo no procedimento legislativo diante da necessidade formal de aperfeiçoar a lei, em fase constitutiva. Caso contrário, a lei restaria eternamente apenas como um projeto. A sanção, portanto, é um requisito constitucional *sine qua non* para a validade da norma, que somente se completa e se aperfeiçoa com essa intervenção. Solozábal considera a sanção como um ato necessário, complexo e constitutivo da norma, mas de cumprimento indesculpável (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1637).

A promulgação e a publicação das leis seriam, portanto, no âmbito da Constituição Espanhola de 1978, atos exclusivamente executórios que não suscitarium qualquer discussão. A Coroa, dessa forma, limitar-se-ia a atestar e a fazer conhecida a existência da norma elaborada pelas Cortes Gerais (OLIVEIRA, 2003, p. 185).

Contudo, entendemos que não é esse o caso. Manuel Aragón Reyes (1990, p. 92 e ss., apud BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1637), celebrado constitucionalista espanhol e magistrado emérito do Tribunal Constitucional, defende que a sanção e a promulgação são dois baluartes históricos do poder efetivo da Coroa. A prerrogativa de sanção e de promulgação das leis, como aponta Belda, ainda comporta alguma margem de intervenção efetiva do monarca.

A sanção e a promulgação das leis, conquanto deveres, são atos personalíssimos do Rei da Espanha como personificação da Coroa. Por isso, Belda aponta que a intervenção do Rei na conclusão desse procedimento legislativo “funciona como um elemento que representa a integração de vontades e procedimentos legais que ocultam as leis, tornando-se um atestado do Chefe de Estado” (REYES, 1990, apud BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1637).

Embora o monarca não tenha o poder conferido pela Constituição

Espanhola de 1978 de vetar os projetos de lei aprovados pelas Cortes Gerais, sendo a sanção e a promulgação atos personalíssimos, a sua recusa em fazê-lo é uma possibilidade. Não há como forçar o Rei a sancionar uma peça legislativa que considere repugnante e a Constituição Espanhola de 1978 não apresenta alternativa a essa devida sanção real.

A participação do Rei, então, não se trata de formalidade marginal ou acessória no processo de confecção legislativa. Como acima dissemos, a participação do Rei é condição *sine qua non* para validade, vigência e eficácia das normas no ordenamento jurídico espanhol. Cabe ao Rei certificar a existência de um texto legal já aprovado pelas Cortes Gerais, sancionando-o e garantir sua incorporação ao ordenamento jurídico estatal, promulgando-o.

Por mais que o monarca seja irresponsável em razão da referenda do Presidente do Governo e/ou dos Ministros de Estado, o Rei, cumprindo a Constituição Espanhola de 1978, não pode ser obrigado, por exemplo, a sancionar um texto que seja abertamente contrário à ordem constitucional ou que careça dos requisitos formais mais essenciais à norma segundo o ordenamento jurídico espanhol.

A recusa do Rei possui consequências que a Constituição Espanhola de 1978 não põe em evidência e, portanto, são imponderáveis e extraconstitucionais. Segundo Solozábal (1987, p. 115 *apud* BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1637), as consequências da recusa do monarca em sancionar uma norma elaborada pelas Cortes Gerais, podem, exemplificativamente, levar à inabilitação do monarca pelas Cortes Gerais, à sua abdicação ou, ainda, à abertura de reforma ou revisão constitucional para solucionar a questão. Todas essas saídas são extraconstitucionais e, portanto, resultariam de uma crise institucional.

É nessa tensão de possibilidade de geração de uma crise institucional, com consequências imprevisíveis, que o Rei da Espanha modera os ímpetus do Legislativo manifestamente contrários aos interesses da Coroa, do Reino ou considerados, por ele, inconstitucionais.

O Rei da Espanha em suas falas oficiais, por exemplo, na abertura das Cortes Gerais, manifesta os interesses e as necessidades gerais do Reino ao seu Gabinete Ministerial e ao Legislativo. Quando as Cortes Gerais atuam em sentido contrário à Constituição ou a esses interesses gerais expressos pelo monarca, assumem o risco, muito embora, remoto, de o monarca se

recusar a sancionar e a promulgar uma lei que considere indevida.

Não houve, desde a promulgação da Constituição Espanhola de 1978, ocasião que tenha gerado tal embate entre o Rei e o Legislativo e que tenha dado causa, com isso, à inabilitação do monarca, à sua abdicação ou à reforma constitucional. Entretanto, precedentes em outras monarquias europeias, notadamente a Bélgica, demonstram que esse embate é possível e que o Rei não pode ser obrigado a sancionar e promulgar uma lei que considere inadequada ao ordenamento jurídico da nação¹².

(ii) A Convocação e a Dissolução das Cortes

A Constituição Espanhola de 1978 estabelece, no art. 62.b, que cabe ao Rei “*convocar e dissolver as Cortes Gerais e convocar eleições nos termos previstos na Constituição*”. Esse artigo apresenta uma das prerrogativas que, na época em que Benjamin Constant elaborou a sua teoria a respeito do Poder Real — ou Poder Moderador —, era considerada a prerrogativa mais extremada desse poder político, destinado à “*salvação do Estado*”: a dissolução do Parlamento (NICASTRO, 2024, p. 201).

Contudo, Torres del Moral (2003, p. 433-434) aponta que chefia monárquica do Estado na Espanha foi cercada por um sistema parlamentar de governo e que suas atribuições, embora não tenham sido reduzidas a nada, foram limitadas à “*magistratura de influência*”. Nessa “*parlamentarização da Monarquia Espanhola*”, segundo Torres del Moral (2003), se procedeu a quatro eixos constitucionais na relação entre Coroa e Legislativo: (i) a impossibilidade de suspensão régia arbitrária das Cortes Gerais, ou seja, nos casos não previstos na Constituição; (ii) a intervenção das Cortes Gerais no processo político, em sua relação com o Governo, com independência da Coroa; (iii) a inexistência de poderes implícitos ou de reserva do Rei, que, mais do que poderes, possui funções e competências estritamente definidas no texto constitucional e (iv) a intervenção das Cortes Gerais na própria instituição monárquica, por exemplo, nas matérias de casamentos, sucessão e de declaração de inabilitação médica do Rei.

Nesse sentido, a Constituição Espanhola de 1978, conquanto tenha reservado ao Rei a função de realizar a convocação e a dissolução das Cortes Gerais, limitou a possibilidade de sua dissolução a quatro hipóteses, todas elas por proposição do Presidente de Governo, mediante prévia deliberação do Conselho de Ministros, e sob sua exclusiva responsabilidade

e/ou decorrentes do próprio texto constitucional.

As Cortes Gerais podem ser dissolvidas apenas (i) devido ao decurso dos quatro anos do mandato dos Deputados e Senadores (arts. 68.4 e 69.6); (ii) diante da impossibilidade de as Cortes Gerais concederem confiança a um candidato no prazo de dois meses após a realização da primeira votação de investidura (art. 99.5); (iii) por vontade do Presidente do Governo, desde que contado um ano da dissolução anterior e desde que ele não esteja sujeito à moção de censura (art. 115) e, finalmente, (iv) imediatamente após reforma constitucional ser aprovada pelas Cortes Gerais (art. 168).

Segundo Belda, essa é uma prerrogativa de moderação formal, uma vez que não há uma margem do Rei no exercício dessa atribuição. O Rei convoca as duas câmaras das Cortes Gerais após os processos de renovação eleitoral e as dissolve exclusivamente nas hipóteses acima descritas. Não há margem discricionária para que atue de ofício quando julgar a dissolução necessária para evitar uma crise institucional, como havia na Constituição Imperial de 1824, no Brasil. Em todos os casos, como aponta Belda, o endosso do Presidente do Governo ou do Congresso de Deputados, com base nas hipóteses constitucionais, isenta a Coroa da responsabilidade na avaliação das circunstâncias (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 135).

O dever acessório à dissolução parlamentar é a convocação de novas eleições, ocasião em que o Rei convoca o órgão eleitoral para renovação parlamentar. Com exceção da hipótese do art. 99.5 (impossibilidade de confiança das Cortes Gerais no prazo de dois meses após a realização da primeira votação de investidura), na qual o Presidente do Congresso de Deputados assina conjuntamente com o Rei a convocação e é responsável pelo processo eleitoral, todas as demais hipóteses recaem ao Presidente do Governo.

(iii) Convocar referendos

A terceira e última prerrogativa real na relação com o Legislativo que identificamos no art. 62 da Constituição Espanhola de 1978 é a de convocar referendos. Novamente, Belda aponta que se trata de uma “*mera intervenção formal destinada à mediação com o órgão eleitoral*” (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1635).

A Constituição Espanhola de 1978 apresenta três tipos de referendo: (i) os consultivos, referentes às “*decisões políticas de especial transcendência*” (art. 92); (ii) os territoriais, referentes às iniciativas de autonomia ou de aprovação de projeto de Estatuto de Autonomia (art. 151) e (iii) os de reforma constitucional (arts. 167.3 e 168.3).

O Rei, então, somente pode convocar referendos nessas hipóteses e não pode, de forma autônoma, os convocar. Depende, portanto, quando não é de convocação obrigatória pelo texto constitucional, na primeira hipótese, de proposta do Presidente do Governo e, na terceira, por proposição, caso se trate de hipótese facultativa, de ao menos um décimo dos membros do Senado ou do Congresso de Deputados.

4.2.2 Relação com o Executivo

O Rei da Espanha, em sua relação com o Executivo, possui as prerrogativas moderadoras previstas nos arts. 62.d, 62.e, 62.f e 62.g. Ou seja, o monarca (i) propõe, nomeia e demite o Presidente do Governo; (ii) nomeia e exonera os membros do Governo; (iii) emite os decretos aprovados em Conselho de Ministros e (iv) pode presidir o Conselho de Ministros.

(i) Proposição, Nomeação e Demissão do Presidente do Governo

Essa poderia ser uma das mais notáveis prerrogativas da Coroa. Como alternativa à medida extremada de dissolver o Parlamento para “*salvação do Estado*”, o Rei poderia, caso entendesse que, em vez de moderar os ímpetus do Legislativo, devesse reconfigurar o Executivo, demitir o Presidente de Governo. Entretanto, embora fosse essa a tese de Benjamin Constant e do Poder Moderador na Constituição Imperial de 1824, a Constituição Espanhola de 1978, nesse aspecto, parece esterilizar o poder régio.

Rodríguez-Piñero (2018, p. 1558) aponta que o sistema constitucional espanhol se aproxima do “*sistema de parlamentarismo monista no sentido de que o Governo depende principalmente da confiança do Congresso e não da confiança régia*”, especialmente em razão da autonomia e da independência do Rei em relação ao Governo e da sua carência de *potestas*. Segundo Rodríguez-Piñero (2018, p. 1558), por isso, na Espanha, não se fala em “*Governo de Sua Majestade*”.

A matéria de proposição e nomeação do Presidente do Governo está

regulada no art. 99 da Constituição Espanhola de 1978. O artigo indica que, após cada renovação do Congresso dos Deputados, e nas demais situações constitucionais em que tal proceda, o Rei, com prévia consulta dos representantes designados pelos grupos políticos com representação parlamentar, e por meio do Presidente do Congresso, proporá um candidato à Presidência do Governo (art. 99.1).

Esse candidato deverá expor perante o Congresso de Deputados o Programa político do Governo que pretende formar, solicitando a confiança da Câmara (art. 99.2). Caso tenha a maioria absoluta dos votos e tenha, assim, a confiança, o Rei o nomeará Presidente do Governo. Na hipótese de não ter sucesso nessa primeira votação, o candidato proposto deverá submeter a mesma proposta à nova votação quarenta e oito horas depois, e a confiança será considerada concedida se obtiver maioria simples (art. 99.3).

Se, após dois meses, realizadas sucessivas propostas de Governo, nenhum candidato tiver obtido a confiança do Congresso, o Rei deverá dissolver as Cortes Gerais e convocar novas eleições com a referenda do Presidente do Congresso, como acima mencionamos (arts. 99.4 e 99.5).

Na hipótese de uma moção de censura que cause a queda do Governo, o candidato incluído como substituto na moção será considerado investido de confiança do Congresso de Deputados, devendo o Rei nomeá-lo Presidente do Governo (art. 114.2).

Belda aponta que a decisão do monarca é nula e, portanto, essa prerrogativa é meramente uma decisão de moderação formal (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1635). O Rei não propõe ou nomeia diretamente o Presidente do Governo, mas, por meio e com referenda do Presidente do Congresso de Deputados, ou, por uma decisão do Congresso de Deputados, na qual o candidato é proposto na moção de censura.

Por outro lado, com exceção da hipótese de moção de censura cujo candidato é proposto pelo Congresso de Deputados no próprio instrumento, a proposição do chefe do Executivo pelo Rei da Espanha não é imposição do Presidente do Congresso de Deputados. O Rei deve propor esse candidato, sim, por meio do Presidente do Congresso de Deputados, na medida em que é ele que leva sua proposição à votação. Outrossim, essa escolha resulta da auscultação dos grupos políticos com representação parlamentar.

Por isso, Francisco Javier Díaz Revorio (2004, p. 402), Professor de Direito Constitucional de Universidade de Castilla-la Mancha, identifica ao menos uma margem para o arbítrio do monarca na questão. A Constituição Espanhola de 1978 permite que o Rei, ao auscultar as Cortes Gerais, não escolha o candidato cujo partido detenha mais cadeiras no Congresso de Deputados, mas adote e proponha outras opções que não seriam “*irrazoáveis ou inconstitucionais*”.

Essas opções poderiam ser, por exemplo, dentro de um privilégio pela governabilidade, a da escolha de um candidato de um grupo político que, mesmo com mais cadeiras, não obteve mais votos populares, ou que, mesmo com mais cadeiras no Congresso de Deputados, não alcance a maioria absoluta, mas que consiga formar uma coalização com outros grupos. Contudo, o Rei poderia privilegiar o voto popular e indicar um candidato que, apesar de ter menos cadeiras, tenha maior voto popular, ou, ainda, um que, mesmo com mais cadeiras de seu grupo, apresente menos possibilidades do que outros de obter a maioria absoluta por meio de uma coalizão (DÍAZ REVORIO, 2004).

Díaz Revorio reconhece que a opção mais sensata seria de escolher e propor como candidato aquele que possa reunir mais votos no Congresso de Deputados, mas todas essas demais escolhas seriam constitucionais e, em certa medida, razoáveis. Poderia, nesses casos, o Presidente do Congresso negar a proposta do Rei? Díaz Revorio aponta que, se essa resposta for negativa — e muito provavelmente é, pois, são escolhas constitucionais e razoáveis —, é inevitável reconhecer que o monarca, embora com margem muito reduzida, ainda detém uma função moderadora ou arbitral (DÍAZ REVORIO, 2004).

Já com relação à demissão, não é possível relativizar a questão. A destituição do Presidente de Governo pode ser baseada em causas naturais (morte, incapacidade física ou mental), pessoais (demissão) ou normativas, como a eleição de outro Presidente do Governo pelo Congresso de Deputados após a renovação das Cortes Gerais, ou a perda de confiança após o sucesso de uma moção de censura (arts. 101 e 114.2) (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1635).

(ii) Nomeação e exoneração dos membros do Governo

Nos termos do art. 62.e, quem deve nomear e afastar os membros

do Governo, isto é, os Ministros de Estado, é o Rei, mas somente sob proposta do Presidente do Governo. O art. 100 da Constituição Espanha de 1978 reflete a mesma fórmula.

Belda entende que o Presidente do Governo intervém a esse respeito com a frequência que desejar e que “*nenhum suporte constitucional deve ser negado à possibilidade de permitir que ele introduza pessoas específicas no gabinete*” (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1635). Segundo Antonio Cidoncha Martín. Professor de Direito Constitucional da Universidade Autônoma de Madri, o Rei sempre vai consentir com a indicação do Presidente do Governo, porque a Coroa está em jogo caso não o faça. Mas, segundo ele, trata-se de uma consideração de oportunidade política, tal qual, como indicamos, a possibilidade de o Rei negar a sanção às leis (TAJADURA TEJADA, 2024, p. 349).

Embora Belda aponte como moderação formal, entendemos que há uma moderação efetiva mútua, como no caso da sanção. Como atestou Tejada, o Rei nunca poderá nomear um Ministro de Estado contra a vontade do Presidente do Governo, uma vez que depende de sua referenda. Por outro lado, o Presidente do Governo também nunca poderia nomear um Ministro de Estado que suscite a expressa rejeição régia. O Presidente do Governo pode propor, mas somente ao Rei cabe efetuar a nomeação (TAJADURA TEJADA, 2024).

(iii) Emitir os decretos aprovados em Conselho de Ministros

Nos termos do art. 62.f da Constituição Espanhola de 1978, é prerrogativa do Rei “*expedir os decretos acordados no Conselho de Ministros, conferir os empregos civis e militares e conceder honras e distinções com respeito pelas leis*”.

No que tange à emissão de decretos aprovados pelo Conselho de Ministros, Belda (2018, p. 1635) aponta que a Constituição confere ao Rei da Espanha um papel agregador do processo legislativo. Nesse sentido, o Rei é um “*executor formal*” ao exercer essa prerrogativa, isto é, limitado a apenas apresentar um ato emanado da vontade de um poder do Estado, nesse caso, o Executivo. Seria, portanto, dever do Rei emitir os decretos e, em primeira análise, seu poder seria apenas simbólico, uma vez que, ao seu ato, não caberia exame ou verificação de mérito ou legalidade, desde que o ato submetido à emissão não seja marcadamente inconstitucional.

Entretanto, Belda reconhece que essa é uma prerrogativa de efetiva moderação da Coroa, estando em equivalência à da sanção. O Rei, embora não participe da elaboração do decreto, mantém sua prerrogativa de recusar a sua emissão, sem que isso lhe confira qualquer força de veto. As consequências da recusa em emitir um decreto aprovado por um Gabinete Ministerial que possua confiança das Cortes Gerais são políticas e não jurídicas e, portanto, extraconstitucionais e imponderáveis.

Com isso, pela própria possibilidade de existir o cenário de recusa pelo Rei, há efetiva moderação. O Conselho de Ministros não levará ao Rei um decreto manifestamente oposto aos interesses que o Rei expressou em suas falas, sob risco de uma crise institucional.

Por outro lado, quanto ao fato de o Rei conferir os empregos civis e militares, essa prerrogativa deve ser sopesada frente a outros dispositivos constitucionais.

Conquanto o Rei possa nomear e demitir livremente os membros civis e militares que prestam serviços à Casa Real (art. 65), os demais empregos civis e militares da Administração Pública no Reino da Espanha estão sujeitos: (i) ao direito fundamental de acesso a cargos de serviço público em condições de igualdade (art. 23.2); (ii) à gestão pelo Governo (art. 97); (iii) aos princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e da coordenação; (iv) às leis infraconstitucionais que regulamentam o estatuto dos funcionários públicos; (v) ao acesso à função pública de acordo com os princípios de mérito, de capacidade e das funções a serem exercidas e (vi) aos princípios básicos de atuação das Forças e Corpos de Segurança e seus estatutos (arts. 103 e 104).

Nesse caso e na concessão de honras e de distinções, a atuação do Rei é meramente simbólica.

(iv) A Presidência das reuniões do Conselho de Ministros

O Rei da Espanha tem por prerrogativa *“ser informado dos assuntos de Estado e presidir, para este efeito, às sessões do Conselho de Ministros, quando o considere oportuno, a pedido do Presidente do Governo”* (art. 62.g). Trata-se, segundo Belda, de uma prerrogativa com efetiva moderação das demais instituições (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1639).

Isso, pois, configura um dever-poder do Rei de informar-se dos assuntos de Estado e, nessa medida, um dever do Executivo de informar o

Rei dos assuntos de Estado. Tudo isso para um fim — a presidência das reuniões do Conselho de Ministros, quando convidado pelo Presidente do Governo e o próprio Rei considerar oportuno.

Segundo Belda (2018, p. 1639), está claro quais são esses “*assuntos de Estado*” dos quais o Rei pode e deve se informar: “*matérias em que o Poder Público tem acesso, [...] derivadas da função executiva e reguladora em matérias de competência do Estado, além de todas as demais matérias de importância na atividade do país*”.

A dúvida, portanto, reside no fato de se é o Rei quem exige essas informações ou se é o Governo quem controla esse fluxo. A doutrina se divide. Para Ángel Menéndez Rexach (1979, p. 407 e ss., *apud* BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1640), Professor de Direito Administrativo da Universidade de Valladolid e da Universidade Autônoma de Madri, o Rei é quem decide quais informações deseja, pois é o titular do direito. Para Luís Sánchez Agesta (1983, p. 236), celebrado político, jurista e historiador espanhol, e para Belda (2018, p. 1640), por outro lado, o conhecimento do Rei está limitado a questões de especial relevância política, sendo o Governo quem decide quais informações serão remetidas ao conhecimento do monarca, respondendo, contudo, em termos gerais, às preocupações do monarca quanto aos assuntos de que necessita para o cumprimento de suas funções.

Nesse sentido, o Rei não assume um papel passivo, “*sendo legítimo que ele tenha a iniciativa de fazer perguntas ou mostrar interesse em assuntos gerais, atuando como interlocutor e não como mero ouvinte*” (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1640). Por isso, o monarca possui canais permanentes de comunicação com a Administração Central do Estado e pode despachar com os Ministros de Estado, formal e informalmente, por qualquer motivo (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1640). São essas atividades que superam a mera reunião semanal do Rei com o Presidente de Governo.

Belda reconhece que as reuniões do Conselho de Ministros que contam com a presença do Rei da Espanha são poucas, reduzidas, muitas vezes, às reuniões anuais. Outrossim, em razão de sua posição neutra, o monarca, na presidência das reuniões ministeriais, pode perguntar, se informar, para adimplir com seu poder-dever de “*tomar conhecimento dos assuntos de Estado*”, mas não pode interferir nas decisões ou nas delibera-

ções executivas dos Ministros de Estado. Sua presença na reunião, contudo, demonstra a sua *auctoritas*, ou seja, sua “*magistratura de influência*”, que pode direcionar os entendimentos, os interesses e os ânimos em tais reuniões, temperando as decisões de Estado.

O Rei pode participar das reuniões quando julgar oportuno, contudo, depende do convite do Presidente do Governo. A efetiva moderação exercida pode ser identificada também na eventual recusa não justificada. Caso o Rei recuse o convite do Presidente de Governo sem justificar sua ausência, isso demonstraria publicamente — de forma não tão sutil — o desprezo que a Coroa tem pelo Governo, potencialmente afetando sua confiança nas Cortes Gerais.

Por outro lado, caso o Rei não seja convidado e julgue oportuno participar de uma reunião específica do Conselho de Ministros, qual seria a saída, uma vez que o Rei depende do convite do Presidente de Governo? A doutrina diverge. Manuel Martínez Sospedra, político e jurista espanhol, defende que o pedido do Rei para comparecer à reunião é vinculante, forçando, portanto, o convite pelo Presidente de Governo. Já Torres del Moral defende que, caso o Executivo não queira participação da Coroa em reunião específica, pode alegar desconhecimento do pedido, uma vez que o convite deve ser realizado pelo Presidente do Governo. A recusa do Governo ao pedido do Rei, contudo, teria o mesmo efeito ruído de eventual recusa do convite pelo Rei: publicamente demonstraria falta de confiança mútua e, sendo o Rei constitucionalmente inamovível e não possuindo poderes executivos nessas reuniões, apenas de influência, nossa impressão é a de que o ruído recairia sobre o Governo, que privaria a Coroa dos assuntos que julga necessários para o exercício de sua prerrogativa constitucional de tomar conhecimento dos assuntos de Estado.

Diante dessa divergência doutrinária, Belda aponta que “*as opiniões formuladas perto de 1978 tendem a manter maiores níveis de disponibilidade real no conteúdo efetivo dos poderes da Coroa*” (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1641). Isto é, privilegiam o poder da Coroa.

4.2.3 Relação com o Judiciário

Em sua relação com o Judiciário, a Coroa é responsável pela sua composição, uma vez que a Justiça é administrada em nome do Rei (art. 117.1).

Nesse sentido, o Rei é responsável por nomear os membros do Conselho Geral do Poder Judicial, formado por 20 membros, dos quais 12 necessariamente juízes e magistrados, nos termos que estabelece a lei orgânica, quatro por indicação do Congresso dos Deputados e os demais quatro por indicação do Senado (art. 122.3). Além disso, o Rei nomeia o Presidente do Supremo Tribunal, sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial (art. 123) e o Procurador-Geral do Estado, sob proposta do Governo (art. 124.4). O Rei também deve compor o Tribunal Constitucional, nomeando seus 12 membros, dos quais quatro sob proposta do Congresso, quatro sob proposta do Senado, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial (art. 159.1), nomeando também seu presidente, sob proposta do Pleno do Tribunal Constitucional (art. 160).

Entendemos que, com a função de nomear e compor o Poder Judiciário, a Coroa exerce efetiva moderação desse poder ativo do Reino da Espanha. A moderação, contudo, é equivalente àquela exercida na nomeação dos Ministros de Estado, a qual mencionamos acima. A margem de escolha dos nomes pelo Rei é diminuta, uma vez que somente pode nomear os indicados e eleitos pelos demais poderes ativos (Executivo e Legislativo). No entanto, enquanto o Executivo e o Legislativo podem propor nomes, somente ao Rei cabe efetuar a nomeação desses magistrados e sua recusa em fazê-lo, embora não seja provável, ou conte com precedentes, é uma possibilidade.

Apesar dessa prerrogativa de composição do Judiciário, esparsa no texto constitucional, nos termos do art. 62.i, o exercício do direito de graça é a única competência expressa que o Rei da Espanha exerce em sua relação direta de moderação do Poder Judiciário.

Fruto de uma tradição histórica conferida aos chefes de Estado, o direito de graça não está definido no texto constitucional. Tradicionalmente, ele é entendido como o indulto e a anistia. Na medida em que a anistia extingue o delito, o órgão competente para a realizar são as Cortes Gerais, por meio de lei que segue à sanção real. Ao Rei, portanto, cabe apenas o indulto que, inclusive, não pode ser geral, tampouco concedido a membros do Governo ou a traidores do Estado (art. 102). Nos termos do texto constitucional, o Rei pode “*exercer o direito de graça com respeito pela lei, não podendo autorizar indultos gerais*”.

Trata-se, portanto, do ato excepcional em benefício a um cidadão ou a um grupo de cidadãos concretos, que extingue (ou comuta) a pena imposta pelo Judiciário, após a realização do devido processo legal.

Belda considera essa uma prerrogativa meramente simbólica da Coroa, visto que o Rei somente pode conceder os indultos “*com respeito pela lei*” — isto é, com atenção à legislação infraconstitucional que regulamenta o instituto do indulto — e que tal ato necessita de referenda do Ministro da Justiça.

A moderação do Judiciário, isto é, a concessão do indulto é muito limitada por essa legislação regulamentadora, pois depende de uma fase judicial, na qual juiz sentenciador deve julgar (de forma não vinculante) sobre a justiça e a conveniência a respeito da graça, e de uma fase governamental, na qual o Conselho de Ministros avalia e acorda, em caráter irrevogável, a respeito da concessão da graça. Somente após superadas essas fases, o direito de graça pode ser exercido pelo Rei. Nesse sentido, o Rei permanece à mercê das decisões do Governo e é, por causa dessa legislação regulamentadora, agente passivo nesse processo.

4.2.4 Atribuições próprias de Chefe de Estado

Dentre as funções do Rei, prescritas pelos arts. 62 e 63 da Constituição Espanhola de 1978, encontram-se algumas que não possuem as características de serem moderadoras ou arbitrais, mas, sim, *sui generis*, ou próprias da condição de o Rei ser Chefe de Estado. São elas: o comando supremo das Forças Armadas (art. 62.h), o Alto Patronato das Reais Academias (art. 62.j) e a representação do Reino da Espanha nas relações internacionais (art. 63).

Quanto ao Alto Patronato das Reais Academias, essa é uma prerrogativa eminentemente simbólica, sem relação política, mas de mera atribuição ao monarca de uma projeção cultural, como deferência à tradição histórica da fundação dessas instituições (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1634). Nós nos debruçaremos na análise das duas outras prerrogativas.

(i) Comando supremo das Forças Armadas

O Rei da Espanha, nos termos do art. 62.h da Constituição Espanhola de 1978, exerce o “*comando supremo das Forças Armadas*”. Dentre

tantas divergências doutrinárias quanto aos limites e à possibilidade de o Rei dispor de fato de suas prerrogativas constitucionais, uma vez que carecem de precedentes (e.g. a recusa de sancionar uma lei; de se recusar em nomear um Presidente do Governo; de se recusar em emitir decretos aprovados pelo Conselho de Ministros etc.), o exercício do comando supremo das Forças Armadas é controverso, em nível jurídico e político, pois, foi realmente utilizado pelo Rei no episódio do 23-F, em 1981, a respeito do qual já discorreremos na análise do contexto da “*Transición*” e da consolidação da Constituição Espanhola de 1978.

Na ocasião, com o golpe de Estado em curso, culminado na invasão das Cortes Gerais, no sequestro dos membros do Governo e do Legislativo e na sublevação de grupos militares, ou seja, na total paralisação do Governo, sob sequestro, quem tomou as rédeas da situação e invocou o art. 62.h foi o Rei Juan Carlos I. Exercendo o comando supremo das Forças Armadas, o Rei enviou a seguinte ordem aos Capitães Generais das regiões militares, zonas marítimas e regiões aéreas:

Diante da situação criada pelos eventos ocorridos no palácio do Congresso, e para evitar qualquer possível confusão, confirmo que ordenei às autoridades civis e à Junta de Chefes do Estado Maior que tomem as medidas necessárias para manter a ordem constitucional dentro da legalidade vigente. Qualquer medida de caráter militar que, se necessário, tiver que ser tomada deverá contar com a aprovação da Junta de Chefes do Estado Maior. A Coroa, símbolo da permanência e unidade da Pátria, não pode tolerar, de forma alguma, ações ou atitudes de pessoas que pretendam interromper pela força o processo democrático que a Constituição votada pelo povo espanhol determinou em seu dia através de referendo.¹³

Segundo Belda (2018, p. 1641), a ação da Coroa não teve outro sentido senão o de evitar comportamentos não gerados pelos órgãos constitucionais competentes, trazendo o estado de coisas para uma situação que não deveria ter sido perdida. Para ele, o Rei não deve elaborar suas próprias soluções diante de uma crise, mas participar de atos que envolvam um retorno ao momento anterior ao golpe, resolvendo o vácuo, na busca pela normalidade institucional.

Em suma, é exatamente essa a função moderadora e arbitral que possui o Rei com o seu Poder Real na teoria de Benjamin Constant. Como o

delegatário de um poder neutro, o Rei busca estabelecer a estabilidade entre os poderes ativos e a “*salvação do Estado*”, nos casos mais extremados.

Segundo Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (1991, p. 1936 *apud* BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1641), jurista e político espanhol, a Constituição Espanhola de 1978 atribui ao Rei, no âmbito de sua função arbitral, como magistrado para a crise e o estado de emergência, a efetividade do comando das Forças Armadas em caso de insuficiência de disposições legais. Já para Miguel Satrústegui Gil-Delgado (1997, p. 26 *apud* i BELDA PÉREZ-PEDRERO, 2018, p. 1641), jurista e economista espanhol, essa competência decorreria da sua função de garantidor da Constituição, conferindo-lhe um comando eminente e indireto, que seria exercido pelo Governo e pela cadeia de comando militar. Nesse caso, como líder civil, o Rei ordenaria apoiado pelo endosso ministerial e, como chefe militar, poderia dar ordens, tornando-se legitimado para dá-las diretamente.

A doutrina espanhola, segundo Belda (2018, p. 1641), “*ora aberrantemente e ora de forma mais velada*” entende que, nos termos da Constituição Espanhola de 1978, o resíduo último de poder recaia à Coroa. Paradoxalmente, é sobre o Rei, uma figura que, embora imbuída de muita *auctoritas* — tanto que exerce sua moderação por meio da chamada “*magistratura de influência*” —, constitucionalmente fora praticamente esterilizada de *potestas*, que, em circunstâncias excepcionais, é o que garante a defesa da Constituição e de suas instituições com a mais forte das potestades: o comando supremo das Forças Armadas.

(ii) Representação do Estado nas relações internacionais

Embora o art. 56.1 tenha atribuído ao Rei da Espanha a “*mais alta representação do Estado espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações de sua comunidade histórica*” e Serrano Alberca a tenha classificado como uma função geral do Rei, a Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 63, atribui prerrogativas concretas a essa representação.

Nos termos do art. 63, o Rei é responsável por (i) credenciar os embaixadores e outros representantes diplomáticos e aceitar as credenciais dos representantes estrangeiros na Espanha (art. 63.1); (ii) manifestar o consentimento do Estado, por meio de tratados, para contrair obrigações internacionalmente (art. 62.2) e (iii) declarar a guerra e fazer a paz, me-

diante prévia autorização das Cortes Gerais (art. 62.3).

Segundo Belda, os atos das relações internacionais “*requerem formalmente da figura integradora da Coroa para resumir a vontade internacional do Reino da Espanha*”. As funções do Rei no âmbito das relações internacionais, apesar de concretas, poderiam ser tidas como meramente formais, protocolares e simbólicas. Entendemos, contudo, o contrário.

O Rei da Espanha possui a prerrogativa, por exemplo, de recusar a credencial de um embaixador estrangeiro ou de credenciar um embaixador proposto pelo Governo ou de assinar um tratado internacional, conferindo-lhe a formalidade necessária.

Nesse sentido, as prerrogativas conferidas ao Rei no âmbito da representação do Estado nas relações internacionais se assemelham às de moderação em sua relação, por exemplo, de recusar a nomeação de um Ministro de Estado ou de se recusar a sancionar uma lei. Logo, essa prerrogativa real não é esvaziada totalmente de poder de arbítrio pelo monarca, muito embora, as consequências políticas no exercício dessa prerrogativa sejam imponderáveis.

5. CONCLUSÕES

A análise das prerrogativas do Rei da Espanha na Constituição Espanhola de 1978 demonstram que a Coroa, embora não seja, nos termos constitucionais, um poder apartado do Executivo, Legislativo e do Judiciário, os considerados poderes ativos, pode ser enxergada como um poder político próprio. Por exemplo, a própria Constituição Francesa de 1814, analisada por Benjamin Constant para sua teoria, formalmente não apresentava essa distinção entre os poderes ativos e o poder neutro, identificado por Constant.

A Coroa na Constituição Espanhola de 1978 é, portanto, um poder político de fato neutro, ou seja, de acordo com a teoria de Benjamin Constant, um Poder Moderador. A própria Constituição o confessa ao apontar o Rei da Espanha como o árbitro e o moderador do funcionamento regular das instituições.

Sem dúvida, ao Rei da Espanha falta grande parte das prerrogativas que Benjamin Constant identificou como inerentes ao Poder Real, ou que a Constituição Imperial de 1824, no Brasil, sabiamente segregou com base nessa doutrina. A moderação exercida pelo Rei da Espanha ficou limitada

ao que Torres del Moral apontou como “*magistratura de influência*”, devido à grande *auctoritas* que a figura da Coroa ainda detém. Como apontamos, essa moderação também pode ser exercida com base na tensão de deflagração de uma crise institucional, caso o consenso com os interesses expressos da Coroa não seja respeitado pelos demais poderes ativos e vice-versa.

Relegar ao Rei da Espanha um papel meramente decorativo no âmbito da Constituição Espanhola de 1978 é ignorar as possibilidades de exercício de suas prerrogativas e a efetiva moderação que a Coroa exerce, seja por sua influência, seja pela tensão política. Outrossim, é de fato ignorar a sua atuação nos momentos mais tensos da *Transición*, quando o Rei da Espanha, tomando as rédeas na nação quando o Governo se encontrava sequestrado, assumiu a sua prerrogativa de comandante supremo das Forças Armadas e interrompeu o golpe de Estado conhecido como “23-F”.

O Rei da Espanha, na Constituição Espanhola de 1978, portanto, não é mero “*bibelô*”, mas, na teoria de Benjamin Constant, a “*chave da abóbada*”, sem a qual o atual edifício do Estado Espanhol cairia (OLIVEIRA, 2003, p. 2003)¹⁴.

REFERÊNCIAS

CONSTANT DE REBECQUE, H. B. *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*. Paris: A. Eymery, 1815.

DÍAZ REVORIO, F. J. *La Corona desde la perspectiva jurídico-constitucional*. In: Revista Española de Derecho Constitucional, ano 24, n. 71, maio-agosto 2004, pp. 397-409.

DÍAZ REVORIO, F. J. *La monarquía parlamentaria, entre la historia y la Constitución*. In: Pensamiento Constitucional, n. 20, 2015, pp. 65-106.

ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, nº 311, de 29 dez.1978 (última modificação: 17 fev. 2024). Tradução por Don Afonso d’Oliveira Martins y Doña Margarida Salema d’Oliveira Martins Gagliardini Graça.

GARCÍA, E. *El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la monarquía en una democracia con pretensión de veracidad*. In: Revista de Derecho Político, nº 105, maio-agosto 2019, pp. 19-55.

LARIO, A. *Monarquía Constitucional y Gobierno Parlamentario*. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n. 106, out-dez. 1999, pp. 277-288.

LAVILLA ALSINA, L. *La Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado Español*. In: Asamblea. Revista Parlamentaria De La Asamblea De Madrid, nº 5, 2001, pp. 3-13.

LYNCH, C. E. C. *O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824)*. In: Dados - Revista de Ciências Sociais, v. 48, n. 3, 2005, pp. 611-654

MINOVES-TRIQUELL, J. F. *Monarchy, a Democratic Paradox: The Head of State in European Parliamentary Democracies*. Orientador: David R. Cameron. 2011. Tese (Doutorado em Ciência Política – PHD). Yale University, 2011.

NICASTRO, G. de F. *A temperança do Poder Moderador na Constituição de 1824*. In: NORONHA, Ibsen José Casas (coord.). *No Bicentenário da Constituição de 1824 - estudos sobre a formação constitucional do Brasil Império*. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2024, pp. 176-211.

NOGUEIRA, O. 1824. *Coleção Constituições brasileiras*. v. 1., 3. ed., Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

OLIVEIRA, R. V. de. *O Poder Moderador*. Orientador: Prof. Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. 2003. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *El Poder Moderador y la Monarquía Parlamentaria*. In: Cuadernos De Investigación Histórica, n. 40, 2023, pp. 13-34.

POWELL, C. *El papel de la monarquía en la España democrática*. In: Revista de la Universidad de México. n. 552-553, jan. 1997, pp. 84-87.

POWELL, C. *El rey y la monarquía en la Transición a la democracia en España*. In: MIGUEL, G. C de et SERRANO, J. P. (eds.), *Sociedad de masas, medios de comunicación y opinión pública*. Logroño, 2008, pp. 89-110.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M et CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*. Tomos I e II. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.

ROLLNERT LIERN, G. *La monarquía parlamentaria española en perspectiva comparada*. In: LAPUENTE, V. et al. *Reinventando la tradición. Las monarquías parlamentarias en el siglo XXI*, Cizur Menor: Thomson Reu-

ters Aranzadi, 2021, pp. 33-54.

SANCHEZ AGESTA, L. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7º ed. rev. Madri: Universidade de Madri, 1980.

SANCHEZ AGESTA, L. *Sistema Político de la Constitución Española*. 3º ed. Madri: Editora Nacional, 1983.

SÃO VICENTE, J. A. P. B., Marquês de. *Direito publico brasileiro e analyse da constituição do império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857.

SERRANO ALBERCA, J. M. *La monarquía, su significado y desarrollo en España en los últimos tiempos: las virtudes del Rey*. In: Revista de las Cortes Generale, nº 103, jan-abril 2018, pp. 97-114.

SOUZA, B. F. H. de. *Do poder moderador: ensaio de direito constitucional contendo a analyse do Tit. V, Cap. 1 da Constituição Política do Brazil*. Recife: Typographia Universal, 1864.

TAJADURA TEJADA, J. *El Poder Moderador de la Corona*. In: Revista Española de Derecho Constitucional. n. 132, set-dez. 2024, pp. 343-357.

TAJADURA TEJADA, J. *La legitimidad funcional de la Corona como magistratura de auctoritas basada en la neutralidad y la ejemplaridad*. In: Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, n. 35, 2023, pp. 188-209.

TORRES DEL MORAL, A. *Cuarenta años de monarquía parlamentaria*. In: Revista de Derecho Político, n. 101, jan-abril 2018, pp. 33-64.

TORRES DEL MORAL, A. *La Corona*. In: Revista de Derecho Político, n. 36, 1992, pp. 303-319.

TORRES DEL MORAL, A. *Veinticinco años de monarquía parlamentaria*. In: Revista de Derecho Político, n. 58-59, 2003-2004, pp. 427-445.

URUGUAI, P. J. S. S, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Tomo II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VASCONCELLOS, Z. de G. *Da natureza e limites do poder moderador*. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 2. ed., 1862.

'Notas de fim'

1 Durante o período de 1789 até 1791, a Assembleia Nacional gradualmente transferiu os poderes do monarca para ela mesma ou para os ministros de Estado. A Constituição Francesa de 1791, contudo, reservou ao Rei Luís XVI o “poder executivo supremo” e a “chefia suprema da administração geral do Reino”, dentre outras prerrogativas. O arranjo, contudo, teve curta duração, pois, como resultado da insurreição de 10 de agosto

de 1792, o Rei Luís XVI foi suspenso, preso e substituído pelos Ministros de Estado. Com a abolição da monarquia em 21 de setembro do mesmo ano e com a execução do Rei Luís XVI, em 21 de janeiro de 1793, a norma fundamental francesa foi substituída pelo estado de exceção do Terror, até a promulgação da Constituição “Montagnard” de 1793. Essa, por vez, nunca fora aplicada, uma vez que o regime de Maximilien de Robespierre caiu poucos meses após sua promulgação e a França ainda se encontrava em estado de guerra.

2 São esses doze países: Andorra, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Luxemburgo, Liechtenstein, Mônaco, Noruega, Países Baixos, Reino Unido, Suécia, Vaticano.

3 Tradução livre de: “Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, et le pouvoir judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général: mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s’entre-choquent et s’entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l’un des ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres. Il faut qu’elle soit en dehors, qu’elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s’applique nécessairement partout où il est nécessaire qu’elle soit appliquée, et pour qu’elle soit préservatrice, réparatrice, sans être hostile.”

4 Tradução livre de: “Il plane, pour ainsi dire, au-dessus des agitations humaines, et c’est le chef-d’œuvre de l’organisation politique d’avoir ainsi créé, dans le sein même des dissensions sans lesquels nulle liberté n’existe, une sphère inviolable de sécurité, de majesté, d’impartialité, qui permet à ces dissensions de se développer sans péril, tant qu’ils n’excèdent pas certaines limites, et qui, dès que le danger s’annonce, y met un terme par des moyens légaux, constitutionnels, et dégagés de tout arbitraire. Mais on perd cet immense avantage, soit en abaissant le pouvoir du monarque au niveau du pouvoir exécutif, soit en élevant le pouvoir exécutif au niveau du monarque.”

5 Conforme a Lei de Sucessão da Chefia do Estado, promulgada em 27 de julho de 1947.

6 A decisão do então Príncipe das Astúrias de aceitar a indicação do Caudillo, subvertendo a ordem sucessória e o princípio da legitimidade, não foi bem aceita pelo Conde de Barcelona. O Conde de Barcelona, que inicialmente apoiou Francisco Franco, paulatinamente se opôs ao regime franquista em 1945, em seu Manifesto de Lausanne, e, em 1947, à Lei de Sucessão da Chefia do Estado. A renúncia dinástica do Conde de Barcelona somente ocorreu em 1977, quando seu filho já reinava como Juan Carlos I. Embora não tenha sido efetivamente Rei da Espanha, o Conde de Barcelona foi reconhecido como João III da Espanha, ao menos em seu funeral.

7 Foi assim com a abdicação do Rei Juan Carlos I em 2014. Em 18 de junho de 2014, após ter anunciado sua intenção de abdicar ao Trono da Espanha no início do mesmo mês e de as Cortes Gerais terem a aprovado, o Rei sancionou a Lei Orgânica nº 3/2014, efetivando o seu ato.

8 Tradução livre de: “Esa atribución explícita, en cuanto al legislador no ha sido entendida como un principio dispositivo que permita legislar libremente sobre las funciones y competencias del Rey como Jefe del Estado, ni el legislador puede restringir las constitucionalmente reconocidas ni tampoco ampliarlas asignándole tareas que desnaturalizarían el diseño constitucional que ha querido limitar los poderes reales para asegurar su auctoritas y su función primordial de símbolo de unidad y permanencia de España y de moderador del funcionamiento regular de las instituciones”.

9 Tejada, contudo, reconhece que, com o advento do Tribunal Constitucional, o Rei já não pode mais ser considerado o último árbitro do jogo político. (Ibidem, p. 198)

10 Tradução livre de: “La concepción del poder regio como un poder moderador y preservador supone su configuración como una magistratura revestida de auctoritas. Este es el concepto clave para comprender la posición constitucional del rey. La conservación de esa auctoritas es imprescindible para el correcto desempeño de sus funciones y su pérdida le incapacita para el ejercicio de estas. Dicho de otro modo, el futuro de nuestra monarquía —como el de cualquier otra— depende, en última instancia, de que el rey

consERVE y fortalezca una auctoritas personal basada en su neutralidad y su ejemplaridad.”

11 O Estatuto de Autonomia é a norma institucional básica das comunidades ou cidades autônomas do Reino da Espanha. Sua elaboração está regulada nos arts. 146 e 147 da Constituição Espanhola de 1978. Os Estatutos de Autonomia constituem ordem jurídica do Estado Espanhol, mas seu regime de elaboração e aprovação é distinto do restante das leis ordinárias, uma vez que o projeto de Estatuto de Autonomia é elaborado por uma assembleia composta pelos membros da deputação ou órgão interinsular das províncias da região autônoma e pelos deputados e senadores nelas eleitos. Uma vez elaborado por esses membros, o projeto é levado às Cortes Gerais para sua aprovação, que tramitará por lei, seguindo, se ratificado, à sanção e à promulgação pelo Rei da Espanha.

12 Embora a Espanha nunca tenha experimentado, sob a égide da Constituição de 1978, um evento de recusa expressa do monarca em sancionar e promulgar uma lei, o Reino da Bélgica apresenta um notável precedente. Em 30 de março de 1990, o Rei Balduino I se recusou a sancionar a lei de descriminalização do aborto, aprovada pelo Parlamento. A saída política no embate entre Coroa, Governo e Parlamento foi, com base no art. 82 da Constituição Belga, formar uma comissão parlamentar para resolver o conflito de competência, que declarou que, por 32 horas, o Rei estava inabilitado, portanto, impedindo de reinar. Assim, a lei foi aprovada pelo Conselho de Ministros.

13 ESPANHA. Mensaje de S.M. el Rey a los españoles en la noche del 23 al 24 de febrero de 1981. Disponível em: <https://www.casareal.es/ES/ArchivoMultimedia/Paginas/archivo-multimedia_archivos-videos-detalle.aspx?data=47>. Acesso em 25 mar. 2025.

14 Agradecemos ao amigo Eduardo Rocha Ferraz de Sampaio pelas referências metafóricas desta última frase, que, embora pareçam decorativas, tal qual o “bibelô” citado, fecham a conclusão deste artigo, como a chave de uma abóbada.

A PESSOA ADJETIVADA. INTERPRETAÇÕES DOS PROBLEMAS SEMÂNTICOS DO CONCEITO SOB UMA PERSPECTIVA SINTAGMÁTICA

THE ADJECTIVAL PERSON. INTERPRETATIONS ON
THE SEMANTIC PROBLEMS OF THE CONCEPT FROM
THE SYNTAGMATIC PERSPECTIVE

LA PERSONA ADJETIVADA. INTERPRETACIONES DE LOS
PROBLEMAS SEMÂNTICOS DEL CONCEPTO DESDE UNA
PERSPECTIVA SINTAGMÁTICA

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A pessoa adjetiva e o eixo sintagmático; 2.1 O adjetivo; 2.2 O eixo sintagmático; 3. Pessoa no sentido substancialista ou funcionalista; 4. Personalidade nos sentidos biológico, metafísico, moral e legal; 5. Adjetivação da pessoa em termos históricos; 6. Pessoa de uma perspectiva fragmentada ou holística; 7. A adjetivação da pessoa; 7.1 Classificação mais comum de pessoas; 7.2 Qualificação de pessoas humanas; 8. Conclusões; Referências.

RESUMO:

Este artigo aborda o conceito jurídico de pessoa e, no que se refere aos debates sobre seu campo semântico, sustenta três argumentos principais: (1) a adjetivação da pessoa é mais relevante do que o próprio conceito para a determinação do significado de “pessoa”; (2) tal fenômeno pode ser compreendido à luz da categoria teórica das relações sintagmáticas, proposta por Saussure; e (3) independentemente da pluralidade de adjetivações, coexistem dois sentidos de pessoa: um classificatório, que organiza as enti-

Como citar este artigo:

LELL, Helga. "A
pessoa adjetivada.
Interpretações dos
problemas semânticos
do conceito sob
uma perspectiva
sintagmática".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 59-80.

Data da submissão:
04/06/2024

Data da aprovação:
06/10/2025

dades em categorias, e um qualificativo, que visa destacar a presença de uma substância situada. Para realizar essa análise, apresenta-se a ideia de adjetivação e o eixo sintagmático como categorias teóricas, bem como os diferentes usos que os autores fizeram do conceito, permitindo observar que, em linhas gerais, a discussão tem se centrado na ontologia jurídica da pessoa, mesmo quando se propõem adjetivações. Por fim, são examinadas as duas perspectivas de adjetivação aqui propostas — classificatória e qualificadora — com o intuito de demonstrar como os adjetivos são empregados na prática e justificar a coexistência de diferentes posições ontológicas.

ABSTRACT:

This paper focuses on the legal concept of person and, regarding the debates on its semantic field, advances three main arguments: 1) that the adjectivation of person is more relevant than the concept of person itself in determining the meaning of “person”; 2) this phenomenon can be understood in light of the theoretical category of syntagmatic relations, proposed by Saussure; and 3) regardless of the plurality of adjectivations, two meanings of “person” coexist: a classificatory one, which organizes entities into categories, and a qualificatory one, which seeks to highlight the presence of a situated substance. To conduct this analysis, the notion of adjectivation and the syntagmatic axis are presented as theoretical categories, along with the different uses authors have made of the concept, allowing observation that, in general terms, the discussion has centered on the legal ontology of the person, even when adjectivations are proposed. Finally, the two perspectives of adjectivation proposed here — classificatory and qualificatory — are examined in order to demonstrate how adjectives are employed in practice and to justify the coexistence of different ontological positions..

RESUMEN:

Este artículo aborda el concepto jurídico de persona y, en lo que respecta a los debates sobre su campo semántico, sostiene tres argumentos principales: (1) la adjetivación de la persona es más relevante que el propio concepto para la determinación del significado de “persona”; (2) este fenómeno puede comprenderse a la luz de la categoría teórica de las rela-

ciones sintagmáticas, propuesta por Saussure; y (3) independientemente de la pluralidad de adjetivaciones, coexisten dos sentidos de persona: uno clasificatorio, que organiza las entidades en categorías, y uno calificativo, que busca destacar la presencia de una sustancia. Para llevar a cabo este análisis, se presenta la idea de adjetivación y el eje sintagmático como categorías teóricas, así como los diferentes usos que los autores han hecho del concepto, lo que permite observar que, en términos generales, la discusión se ha centrado en la ontología jurídica de la persona, incluso cuando se proponen adjetivaciones. Finalmente, se examinan las dos perspectivas de adjetivación aquí propuestas —clasificatoria y calificadora— con el fin de mostrar cómo se emplean los adjetivos en la práctica y justificar la coexistencia de diferentes posiciones ontológicas.

PALAVRAS-CHAVE:

Adjetivo; Conceito; Controvérsias semânticas; Pessoa; Sintagma.

KEYWORDS:

Adjective; Concept; Person; Semantic contests; Syntagmatic axe.

PALABRAS CLAVE:

Adjetivo; Conceito; Controversias semánticas; Persona; Sintagma.

1. INTRODUÇÃO

O conceito jurídico de pessoa é um dos protagonistas da teoria geral do Direito. Contudo, para além das discussões teóricas acerca de seu significado, na prática jurídica a origem dos debates costuma estar vinculada a uma casuística específica, a qual atualmente levanta problemas relevantes. Até certo ponto, pode-se afirmar que persistem dúvidas decorrentes do contraste entre aquilo que normalmente se define como pessoa e o que se pretende realizar com esse conceito no âmbito jurídico. Em determinadas situações, busca-se proteger um ser humano em condições que possam afetar o exercício de seus direitos (como, por exemplo, no caso de pessoas privadas de liberdade). Em outras ocasiões, almeja-se conferir proteção especial a determinadas entidades (como os animais não humanos). Há ainda hipóteses em que se intenta atribuir obrigações a entidades (como,

por exemplo, as chamadas “pessoas eletrônicas”). Desse modo, não é incomum que legislações e interpretações jurisprudenciais concentrem-se mais nos adjetivos da pessoa do que no próprio conceito jurídico, seja para defini-lo, seja para evidenciar algum aspecto específico em relação à proteção que ele enseja.

Para esclarecer a ideia aqui apresentada, observa-se que não parece suficiente discutir apenas o que é a pessoa em direito ou a partir de uma teoria normativa. Esses debates envolvem exemplos que não se configuram como mera questão acessória, mas como argumento central. Em outras palavras, os debates revelam-se incapazes de se afastar de uma visão tópica, centrada em casos concretos. Isso conduz a indagações tais como: a pessoa humana é tão pessoa quanto o animal não humano? É necessário recordar que a pessoa em contexto de confinamento continua a ser pessoa? A pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente? E assim por diante. Por sua vez, a análise dos usos do conceito jurídico de pessoa evidencia que a adjetivação pode revelar a coexistência de diferentes significados.

Nesse contexto, este artigo enfoca a pluralidade de classes de pessoas e abordagens com base no eixo sintagmático e, portanto, a ênfase é colocada na pessoa adjetiva. Em outras palavras, tentamos entender as variantes semânticas do conceito jurídico de pessoa a partir de um contexto teórico.

A tese de que partimos aqui sustenta que não é a categoria de pessoa, nem a ontologia das respectivas entidades, que parece relevante para a definição do conceito, mas sim o deslocamento do foco para os adjetivos que lhe podem ser aplicados, com vistas a um esclarecimento. Nesse sentido, é pertinente observar que tais adjetivos exprimem, em princípio, diferentes concepções do que significa ser pessoa e do tratamento que as respectivas entidades devem receber no direito. Isso implica concentrar a análise nas adjetivações e nos usos do conceito de pessoalidade, e não em seu aspecto substantivo — isto é, em quem é ou deveria ser considerado pessoa. Em outras palavras, ainda que não se desconheça o debate em nível de teoria normativa (quais requisitos devem ser atendidos para que alguém seja reconhecido como pessoa) ou a relação entre esse tema e a moral (se um agente jurídico é, antes de tudo, um agente moral, ou qual tratamento lhe deve ser dispensado), tais questões não integram o escopo deste trabalho. Cumpre, entretanto, um esclarecimento: a distinção não é

de fácil formulação e, como se verá ao longo do artigo, os aspectos normativos e morais encontram-se constantemente imbricados nos usos do conceito de personalidade, a ponto de parecer inviável discuti-lo sem, ao mesmo tempo, considerar aqueles. Com base no exposto acima, este artigo procura mostrar:

- 1) Que a adjetivação do conceito de personalidade é mais importante do que o próprio conceito para determinar a semântica do conceito e seus efeitos práticos;
- 2) Que isso pode ser entendido por meio da categoria teórica de relações sintagmáticas proposta por Saussure, e
- 3) Que, independentemente da pluralidade de adjetivações, dois sentidos coexistem no uso do conceito de “pessoa”: um classificatório (que distribui entidades em categorias) e um qualificativo (que visa enfatizar que existe uma substância situada).

Para a realização desta análise, o artigo encontra-se estruturado em seis seções, além desta introdução e da conclusão. A primeira seção apresenta o conceito de adjetivação e o eixo sintagmático como categorias teóricas para compreender a ideia ora exposta. Da segunda à quinta seções, são abordadas as diferentes classificações propostas pelos autores, o que permite observar que, em linhas gerais, a discussão concentrou-se na ontologia jurídica da pessoa, mesmo quando sugerem adjetivações. Por fim, a sexta seção examina as duas perspectivas de adjetivações aqui propostas — a classificatória e a qualificadora — com o intuito de demonstrar como os adjetivos são empregados na prática e justificar a coexistência de diferentes posições ontológicas.

2. A PESSOA ADJETIVA E O EIXO SINTAGMÁTICO

O conceito jurídico de pessoa é frequentemente adjetivado para identificar seu referente e, portanto, é definido sintagmaticamente¹. Para desenvolver essa ideia, vale a pena esclarecer, em primeiro lugar, o que é um adjetivo ou quais elementos podem cumprir a função de adjetivação e, em segundo lugar, o que é um sintagma.

2.1 O adjetivo

Em termos gramaticais, os adjetivos têm a função de qualificar ou

determinar o substantivo e são geralmente considerados incidentais ou secundários. Podem ser classificados como qualificadores ou determinativos. Para os fins deste trabalho, interessa-nos apenas os primeiros, ou seja, aqueles que indicam uma qualidade do substantivo que acompanham (MARTÍNEZ GIMENO, 2017, p. 111). Do ponto de vista sintático, os adjetivos atuam como complementos de substantivos ou como preditivos subjetivos ou objetivos. Semanticamente, denotam propriedades permanentes ou transitórias do substantivo a que se referem (GARCÍA NEGRONI, 2004, p. 167).

Neste trabalho, tomaremos como exemplo os casos de adjetivos propriamente ditos, mas também analisaremos construções que desempenham a função de adjetivação, ou seja, grupos de elementos que atuam como unidade para qualificar um substantivo. Especificamente, trata-se de complementos preposicionais do substantivo: construções (sintagmas nominais cujo núcleo é um substantivo precedido por preposição), como em “pessoa no espectro autista” ou “pessoa no contexto de confinamento”. Pode-se notar que expressões como “com espectro autista” ou “no contexto de confinamento” não são adjetivos propriamente ditos, mas elementos complexos que desempenham a função de qualificar.

2.2 O eixo sintagmático

Quanto ao sintagma, a RAE o define como um grupo de palavras que se articulam em torno de um núcleo (nesse caso, um substantivo e, portanto, é um sintagma nominal) (RAE, 2014).

A partir da perspectiva da semiologia, SAUSSURE (1945, pp. 91-103) explicou que, ao estudar o signo linguístico, é possível realizar a análise das relações sintagmáticas e associativas (ou, como Barthes chamou esta última, “paradigmáticas”)² que pertencem ao funcionamento lógico da linguagem (que é, por sua vez, o sistema ou estrutura, em termos estruturalistas³). Nela, há relações e diferenças que geram identidades e oposições que se desdobram em dois planos: o sintagmático e o das associações. No primeiro, o qual é o que interessa aqui, há entidades que contraem relações de acordo com o encadeamento em que estão inseridas (GIMARTE-WELSH, 1994, p.52). No segundo, fora do curso, há associações estabelecidas na mente que possibilitam o estabelecimento de relações entre entidades que estão em um enunciado e outras que estão fora do

sintagma. As relações associativas se desenvolvem *in absentia* porque os elementos não estão presentes. Essas relações são mentais e encontram sua base na linguagem. A partir de um elemento explícito, surgem outros elementos ausentes que apresentam características de sinonímia ou significados análogos, por exemplo: o termo “ensino” evoca “instrução”, “aprendizagem”, “educação”, entre outros (VITALE, 2002, p.43).

No discurso, os termos estão ligados em uma cadeia sintagmática por meio de relações decorrentes da natureza linear da linguagem, o que exclui a possibilidade de pronunciar dois elementos simultaneamente. Um sintagma é sempre composto por duas ou mais unidades consecutivas. Inserido em um sintagma, um termo adquire valor apenas em oposição ao que o precede, ao que o segue ou a ambos. Em outras palavras, um substantivo é posicionado após o artigo e representa aquilo que o artigo não é; um adjetivo, por sua vez, é normalmente colocado após o substantivo e, portanto, pronunciado depois dele, uma vez que seria impossível para o mesmo falante emitir dois termos ao mesmo tempo.

A conexão sintagmática exige a presença efetiva dos termos sucessivos na sequência. Assim, ao mencionar-se “pessoa jurídica”, o adjetivo qualifica o substantivo, mas também o determina, na medida em que restringe o espectro de associações do eixo a um único elemento. Por exemplo, falar em “pessoa jurídica” exclui outras alternativas possíveis, como “pessoa humana”, “pessoa eletrônica” ou “pessoa em contexto de confinamento”, entre outras. Agora que já explicamos por que faz sentido focar no eixo sintagmático e por que é necessário destacar o adjetivo quando se pensa no conceito jurídico de pessoa, mencionaremos alguns dos problemas e adjetivações que esse tópico acarreta.

3. PESSOA NO SENTIDO SUBSTANCIALISTA OU FUNCIONALISTA

Na tentativa de elucidar o que é uma pessoa, BUSDYGAN (2013, pp. 20-53) apresenta pelo menos dois grupos principais de critérios para a definição a partir de uma perspectiva filosófica. Nesse contexto, ele observa que, por um lado, existem as posições substancialistas, que derivam no que poderia ser denominado “pessoa no sentido substancialista” e propõem como requisito a posse de um substrato genético humano. Assim, argumenta-se que “x” é pessoa se, em um futuro próximo, puder desen-

volver capacidades e funções significativas características de pessoas plenamente desenvolvidas, devido à existência de um substrato genético que o possibilita. Muitos autores, incluindo Martín FARRELL (1994), Margarita VALDÉS (1996), Mary Anne WARREN (1995) e Judith JARVIS THOMSON (1971), criticam esse critério, por considerarem inadequado atribuir direitos com base no mero potencial de desenvolvimento de um indivíduo.

Por outro lado, as posições que defendem o conceito de pessoalidade em sentido funcionalista enfatizam a capacidade de desempenhar certas funções específicas do ser humano desenvolvido, acrescentando, assim, uma dimensão moral ao aspecto biológico. O reconhecimento da personalidade dependerá de diversos fatores, conforme a teoria subjacente, tais como: o reconhecimento por outros indivíduos (Susan SHERWIN, 1992), o significado atribuído em uma comunidade linguística (Osvaldo GUARIGLIA, 1996), a capacidade de experimentar dor ou prazer, ou a possibilidade de ser objeto de afeto por outras pessoas (Margarita VALDÉS, 1996), entre outros. Esse critério também é alvo de críticas de diversos autores, como Michael TOOLEY (1992) e Evandro AGAZZI (2007), que argumentam que a função pode vir a substituir a substância, além de observar que algumas entidades capazes de desempenhar funções não possuem existência independente.

Pode-se observar, portanto, que dois sentidos distintos podem surgir nos usos do conceito de pessoa, os quais, por sua vez, refletem diferentes posicionamentos ontológicos. Entretanto, tais usos manifestam-se no discurso e podem coexistir.

4. PERSONALIDADE NOS SENTIDOS BIOLÓGICO, METAFÍSICO, MORAL E LEGAL

Ao quadro descrito acima, deve ser acrescentada outra questão. A definição do que ou quem é uma pessoa corresponde ao aspecto descritivo do conceito. Entretanto, quando a intenção é afirmar que algo ou alguém, em virtude de ser pessoa, merece tratamento especial, a preocupação desloca-se do nível descritivo para o prescritivo. Assim, por exemplo, ao afirmar que “x é uma pessoa”, pode-se estar indicando que um ser que sente, portador de DNA humano, ou um ser autônomo, pertence à classe “pessoa” de forma simples (aspecto descritivo), ou pode-se estar afirman-

do o mesmo e, simultaneamente, insinuando que, por ser pessoa, sua integridade e dignidade não podem ser violadas (aspecto descritivo acrescido do aspecto prescritivo). Essa combinação de aspectos descritivo e prescritivo é típica de campos disciplinares como o direito e a moral (MORALES ZÚÑIGA, 2015, pp. 124-126).

Para esclarecer o exposto, MORALES ZÚÑIGA (2015, pp. 124-130) menciona quatro tipos de definições de “pessoa”: pessoa no sentido biológico, pessoa no sentido metafísico, pessoa no sentido jurídico e pessoa no sentido moral. Neste trabalho, interessa-nos, em particular, a terceira categoria, ou seja, a personalidade no sentido jurídico. Atribuir a uma entidade status legal como sujeito implica que outros sujeitos de direito possuem determinadas obrigações legais em relação a ela, bem como reconhece que essa entidade é detentora de certos direitos e deveres. Surge, então, a questão de quem ou o que são esses sujeitos jurídicos e de que forma devem ser tratados dentro da estrutura normativa.

Se o reconhecimento de uma pessoa depende de múltiplas condições, é necessário determinar quantas delas e em que grau devem estar presentes. Este constitui o primeiro problema. O segundo decorre do fato de que, por vezes, a pessoa no sentido jurídico pode exigir a definição de outra categoria primeiro, como, por exemplo, quando se afirma que uma pessoa no sentido jurídico é, simultaneamente, uma pessoa no sentido biológico, metafísico ou moral. Nestes casos, os problemas jurídicos misturam-se com questões de outros campos do conhecimento.

Essa classificação revela duas questões em constante interação. Primeiramente, a diversidade de significados que o termo “pessoa” pode assumir, dependendo do campo de aplicação. Em segundo lugar, além da definição conceitual, o tratamento conferido às entidades abrangidas pelo conceito também assume relevância, a ponto de, em termos de adjetivação, como mencionado anteriormente, ele acabar prevalecendo.

5. ADJETIVAÇÃO DA PESSOA EM TERMOS HISTÓRICOS

Em uma pesquisa diacrônica, Damiano CANALE (2015, pp. 240-240) menciona quatro significados do termo “pessoa” que correspondem a estágios de desenvolvimento histórico: a pessoa como status, como individualidade humana, como individualidade política e como base dos direitos humanos.

Pessoa como status refere-se ao ser humano considerado de acordo com os papéis sociais que exerce em um determinado momento ou, metaforicamente falando, de acordo com uma cena social. Isso significa que todos os indivíduos humanos pertencem ao gênero “pessoa”, mas cada um deles pode, ao mesmo tempo, pertencer a diferentes status pessoais de acordo com os contextos socioeconômicos em que atuam em um determinado momento. Em outras palavras, cada indivíduo interpreta várias pessoas dentro da vida social, enquanto vários indivíduos podem constituir uma única pessoa na qual suas atividades e interesses convergem. De certa forma, esse significado implica uma persona atomizada e corresponde à metáfora da máscara que teria dado origem ao termo.

A pessoa como individualidade humana, ou seja, o segundo estágio histórico, aponta para a pessoa como um sujeito dotado de sua própria individualidade. Esse significado se desenvolve a partir do Renascimento e, em particular, do racionalismo contratual como um movimento filosófico, quando a figura do ser humano se torna o centro das atenções na cultura ocidental. A pessoa, nesses termos, é concebida como um sujeito autônomo e racional, capaz de se autodeterminar e de realizar sua liberdade.

O terceiro significado, ou seja, a pessoa como individualidade política, refere-se ao fato de que a pessoa como liberdade é realizada dentro do Estado, porque é o Estado que é, antes de tudo, configurado como uma pessoa.

Por fim, Canale ressalta que o termo “pessoa” está intimamente relacionado ao debate contemporâneo sobre a proteção dos direitos humanos na era da globalização. Em particular, esse termo é usado para justificar a necessidade de atribuir direitos fundamentais universais a todos os seres humanos. No entanto, o uso de “pessoa” para justificar a proteção dos direitos humanos tem enfrentado objeções de vários tipos. Apesar disso, ele continua a desempenhar um papel de destaque no debate contemporâneo sobre a proteção dos direitos humanos.

Em uma análise semelhante, Francesco VIOLA (2015, pp. 1-16) analisa o status jurídico da pessoa, que ele define como uma abordagem jurídica da pessoa, ou seja, como um indivíduo é legalmente definido e reconhecido como sujeito de direito. Antes de entrar nas referências históricas, ele lembra que o uso original invocava uma invenção na medida em que a relacionava com a máscara dos antigos teatros gregos e romanos. Em termos

metafóricos, a pessoa era vista como uma entidade criada pela lei, uma ficção que permitia que os indivíduos fossem reconhecidos como sujeitos de direito. Na metáfora da máscara, o autor encontra duas tendências: uma em direção à universalidade total da pessoa e a outra em direção à sua contextualização em papéis específicos. Uma delas é uma visão bastante substancialista, na qual a pessoa é independente de papéis e situações, e a outra, bastante funcionalista, concebe a pessoa como ligada ao exercício de papéis.

Quanto aos estágios históricos do status legal da pessoa, no primeiro estágio, a lei não surge da pessoa, mas da “coisa” em termos do pensamento grego. De acordo com o pensamento grego, o que é justo é identificado com o equilíbrio regulador imanente na natureza das coisas. Seja pela ordem distributiva de bens e honras de acordo com o mérito ou pelo equilíbrio de benefícios e considerações ou pela restauração de uma ordem danificada, a justiça surge do equilíbrio entre as coisas. Nesse estágio, a pessoa era vista como uma entidade isolada e fechada em si mesma, como uma coisa que poderia ser possuída e usada por outros. Assim, poderia ser sintetizado que estaríamos na presença da pessoa como a natureza da coisa.

No segundo estágio, ocorre uma mudança relevante quando a pessoa deixa de ser vista como uma coisa e passa a ser vista como um sujeito de direitos. Essa mudança ocorre principalmente na Modernidade e a pessoa é concebida como um sujeito ativo que tem direitos e responsabilidades.

No terceiro estágio, há uma crise do Estado e da soberania. Nesse novo contexto, os status retornam. O indivíduo é visto como um ser humano com direitos fundamentais, que devem ser protegidos e respeitados pelo Estado e pela sociedade em geral. Quanto aos status, Viola ressalta que há uma inversão da tendência na evolução do direito que havia atingido o ápice de sua abstração no sujeito moderno. Agora, o indivíduo não é mais considerado igual, independentemente de sexo, raça, religião e outras características que se cruzam, mas sim adequadamente igual em razão de sua diversidade, contextos e situações específicas.

Vale a pena observar que o estudo histórico dos usos da persona nos permite perceber como, em um determinado momento histórico, principalmente com o crescimento do cristianismo na Antiguidade Tardia, o conceito deixa de ser apenas o acúmulo de papéis, ligado à máscara, e pas-

sa a ser também uma substância. Em particular, isso se deve a duas instâncias. A primeira delas ocorre com o Concílio de Nicéia, em 325, quando a natureza de Cristo é discutida: era divina, humana ou ambas? O idioma usado foi o grego e, em vez de “πρόσωπον” (prosopon, pessoa), foi usado ὑπόστασις (*hypostasis*, substância). O acordo alcançado foi que Cristo tem uma natureza dupla: divina e humana, mas é uma pessoa. Assim, a partir dessa discussão, “pessoa” tornou-se o substrato no qual uma essência é concretizada. A segunda instância surge da ligação entre dignidade e pessoalidade. No antigo Império Romano, o dignitário era um funcionário que cumpria um cargo em nome dos governantes mais altos, portanto, a dignidade do cargo era carregada em nome do imperador. Em termos religiosos, a dignidade é um atributo possuído por todo ser humano, independentemente de seu status social ou *status libertatis*. Todo indivíduo possui a dignidade de ser um filho de Deus. Assim começou a coexistência de dois significados diferentes do conceito de personalidade: o mais formal e atomizado, que é uma representação de papéis, e o relacionado a uma substância e dignidade, dois significados que, como veremos nas páginas seguintes, ainda persistem.

Como pode ser observado, a questão torna-se ainda mais complexa quando analisada sob perspectivas filosófica, moral ou histórica.

6. PESSOA DE UMA PERSPECTIVA FRAGMENTADA OU HOLÍSTICA

Pilar ZAMBRANO (2018: 1-6) explica que o conceito de personalidade pode ser analisado de forma fragmentada ou integral. A personalidade sob uma perspectiva fragmentada implica a capacidade que os sistemas jurídicos positivos reconhecem a uma determinada classe de indivíduos para desempenhar o papel de titulares de direitos e obrigações em uma determinada esfera de ação jurídica. Essa perspectiva, menciona o autor, é estreita e variável. É estreita porque nem todos os seres humanos seriam pessoas, nem todas as pessoas são seres humanos. O exemplo que ela dá é o da capacidade de ser titular de direitos de propriedade, já que isso é reconhecido em alguns sistemas jurídicos após o fato do nascimento, em outros está sujeito à condição de que o nascimento ocorra. Por outro lado, nem todas as pessoas no sentido jurídico são seres humanos, como é o caso de corporações ou instituições governamentais. Além disso,

e em relação ao acima exposto, é variável porque depende de cada ramo do direito e de cada sistema jurídico.

No entanto, a personalidade sob uma perspectiva integral não se limita a descrever as condições que os sistemas jurídicos estabelecem para participar de um determinado setor da prática jurídica, mas investiga as condições para que todo ser humano seja o titular efetivo de um direito de ser reconhecido como pessoa em um sentido jurídico, apenas pelo simples fato de pertencer à espécie humana, antes e independentemente do que é estabelecido pelas regras do direito positivo. Se isso pudesse ser estabelecido, poder-se-ia dizer que o ser humano é uma pessoa em um sentido jurídico anterior ou metapositivo, e que essa personalidade jurídica prévia ou original é a base para o reconhecimento como pessoa pelo direito positivo.

Esses dois sentidos mencionados por Zambrano parecem condensar as classificações anteriores e nos permitirão abordar a questão do que as adjetivações podem nos dizer sobre o que é dito sobre o conceito jurídico de pessoa de acordo com seu uso.

7. A ADJETIVAÇÃO DA PESSOA

Além das discussões sobre a ontologia da pessoa no direito, existem dois grandes grupos de usos da pessoa adjetivada: por um lado, adjetiva-se para estabelecer uma classificação entre diferentes classes de entidades que requerem o reconhecimento ou a atribuição de diferentes tipos de direitos e obrigações (pessoa humana, pessoa jurídica, pessoa animal não humana, pessoa ecocêntrica, pessoa eletrônica, entre outras possíveis) e, por outro lado, adjetiva-se para classificar dentro do uso moral da pessoa - entendida exclusivamente como pessoa humana⁴ - (por exemplo, uma pessoa em contexto de confinamento, uma pessoa idosa, uma pessoa com diferentes capacidades, uma pessoa em situação de rua, etc.), pessoa no contexto de confinamento, pessoa idosa, pessoa com deficiência, pessoa em situação de rua, etc.). Nesse último caso, costuma-se apontar a relevância de não esquecer que, apesar de certa condição de vulnerabilidade, é investido um status igual e essencial como pessoa, ao mesmo tempo em que o adjetivo destaca a necessidade de reconhecer direitos particulares relacionados à característica que vincula um indivíduo a um grupo específico.

Nas duas subseções a seguir, examinaremos esses dois tipos de uso.

7.1 Classificação mais comum de pessoas

O conceito jurídico de pessoa é um dos considerados fundamentais na teoria jurídica geral e é definido como uma entidade capaz de adquirir direitos e obrigações. Além disso, é também um conceito central no direito privado, principalmente no direito civil, e no direito dos direitos humanos. Os códigos civis que seguem a tradição continental incluem uma definição de pessoa e a classificação entre pessoas naturais, existência humana ou visível, e pessoas jurídicas, morais e ideais. Os tratados internacionais de direitos humanos, com referência às pessoas humanas, explicitam sua dignidade e inviolabilidade⁵. Com relação às pessoas jurídicas, discute-se sua responsabilidade criminal, bem como se elas podem ou não ser titulares de direitos fundamentais.⁶

Em alguns Estados, como o Equador e a Bolívia, a natureza é um sujeito de direitos, e em outros, como a Colômbia, há ecossistemas que são sujeitos de direitos (no caso dos rios Atrato e Cauca). Na Argentina, por exemplo, três animais foram declarados pessoas animais não humanas, embora com direitos restritos e limitados de serem libertados do cativeiro ou de não serem maltratados. O Parlamento Europeu está considerando a possibilidade de criar uma pessoa eletrônica para responder aos danos que podem ser causados por robôs artificialmente inteligentes. Nesses casos, surgem questões complexas e díspares. Por exemplo, no caso dos animais, a preocupação parece se concentrar em não maltratar; no caso dos ecossistemas, na preservação do meio ambiente, enquanto no caso das pessoas eletrônicas, o problema está entrelaçado com a identidade (identificar o robô que causou o dano) e o dever de reparar o dano, o que poderia escapar da responsabilidade dos fabricantes, programadores e comerciantes.

Além dos reconhecimentos na prática jurídica, há também vários debates teóricos sobre se as entidades não humanas podem e devem ter direitos e/ou obrigações. As pessoas humanas têm a mais ampla gama de direitos e obrigações. As pessoas jurídicas, em princípio, só têm direitos e obrigações vinculados aos propósitos de sua criação e, dependendo da legislação nacional relevante, geralmente não têm responsabilidade criminal e a casuística dos direitos fundamentais é contestada⁷. As pessoas animais não humanas, quando reconhecidas, têm direitos limitados aos

chamados direitos negativos e não têm obrigações⁸. No entanto, todo animal não humano é uma pessoa, e quais critérios permitem a demarcação e a hierarquização dentro da comunidade de animais não humanos, e a hierarquização tem impacto sobre o tipo de direitos a serem reconhecidos?

As pessoas eletrônicas, por outro lado, são o caso mais contestado, e há um debate sobre se elas podem e devem ter direitos (se apenas direitos negativos ou também positivos) ou se elas podem ter apenas obrigações de responder civilmente por danos (nesse caso, a questão é replicada sobre se elas têm uma identidade). A questão também se torna mais complexa quando se considera o aspecto emocional dos robôs com os quais se pode interagir e estabelecer um relacionamento afetivo ou a questão fenomenológica dos robôs humanoides nos quais os próprios humanos podem se ver refletidos⁹ (nesse caso, também surge a questão da identidade e da possível proteção da entidade com a qual se interage).

No que diz respeito às pessoas ecocêntricas, até o momento parece haver uma visão majoritária que nega que elas tenham obrigações, embora também não haja clareza sobre a extensão dos direitos que elas têm e como eles são exercidos¹⁰. Por exemplo, o Rio Atrato pode processar as comunidades que habitam e compõem o próprio ecossistema por poluição? Em outras palavras, um elemento complexo pode ir contra partes de si mesmo?

O descrito no parágrafo anterior corresponde ao primeiro uso da adjetivação do conceito jurídico de pessoa, ou seja, aquele que gera uma classificação de acordo com o componente descritivo (quais entidades são pessoas) e sobre o qual se discute o componente prescritivo correspondente (se são atribuídos direitos e/ou obrigações e, em caso afirmativo, quais).

7.2 Qualificação de pessoas humanas

O segundo uso da adjetivação mencionado acima visa gerar uma subclassificação dentro da categoria de pessoa humana e se sobrepõe, em maior medida, a um uso moral, substantivista ou integral do conceito. Nesse sentido, é relevante observar o peso argumentativo geralmente atribuído a ele em documentos jurídicos para determinar como isso afeta o componente prescritivo.

Nos últimos anos, pelo menos na Argentina e em outros países da

América Latina, tornou-se habitual, tanto no meio acadêmico como na prática jurídica, utilizar a palavra “pessoa” antes de uma determinada categorização de um grupo vulnerável para não esquecer que, apesar de uma determinada condição, é-se pessoa como condição de igualdade e inviolabilidade e como portador de dignidade. Essa expressão se tornou comum como técnica legislativa, onde podemos encontrar conceitos como “pessoa privada de liberdade”, “pessoa com deficiência”, “pessoa idosa”, “pessoa com histórico de trombose”, “pessoa grávida”, “pessoa com transtorno do espectro autista”, “pessoa com mobilidade reduzida”, “pessoa migrante”, “pessoa vítima de crime”¹¹, entre outros casos. Em todos eles, “pessoa” não é usada para identificar um portador de obrigações ou um sujeito que pode reivindicar o cumprimento de obrigações, mas conota uma essência que reforça o conteúdo dos direitos e requisitos legais.

8. CONCLUSÕES

Neste artigo, parti de três ideias. A primeira é que a adjetivação da pessoa é mais importante do que o próprio conceito de pessoa para determinar a semântica do conceito e seus efeitos práticos. Isso pode ser visto no fato de que as abordagens propostas sempre giram em torno de tipos de pessoas, seja na teoria ou na prática. A segunda foi que isso pode ser entendido por meio da categoria teórica de relações sintagmáticas proposta por Saussure. Na primeira seção, postulei que essa é uma categoria apropriada para explicar como a atenção se volta para o adjetivo, pois permite que o mundo de associações possíveis seja reduzido. Assim, essa ideia da Linguística nos permite entender o fenômeno não como um mero fato, mas como um ato da própria linguagem. Por fim, o terceiro aponta que dois sentidos de pessoa coexistem: um classificatório (que distribui entidades em categorias) e um qualificador (que visa a destacar o fato de que há uma substância situada).

Com relação a esta última, que é a principal, vale ressaltar que há dois tipos principais de discussões sobre o conceito jurídico de pessoa quando se analisa a adjetivação que acompanha esse substantivo. Enquanto uma linha tende a um critério classificatório, como aquele que distribui os entes em categorias (pelo menos até o momento em quatro grandes categorias), a outra trata de um critério qualificador, no sentido de que se baseia no fato de que há uma certa substância ou um requisito material

cumprido que não deve ser esquecido, mas que na realidade deve ser lembrado para reforçar certos tratamentos que se coadunam com esse ente ou essa entidade e que devem ser específicos em relação ao contexto em que esse ser humano se encontra.

São duas discussões diferentes, pois enquanto o sentido classificatório se concentra em uma determinada visão integral, moral ou substantivista (parte do ser humano como pessoa), o sentido classificatório não parte necessariamente dessa visão e, portanto, permite tanto a posição substantivista, moral ou integral quanto a funcionalista, fragmentada ou meramente centrada no status.

Deve-se observar que eles podem, portanto, coexistir, uma vez que nenhum deles nega ou se opõe ao outro, embora sejam dois sentidos diferentes do conceito de personalidade. Isso deve ser enfatizado. O uso classificatório procura detectar os tipos de entidades ou o que pode ser predicado delas, a fim de identificar quais elementos as caracterizam e categorizam e, então, estabelecer os tratamentos que merecem. Nesse caso, parte-se da pluralidade de entidades, e não de um substrato específico, que estão incluídas no denominador comum de pessoa, para analisar qual é o componente comum ou quais são os requisitos mínimos e os tratamentos que cada adjetivo implica.

Quer o critério seja classificatório ou qualitativo, o conceito de pessoa fica em segundo plano, pois o que importa é discutir ou identificar os adjetivos e o que os compõe. Portanto, a pessoa adjetivada é mais importante do que a própria pessoa.

REFERÊNCIAS

AGAZZI, Evandro. El estatus ontológico y ético del embrión. González, J. (comp.). **Dilemas de bioética**. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp.109-133.

ARGENTINA. Decreto 1281/2016. Obsérvese en su totalidad el Proyecto de Ley registrado bajo el n° 27335. BO 26/12/2016. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/269680/norma.htm>

ARGENTINA. **Ley 24314**. Ley de accesibilidad de personas con movilidad reducida. BO 12/04/1994. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/713/norma.htm>.

ARGENTINA. **Ley 25871**. Migraciones. BO 21/01/2004. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/texact.htm>.

ARGENTINA. **Ley 26378**. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. BO 09/06/2008. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26378-141317/texto>

ARGENTINA. **Ley 26695**. Ejecución de la pena privativa de la libertad. BO 29/07/2011. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/186022/norma.htm>

ARGENTINA. **Ley 27043**. Declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que padecen trastorno del espectro autista. BO 07/01/2015. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/240452/norma.htm>.

ARGENTINA. **Ley 27360**. Convención Interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores. BO 31/05/2017. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/275347/norma.htm>

ARGENTINA. **Ley 27372**. Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. BO 13/07/2017. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276819/norma.htm>

ARGENTINA. **Ley 27611**. Ley nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia. BO 15/01/2021. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27611-346233/texto>

BUSDYGAN, Daniel. **Sobre la despenalización del aborto**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2013.

CANALE, Damiano. Persona. Ricciardi, M.; Rossetti, A. & Velluzzi, V. (eds.). **Filosofía del diritto**. Roma: Carocci editore, 2015, pp. 240-249.

CASTILLO, Luis. La persona jurídica como titular de derechos fundamentales. **Actualidad jurídica: información especializada para abogados y jueces**, T.167, Piura: Universidad de Piura, 2007, pp. 125-134.

CAVALIERI, Paola. **The Animal Question**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Opinión Consultiva 22. 22-02-2016.

DE CASAS, Ignacio. y TOLLER, Fernando. **Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano.** México: Porrúa, 2015

DE LORA, Pablo. **Justicia para los Animales.** Alianza, 2003

DEGRAZIA, David. Great Apes, Dolphins, and the Concept of Personhood. **The Southern Journal of Philosophy**, XXXV, 2002, pp. 301-320.

DEGRAZIA, David. Moral Status As a Matter of Degree? **The Southern Journal of Philosophy**, XLVI, 2008, pp. 181-198.

DEGRAZIA, David. On the Question of Personhood beyond Homo Sapiens. Singer, P. (ed.) **In Defense of Animals.** Oxford: Blackwell Publishing, 2006, pp.40-53.

FARREL, Martín. **La ética del aborto y la eutanasia.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

FRIEDMAN, Cindy. Human-Robot Moral Relations: Human Interactants as Moral Patients of Their Own Agential Moral Actions Towards Robots. Gerber, A. (ed.) **Artificial Intelligence Research. SACAIR 2021.** Communications in Computer and Information Science, vol 1342, Springer, Cham, 2020, pp. 3-20. https://doi.org/10.1007/978-3-030-66151-9_1, 2020.

GARCÍA NEGRONI, María Marta. Acerca del adjetivo. García Negroni, M. M. (coord.). **El arte de escribir bien en español.** Buenos Aires: Santiago Arcos, 2004. Pp. 167-184.

GELLERS, Joshua. **Rights for Robots: Artificial Intelligence, Animal and Environmental Law.** London: Routledge, 2020.

GIMATE-WELSH, Adrián. **Introducción a la lingüística. Modelos y reflexiones actuales.** 2º ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

GÓMEZ MONTORO, Ángel. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. **Revista Española de Derecho Constitucional.** Año 22, Núm. 65, 2002, pp. 49-105.

GUARIGLIA, Osvaldo. **Moralidad.** Ética universalista y sujeto moral. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1996.

IBÁÑEZ LANGLOIS, José Miguel. **Sobre el estructuralismo.** EUNSA, 1985.

KAGAN, Shelly. What's Wrong with Speciesism? **Journal of Applied**

Philosophy, 33(1), 2015, pp. 1-21.

LELL, Helga. El concepto jurídico de persona como fundamento de los Derechos Humanos. Controversias semánticas en el sistema americano. Herrera, D., Lafferiere, N., Maino, G. y Ranieri, D. (coords.). **Estado de Derecho y Derechos Humanos**. CABA: EdUCA y Konrad Adenauer Stiftung, 2018, pp. 67-82.

MAMAK, Kamil. Should criminal law protect love relation with robots? **AI & Society**, 39, 2023, pp. 573–582. <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01439-6>

MARTÍNEZ GIMENO, Carmen. **La lengua destrabada**. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo: Marcial Pons, 2017.

MORALES ZÚÑIGA, Héctor. Estatus moral y el concepto de persona. **Problemas actuales de la filosofía jurídica**. Santiago: Librotecnia, 2015, pp. 123-160.

NUSSBAUM, Marta. **Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión**. Barcelona/Madrid: Grupo Planeta, 2007.

PARDO-ÁLVAREZ, Diego. La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas en el sistema constitucional chileno: prolegómeno para una dogmática. **Revista chilena de derecho**, 48(2), 2021, pp. 101-124. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021000200101

PLUHAR, Evelyn. **Beyond Prejudice: the Moral Significance of Human and Nonhuman Animals**. Durham: Duke University Press, 1995.

POSNER, Richard. Animal Rights: Legal, Philosophical, and Pragmatic Perspectives. Sunstein, C. y Nussbaum, M. (Eds.) **Animal Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 51-77.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Sintagma. **Diccionario de la Real Academia Española**. 23ªed. Disponible en <https://dle.rae.es/sintagma>.

RYDER, Richard D. “Experiments on Animals”. Godlovich, S., Godlovich, R. y Harris, J. **Animals, Men and Morals: an enquiry into the maltreatment of non-humans**. New York: Taplinger Pulishers Company, 1972, pp. 41-82.

RYDER, Richard D. Speciesism Again: the original leaflet. **Critical society**, nº 2, 2010, pp. 1-2.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística general**. Alonso, A. (trad.). Buenos Aires: Losada, 1945.

SHERWIN, Susan. Abortion and Embodiment. **Australasian Journal of Philosophy**. N° 70, 1992, pp.136-155.

SINGER, Peter. Ética Práctica. Herrera, R. (trad.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

SINGER, Peter. **Liberación Animal**. Madrid: Trotta, 1985

THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. Rachels, J. (ed.). **Moral Problems**. Nueva York: Harper and Row, 1971, pp.47-66.

TOLLON, Fabio & NAIDOO, Kiasha. On and beyond artifacts in moral relations: accounting for power and violence in Coeckelbergh's social relationism. **AI & Soc**, 38, 2021, pp. 2609–2618. <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01303-z>

TOOLEY, Michael. Aborto e infanticidio. **Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1992 pp. 69-107

VALDÉS, Margarita. El problema del aborto: tres enfoques. **Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía**. Madrid: Trotta, 1996, pp. 241-258.

VIOLA, Francesco. El estatuto jurídico de la persona. **Derecho y cambio social**. N° 40 Año XII, 2015. Lima, Perú, 2015.

VITALE, Alejandra. **El estudio de los signos. Pierce y Saussure**. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

WARREN, Mary Anne. Sobre el status moral y legal del aborto. Luna, F, Salles, A. (eds.). **Decisiones de vida y muerte**. Buenos Aires: Sudamericana, 1995, pp. 186-204.

ZAMBRANO, Pilar. Persona y derecho. Vanney, C. E. Silva, I. y Franck, J. (eds.). **Diccionario Interdisciplinar Austral**, Buenos Aires: Universidad Austral, 2018.

'Notas de fim'

1 Sobre as relações sintagmáticas em torno do signo linguístico, essa ideia é extraída de Saussure, 1945, pp.142-147.

2 Deve-se esclarecer que Saussure chama essas relações de sintagmáticas e associativas. O termo sintagmático e paradigmático é de autoria de Barthes (Saussure, 1945, p. 142-157; Vitale, 2002, pp.70-72)

3 O termo estrutura não é usado por Saussure, mas pela tendência estruturalista

(Ibáñez Langlois, 1985, p. 70).

4 Sobre as diferenças e semelhanças entre o uso moral e legal, ver Morales Zúñiga, 2015, pp.126-127.

5 Uma análise dos padrões internacionais na legislação, nas constituições e nos códigos civis interamericanos pode ser encontrada em Lell, 2018, pp.67-82.

6 Por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece os direitos humanos de pessoas jurídicas apenas no caso de comunidades indígenas ou sindicatos que representam os interesses dos trabalhadores (OC22/16).

7 A título de exemplo, algumas discussões doutrinárias podem ser encontradas em De Casas e Toller, 2015; Gómez Montoro, 2002; Pardo-Álvarez, 2021; Castillo, 2007, entre outros.

8 Exemplos desses debates podem ser encontrados em Cavalieri, 2015, Nussbaum, 2007, Pluhar, 1995, Posner, 2004; Singer, 1999; Singer, 1995, Ryder, 2010; Ryder, 1972, De Lora, 2003, Degrazia, 2002; Degrazia, 2006; Degrazia, 2008, entre outros.

9 Ver, por exemplo, os trabalhos de Mamak, 2022; Tollon e Naidoo, 2021; y Friedman, 2020.

10 Um exemplo desse debate pode ser encontrado em Gellers, 2020.

11 Veja, por exemplo, as leis da Argentina: Lei 26695 sobre Execução da pena privativa de liberdade; Lei 26378, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo opcional, Lei 27360, sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos, Decreto 1281/2016, sobre pessoas com trombose, Lei 27611, sobre atenção integral à saúde durante a gravidez e a primeira infância, Lei 27043, sobre abordagem integral e interdisciplinar para pessoas que sofrem de transtorno do espectro autista, Lei 24314, sobre acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida, Lei 25871, sobre migrantes e Lei 27372, sobre pessoas vítimas de crimes.

A TRIPLA DIMENSÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES: FORMAL, SUBSTANCIAL E PROSPECTIVA

THE TRIPLE DIMENSION OF THE
CONSTITUTIONALIZATION OF INHERITANCE LAW:
FORMAL, SUBSTANTIAL, AND PROSPECTIVE

LAS TRES DIMENSIONES DE LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEY DE SUCESSIONES:
FORMAL, SUBSTANCIAL Y PROSPECTIVA

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A constitucionalização do direito (civil) e a sua tripla dimensão; 3. A dimensão formal da constitucionalização do direito das sucessões; 3.1 O direito das sucessões positivado na Constituição; 3.2 A constitucionalização do direito sucessório infraconstitucional; 3.2.1 O Código Civil de 2002; 3.2.2 A legislação infraconstitucional; 4. A dimensão material (ou substancial) da constitucionalização do direito das sucessões; 4.1 A função social da herança; 4.2 A sucessão forçada; 4.3 O merecimento de tutela das disposições testamentárias; 4.4 Os princípios da preferência de classes e da preferência de graus dentro de cada classe; 4.5 A discricionariedade judicial em matéria sucessória; 5. A dimensão prospectiva da constitucionalização do direito das sucessões; 6 Conclusão. Referências.

RESUMO:

Neste artigo, estudaram-se as principais consequências da constitucionalização do direito das sucessões. Utilizou-se a doutrina de Luiz Edson Fa-

Como citar este artigo:
RIBEIRO, Raphael.
"A tripla dimensão da
constitucionalização do
direito das sucessões:
formal, substancial
e prospectiva".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 81-138.

Data da submissão:
05/10/2023
Data da aprovação:
29/09/2025

chin como marco teórico, especificamente a classificação das dimensões formal, substancial e prospectiva da constitucionalização. A partir das premissas teóricas gerais, usou-se o método dedutivo para verificar suas aplicações ao direito das sucessões. Assim, descreveu-se a dimensão formal como a inclusão da herança no texto constitucional e seus esperados reflexos na legislação infraconstitucional. Definiu-se a dimensão substancial como o produto da incidência das normas constitucionais no direito das sucessões. Observou-se na dimensão prospectiva as possibilidades de uma renovada hermenêutica em matéria hereditária. Concluiu-se que, apesar de alguns avanços, a lei sucessória vigente ainda é insuficiente para atender às promessas da dimensão formal; que uma maior discricionariedade judicial no âmbito sucessório pode permitir maiores avanços para a concretização da dimensão substancial; e que se deve dar mais espaço a uma hermenêutica criativa e emancipatória em matéria hereditária para garantir a efetivação da dimensão prospectiva.

ABSTRACT:

This paper examines the main consequences of the constitutionalization of inheritance law. Luiz Edson Fachin's work serves as the theoretical framework, particularly his classification of the formal, substantial, and prospective dimensions of constitutionalization. Based on these general theoretical premises, the deductive method was employed to verify their applications to inheritance law. Thus, the formal dimension was described as the inclusion of inheritance in the constitutional text and its expected effects on infra-constitutional legislation. The substantial dimension was defined as the result of the incidence of constitutional norms upon inheritance law. The prospective dimension, in turn, revealed the possibilities of a renewed hermeneutic approach to inheritance matters. The study concludes that, despite certain advances, the current inheritance legislation remains insufficient to fulfill the promises of the formal dimension; that greater judicial discretion in the field of inheritance law could allow further progress toward the realization of the substantial dimension; and that more space should be given to a creative and emancipatory hermeneutic in inheritance matters to ensure the fulfillment of the prospective dimension.

RESUMEN:

En este artículo se estudiaron las principales consecuencias de la constitucionalización del derecho sucesorio. Se utilizó la doctrina de Luiz Edson Fachin como marco teórico, en particular su clasificación de las dimensiones formal, sustancial y prospectiva de la constitucionalización. A partir de estos supuestos teóricos generales, se empleó el método deductivo para verificar sus aplicaciones al derecho sucesorio. Así, se describió la dimensión formal como la inclusión de la herencia en el texto constitucional y sus efectos esperados en la legislación infraconstitucional. Se definió la dimensión sustancial como el resultado de la incidencia de las normas constitucionales en el derecho sucesorio. En la dimensión prospectiva se observaron las posibilidades de una hermenéutica renovada en materia hereditaria. Se concluyó que, a pesar de algunos avances, la legislación sucesoria vigente sigue siendo insuficiente para cumplir las promesas de la dimensión formal; que una mayor discrecionalidad judicial en el ámbito sucesorio podría permitir avances más significativos hacia la concreción de la dimensión sustancial; y que se debe otorgar un mayor espacio a una hermenéutica creativa y emancipadora en materia hereditaria para garantizar la efectividad de la dimensión prospectiva.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Civil-Constitucional; Direito Civil; Direito das Sucessões; Herança; Constitucionalização.

KEYWORDS:

Civil-Constitutional Law; Civil Law; Law of Succession; Inheritance; Constitutionalization.

PALABRAS-CLAVE:

Derecho Civil-Constitucional; Derecho Civil; Derecho de Sucesiones; Herencia; Constitucionalización

1. INTRODUÇÃO

O direito das sucessões tem sido, historicamente, um ramo do direito civil relativamente abandonado pela doutrina. Isso é particularmente verdade no Brasil, onde há carência de pesquisadores sucessionaristas e

predominância de autores em direito de família que, por algum acaso, decidem se aventurar escrevendo também sobre o fenômeno sucessório. Desse modo, não é surpreendente que a produção nacional na área, com notáveis exceções, venha há muito tempo se caracterizando por meros comentários à letra da lei, por repetições acríticas de argumentos suscitados há séculos (literalmente), bem como por discussões insistentes apenas sobre os mesmos assuntos. Recentemente, é possível notar uma lenta alteração nesse cenário, em especial com a maior atenção prestada ao planejamento sucessório – o que guarda uma conexão particular, porém não exclusiva, com o contexto pandêmico dos anos 2020-2021 – e à transmissão *post mortem* de bens digitais. De todo modo, o direito das sucessões ainda precisa de reflexões teórico-conceituais renovadas, em especial a respeito do modo como ele deve ser repensado, reconstruído, relido e reaplicado à luz da metodologia civil-constitucional; e em tal constatação se encontra a justificativa para o presente trabalho. Nesse contexto, a presente pesquisa pretende responder à seguinte questão orientadora: quais as consequências da aplicação do fenômeno geral da constitucionalização do direito (civil) em relação especificamente ao direito das sucessões?

O objetivo geral dessa pesquisa é descrever algumas das principais características de um direito das sucessões constitucionalizado. Como objetivos específicos, será em primeiro lugar definida e caracterizada a constitucionalização do direito, em sentido amplo, bem como identificada a sua tripla dimensão – formal, material e prospectiva. Na sequência, serão observados os principais aspectos da constitucionalização da herança à luz de cada uma das mencionadas dimensões.

O marco teórico utilizado nesta pesquisa é a obra de Luiz Edson Fachin, em especial a sua identificação da tríplice faceta da constitucionalização do direito civil, que se divide nas dimensões formal, material e prospectiva. Da consulta ao marco teórico serão extraídas as premissas gerais, as quais serão aplicadas ao direito das sucessões por meio do método dedutivo. Também se utilizará da consulta a outras fontes, em especial de natureza legislativa e doutrinária, para fundamentar as deduções extraídas. A primeira hipótese a ser analisada é a incompletude do movimento de constitucionalização formal do direito das sucessões, em razão das insuficientes inovações legislativas ocorridas até o momento. A segunda, a incompletude do movimento de constitucionalização substancial do

direito hereditário, considerando as dificuldades da conjuntura legislativa e judicial para a aplicabilidade da força normativa da Constituição aos institutos sucessórios. A terceira hipótese a ser verificada é a necessidade de abertura do direito das sucessões para uma renovada teoria hermenêutica, cenário em relação ao qual ainda há significativa resistência no contexto nacional. Não há pretensão totalizante, no sentido de que esta pesquisa não busca esgotar definitivamente o assunto; tal postura inclusive padeceria de uma inconsistência fatal em relação ao próprio marco teórico. Pelo contrário, aqui se adota uma abordagem provocativa e problematizante, sendo apenas um *start* para necessárias discussões futuras por outros autores.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (CIVIL) E A SUA TRIPLA DIMENSÃO

O direito civil desenvolvido a partir do começo do século XIX – por alguns denominado o civilismo *clássico* ou *tradicional*, aqui designado civilismo oitocentista – foi construído com um caráter fortemente liberal-burguês, prezando por valores como a igualdade formal, a liberdade individual, o direito de propriedade e a abstenção estatal nos interesses privados (SARMENTO, 2008 p.11). Esse modo de pensar e aplicar o direito civil teve o seu perfil definido em especial com as contribuições da tendência codificadora e do positivismo exegético francês, de um lado, e da tentativa germânica de análise científica do direito e valoração de conceitos pretensamente universais. Os juristas de então viam na lei o Direito; para haver segurança, a norma jurídica deveria ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência, abstrata e universal; o papel do juiz era verificar se o fato previsto na norma havia ocorrido e, em caso positivo, aplicar a consequência determinada pelo preceito legal (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1999, p.06). De forma resumida, trata-se de um civilismo marcado pelo patrimonialismo, pelo individualismo, pelo voluntarismo e pelo conservadorismo em matéria familiar, bem como pelo apego a formalismos e abstrações.

Uma das estruturas fundamentais do pensamento de então era a importância dada à *summa divisio* do ordenamento jurídico entre direito público e direito privado. Articularam-se como dois sistemas distintos de proteção da liberdade humana, cada um com sua lógica própria: o direito

público do início do século XIX gravitava em torno da noção de Constituição; no tocante ao direito privado, seu centro era o Código, que pretendia esgotar de modo sistemático a disciplina de todas as relações privadas juridicamente relevantes. Tradicionalmente, havia uma distinção bem definida entre ambos, que se mantinham praticamente incomunicáveis.

Ocorre que já no começo do século XX o sistema fechado idealizado pelos privatistas do século XIX passou a se mostrar insustentável. A aplicação acrítica da igualdade formal e do individualismo e a postura estatal de neutralidade contribuíram para o aviltamento das pessoas e para o aumento da concentração de poder, em especial econômico. As técnicas legislativas e o raciocínio jurídico do século XIX se mostraram insuficientes e anacrônicos para as demandas do século XX, em razão notadamente das crescentes industrialização e urbanização. Entrou-se assim na fase da chamada publicização do direito privado, com intervenção do Estado nas relações entre particulares para a proteção das partes mais fracas, em especial por meio das normas de ordem pública, do dirigismo contratual e da limitação à autonomia da vontade (BARROSO, 2008, p.257; SARMENTO, 2008, p.19). A tentativa do Estado de reequilibrar o quadro social se fez por meio da edição de leis extracodificadas, que contrariavam de maneira excepcional os ideais do Código; a visão totalizadora de centralidade do Código perdeu prestígio, na medida em que a codificação dividiu espaço com outros códigos, com microssistemas decorrentes das leis extravagantes, e mesmo de subsistemas (LORENZETTI, 1998, p.45; TE-PEDINO, 2004a, p.04-07). Ao mesmo tempo, verificou-se a introdução, nas Constituições, de princípios e normas demarcadores dos limites da autonomia individual, da propriedade e da atividade econômica privada de modo geral.

De todo modo, a supramencionada ampliação das matérias introduzidas nas Constituições não bastou, em um primeiro momento, para que o texto constitucional efetivamente tomasse, no tocante ao direito privado, a posição central antes ocupada pelo Código Civil. Isso porque apenas as normas constitucionais clássicas – aquelas que organizavam o Estado e definiam direitos individuais e políticos – tinham seu caráter preceptivo reconhecido. Por outro lado, as demais normas da Constituição eram vistas como meros programas políticos desvestidos de eficácia jurídica imediata, dependendo sempre de atuação do legislador para te-

rem seus efeitos produzidos (SARMENTO, 2008, p.49). Com o advento do neoconstitucionalismo, o mencionado cenário sofreu transformações profundas. Na segunda metade do século XX, em especial na esteira do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, ocorreram diversas mudanças no pensamento jurídico ocidental. Houve uma aproximação das ideias de Constituição e democracia; filosoficamente, passou-se a buscar uma confluência entre jusnaturalismo e juspositivismo, naquilo que se batizou de pós-positivismo; ademais, reconheceu-se a força normativa da constituição, com consequências para a interpretação constitucional (BARROSO, 2008, p.238-241).

Tradicionalmente, o modelo europeu enxergava a Constituição como um documento meramente político que consubstanciava apenas um convite à atuação dos poderes públicos. Essa ideia de documento meramente político foi superada pelo reconhecimento de que as normas constitucionais têm força normativa, ou seja, verdadeiro *status* de normas jurídicas dotadas de imperatividade. Uma das principais consequências decorrentes dessa evolução da doutrina constitucional é o fenômeno da “constitucionalização do direito”: o conteúdo material e axiológico da Constituição se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, bem como repercutindo na atuação dos três poderes e dos particulares (BARROSO, 2015, p.391). Isso significa reconhecer à Constituição não apenas a supremacia formal da qual sempre desfrutou, mas também uma supremacia material, substancial, na medida em que os seus princípios se irradiam com força normativa por todo o ordenamento (BARROSO, 2008, p.253). Aqui se usa a noção de supremacia constitucional de José Afonso da Silva (2017, p.47), no sentido de reconhecer que a Constituição se encontra “no vértice do sistema jurídico do país, conferindo validade, todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”. Sendo a Constituição o centro do ordenamento jurídico, este deve ser lido e apreendido sob a ótica dos valores constitucionais – uma verdadeira “filtragem constitucional” (BARROSO, 2008, p.254). Consequentemente, deve-se observar não apenas os procedimentos que a Constituição determina para a elaboração da legislação infraconstitucional, mas também que o conteúdo dessa legislação atenda aos valores presentes na própria Constituição (PERLIN-

GIERI, 2002, p.10).

Conforme mencionado, desde o aumento substancial da legislação extracodificada, o Código Civil perdeu sua posição de exclusividade e, consequentemente, o papel de centro unificador do direito privado. Em um paradigma neoconstitucional, a supremacia formal e material da Constituição permite que ela ocupe essa posição de centro unificador do ordenamento jurídico como um todo – não apenas do direito público, mas também do direito privado. O texto constitucional assume o papel de parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa (PERLINGIERI, 2002, p.25) Neste sentido, conforme apontado por Maria Celina Bodin de Moraes (1991), o centro das relações particulares “foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”. A *summa divisio* do ordenamento, nesse contexto, resta seriamente reformulada: o direito privado deixa de ser encarado como um sistema autossuficiente, passando necessariamente a depender de referência ao seu fundamento último de validade, qual seja, a Constituição. Percebemos, assim, que o modelo proposto pela teoria dita “tradicional” é formalmente incompatível com os novos postulados advindos do neoconstitucionalismo, não havendo mais espaço para um direito civil autossuficiente e isolado da esfera pública (RAIZER, 1979, p.18). Afinal, na sociedade contemporânea, é difícil, senão impossível, identificar “um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse chamado público” (PERLINGIERI, 2008a, p.144). Por outro lado, o modelo clássico também é materialmente incompatível com o fenômeno da constitucionalização do ordenamento. Conforme mencionamos, o valor-base do novo paradigma constitucional é a dignidade do ser humano. Da mesma forma, a sociedade passa a ser fundada também nos valores da justiça social e da solidariedade (LÔBO, 2008, p.20). Enquanto isso, o modelo civilista liberal, base da “teoria clássica”, é substancialmente marcado por promover a igualdade meramente formal (e despreocupada em produzir justiça social), o individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo. Dessa maneira, devemos reconhecer que o civilismo tradicional não tem como desempenhar satisfatoriamente um papel metodológico em um ordenamento constitucionalizado.

A compreensão da força normativa da Constituição se iniciou verdadeiramente no Brasil somente a partir da segunda metade da década de 1980, com a redemocratização do país; a nova percepção do direito constitucional se deu no contexto de travessia de um regime autoritário para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2008, p.239). O clima de engajamento político que marcou a redemocratização brasileira, em especial no contexto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, influenciou intensamente toda a ciência do direito, inclusive a metodologia do direito privado (TEPEDINO, 2008a, p.356). A Constituição Federal de 1988 marcou o reencontro do brasileiro com a democracia; além disso, pretende ser o signo de uma era marcada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático, tendo como princípio mais relevante a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2008, p.84-86). Neste sentido, na esteira do neoconstitucionalismo, a dignidade do ser humano é compreendida como uma supernorma em torno da qual o ordenamento jurídico deve ser reconstruído (RODOTÀ, 2013, p.13). Chega-se a falar em uma “revolução da dignidade”, como sinal de que dignidade humana é um dos fundamentos da democracia (RODOTÀ, 2013, p.05). A pessoa humana (com a sua inerente dignidade) torna-se o centro do ordenamento jurídico; isso provocou mudanças, do ponto de vista axiológico, nas normas e institutos jurídicos, em uma verdadeira “revolução copernicana” (PERLINGIERI, 2008a, p.75). A Constituição Federal de 1988 impôs ao direito civil brasileiro uma mudança de rumo: a substituição do patrimonialismo oitocentista pelo privilégio ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa concretamente considerada (FACHIN, 2015, p.59).

Luiz Edson Fachin (2015, p.08) identificou na constitucionalização do direito privado, em sentido amplo, um triplice sentido: formal, substancial e prospectivo. Estes três diferentes aspectos compõem a “tríplice base de sustentação da hermenêutica contemporânea do Direito Civil” (FACHIN, 2015, p.180-181). A dimensão formal diz respeito à normatividade expressa, ou seja, o direito (tanto constitucional quanto infraconstitucional) positivado. O pilar substancial se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos – que, como mencionado acima, têm força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação às normas tradicionalmente consideradas de direito privado. A dimensão prospectiva se funda na constante recons-

trução dos conceitos e institutos que integram a teoria e a prática jurídica; sua base é a força criativa dos fatos sociais que se projetam para o universo jurídico, ressignificando os limites e possibilidades do próprio Direito (FACHIN, 2015, p.86). É importante notar que os conteúdos das referidas dimensões não são mutuamente excludentes, pelo contrário, muitas vezes havendo sobreposição de questões no cerne de duas delas, ou até mesmo das três. Na realidade, são dimensões complementares e que também acabam por se influenciar reciprocamente. Nas seções seguintes, será exposto como cada uma das mencionadas dimensões se aplica especificamente em relação ao direito das sucessões.

3. A DIMENSÃO FORMAL DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Luiz Edson Fachin (2015, p.08-09) ensina que, em relação ao direito privado constitucionalizado, a sua dimensão formal “é o signifiante que veicula a expressão de regras positivadas, especialmente (mas não exclusivamente) na Constituição apreendida como Direito Constitucional Positivo, como também na legislação infraconstitucional”. Nesse sentido, nas próximas subseções, serão analisados os reflexos da constitucionalização da herança no texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional – tanto no Código Civil quanto na legislação especial.

3.1 O direito das sucessões positivado na Constituição

O primeiro aspecto da dimensão formal da constitucionalização do direito civil é a inserção, no âmbito do texto constitucional positivo, de institutos classicamente considerados de direito privado e tradicionalmente pertinentes à legislação infraconstitucional. Ilustrativamente, na Constituição Federal de 1988, encontram-se referências expressas à propriedade, à família e à liberdade de iniciativa. Com o direito sucessório não poderia ser diferente: na lista de direitos fundamentais atualmente consagrados, o artigo 5º, XXX estabelece que “é garantido o direito de herança”; trata-se de uma inovação do texto constitucional de 1988. Sobre essa previsão expressa entre os direitos fundamentais, seis observações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que o termo “herança” pode ser compreendido tanto em sentido subjetivo (direito subjetivo à herança)

quanto em sentido objetivo (o acervo deixado pelo morto, tradicionalmente observado apenas pelo aspecto patrimonial, no sentido de direitos e obrigações que se transmitem aos sucessores). O supramencionado dispositivo constitucional menciona expressamente *o direito* de herança, ou seja, o aspecto subjetivo do instituto; entretanto, nem por isso deve ser desconsiderada a constitucionalização da herança em sentido objetivo.

Em segundo lugar, a inclusão expressa desse direito no rol do artigo 5o da Constituição Federal tem como consequência a atribuição, pelo constituinte, da natureza de cláusula pétrea à herança. De acordo com o artigo 60, §4º, IV do texto constitucional, eventuais emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação. Consequentemente, o direito à herança não pode ser suprimido do ordenamento jurídico brasileiro enquanto vivermos sob a atual ordem constitucional.

Em terceiro lugar, a opção do constituinte de 1988 por considerar expressamente a herança um direito fundamental, consequentemente dotada de um núcleo essencial intangível e protegida contra a ação erosiva do legislador, demanda uma reflexão aprofundada sobre essa tomada de posição, bem como uma busca pelos fundamentos e funções do instituto à luz de toda a tábua axiológica constitucional. Isso porque, de um lado, não há consenso entre as diferentes jurisdições (mesmo as ocidentais) a respeito do caráter de fundamentalidade da herança; ilustrativamente, nos Estados Unidos da América, não se reconhece essa natureza fundamental do instituto (KORNSTEIN, 1984, p.787). De outro lado, como se verá na seção 4 com mais detalhamento, a transmissão intergeracional de patrimônio é reconhecidamente um mecanismo de concentração de riqueza, o que contraria entre outras coisas o objetivo fundamental da República, previsto no art. 3º, III da Constituição, de redução das desigualdades sociais; a conciliação entre as mencionadas normas exige um esforço significativo, que ainda não se verifica nem na teoria nem na prática.

Em quarto lugar, é necessário observar que há uma dupla ordem de titularidade do art.5º, XXX: os titulares desse direito fundamental são tanto o sucedido quanto o sucessor. Conforme Murphy e Nagel (2003, p.161), a sucessão *causa mortis* necessariamente envolve duas partes, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: o direito de transmitir a herança; e o direito de receber a herança. Analisando a estrutura sucessória

dos Estados Unidos, dos demais países cujo regime jurídico é o *common law*, bem como dos países que aderem ao *civil law*, Shelly Kreiczler-Levy (2012, p.497) conclui que nos mencionados sistemas a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe; para ela, uma visão holística da herança requer que combinemos os interesses do *de cujus* e dos beneficiários. A adoção da tese da dupla titularidade do direito à herança tem consequências teóricas e práticas significativas; ela se reflete em especial (mas não exclusivamente) no debate sobre a sucessão forçada, notadamente a discussão sobre a abolição, a manutenção ou a reforma da legítima dos herdeiros necessários. Resumidamente, o sucedido tem o direito fundamental a deixar herança, enquanto o sucessor tem o direito fundamental a receber herança.

Em quinto lugar, é preciso que se tome muito cuidado ao interpretar o direito de herança garantido entre os direitos fundamentais. Não se deve adotar a visão estreita de que o artigo 5º, XXX da Constituição Federal deve ser lido à luz da herança enquanto instituto positivado no Código Civil. Conforme Tiago Ensterseifter (2005, p.11) afirmou em contexto mais amplo, não se pode fazer a errada leitura no sentido código-constituição, em detrimento da adequada leitura constituição-código. Semelhantemente, Gustavo Tepedino (2008b, p.206) criticou a chamada “civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional”. Tepedino (2008a, p.363-364) também já ressaltou a necessidade de se evitar o “equívoco de entender o processo hermenêutico como uma via de mão dupla (influência recíproca entre normas constitucionais e normas de hierarquia inferior)”, sob pena de se eternizarem “noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas, e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete”. Para ele, na medida em que a fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica, “há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional”. Deve-se, então, interpretar o direito infraconstitucional como um todo, e o Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 em especial, à luz da Constituição (especificamente do direito fundamental à herança), e não

o contrário. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2008a, p.574) já sustentava que a norma constitucional é a justificação da norma ordinária, que por sua vez deve se harmonizar com coerência e razoabilidade àquela. Assim, a herança que é encontrada na Constituição é que deve conformar a noção de herança (em sentido amplo) que está codificada. Pelas razões acima mencionadas, discorda-se do entendimento de Paulo Lôbo (2014, p.39-41) que, por um lado, entende que a Constituição não protege a sucessão em geral, mas apenas a herança em sentido estrito, ou seja, o direito de quem é herdeiro (e não o de quem é legatário); e que a finalidade da norma constitucional é a proteção da sucessão legítima, cabendo à testamentária mera tutela infraconstitucional (inclusive quando disser respeito a herdeiros testamentários). Com esta afirmação, o referido autor está indevidamente delimitando o conteúdo de um direito fundamental com base em uma distinção feita pelo legislador (e não pelo constituinte). Ainda que se aceitasse uma interpretação literal (e já excessivamente restritiva) do artigo 5º, XXX da Constituição Federal, no sentido de que há uma proteção à herança, mas não ao legado, não há qualquer fundamento para incluir no âmbito de proteção desse direito fundamental apenas os herdeiros legítimos e não os testamentários.

Em sexto lugar, compete à doutrina aplicar à herança a teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo as ideias de titularidade, limites, limites dos limites, núcleo essencial, âmbito de proteção etc. Trata-se de um movimento doutrinário imprescindível para a regulamentação infraconstitucional adequada do instituto; todavia, passados mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal, as tentativas nesse sentido ainda são raríssimas, provavelmente pela pouca intimidade dos (já poucos) sucessionistas brasileiros com a teoria dos direitos fundamentais. De todo modo, um aspecto imprescindível é a observação das dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental à herança; nesse sentido, ele deve ser entendido tanto como direito subjetivo individual quanto elemento objetivo fundamental da sociedade¹. Por não se tratar do objeto específico do presente trabalho, aqui será feito apenas um panorama superficial da referida análise.

Resumidamente, em relação à sua perspectiva subjetiva, adotando a tríplice divisão proposta por Robert Alexy (2015, p.193), a herança deve ser compreendida tanto como um “direito a algo” quanto como uma “li-

berdade” e também como uma “competência”². Isso implica, entre outras coisas, que a herança exige tanto abstenções quanto prestações estatais positivas, tanto materiais quanto normativas. Entre as prestações normativas devidas pelo Estado em relação ao direito de herança, está o dever de editar normas procedimentais que facilitem o exercício dos direitos hereditários. Do mesmo modo, há uma proibição do embaraço ao exercício do direito de herança tomado como uma liberdade, bem como há uma exigência de que o Estado torne faticamente possível o exercício dessa liberdade. Talvez a liberdade mais evidente relacionada à herança seja a de testar, cujo exercício não deve ser desnecessariamente dificultado pelo apego ao excessivo formalismo. Semelhantemente, é interessante observar que o Estado é proibido de criar embaraços indevidos para o exercício dos direitos sucessórios, o que por exemplo obsta a edição de uma lei que condicione injustificadamente o uso e a fruição de bens do acervo hereditário à ultimização da partilha. Por fim, a tutela da herança enquanto competência lhe confere uma proteção contra a ação erosiva do legislador, como aplicação da chamada “teoria da garantia de institutos”. (É interessante notar que parcela da doutrina, talvez por desconhecimento teórico, costuma limitar a interpretação do art.5º, XXX somente a esse aspecto específico, o que configuraria uma proteção constitucional excessivamente restrita e insuficiente.)

Por outro lado, deve-se aplicar à herança a ideia da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, no sentido de também ser compreendida como um valor objetivo básico e fim diretivo da atuação de todos os poderes públicos, bem como dotada de funções e conteúdos normativos autônomos, uma verdadeira “mais-valia jurídica” (SARLET, 2015, p.149-150). Como os direitos fundamentais incorporam e expressam valores objetivos fundamentais da comunidade, eles devem ter sua eficácia valorada não apenas sob uma perspectiva individualista, mas também sob o ponto de vista social, ou seja, da comunidade em sua totalidade (SARLET, 2015, p.151); isso significa que a herança não pode ser encarada como um direito exclusivamente individual que interessa somente aos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno sucessório, mas também à sociedade como um todo – e isso justifica inclusive a limitação do conteúdo e do alcance da herança, desde que com respeito ao seu núcleo essencial, em razão de interesses prevalentes da comunidade. Do mesmo modo, o art. 5º, XXX

dirige uma ordem ao Estado no sentido de uma obrigação permanente de concretização e realização do direito fundamental à herança; isso envolve notadamente a estruturação de um regime legal de sucessão hereditária, que necessariamente deve ser compatível com os valores objetivos decorrentes desse direito fundamental (ilustrativamente, o respeito da vocação hereditária à concepção constitucionalizada de família, ou um tratamento normativo dos testamentos que facilite o exercício do direito de testar bem como o efetivo respeito às manifestações de última vontade). Em relação à “mais-valia jurídica” do direito fundamental à herança, devem ser destacadas a sua eficácia irradiante em todo o ordenamento infraconstitucional e também na esfera privada, cuja análise será aprofundada na seção 04. Também deve ser observado o dever geral de efetivação do direito à herança atribuído ao Estado, inclusive em atenção ao princípio da proibição da proteção deficiente; isso significa entre outras coisas que o Estado deve adotar diversas medidas – não apenas de natureza legislativa, mas também administrativa e também nas decisões judiciais – para assegurar, proteger e promover o efetivo exercício do direito fundamental à herança. Isso claramente passa pela edição de leis que atribuam direitos sucessórios às pessoas que mantêm com o *de cujus* vínculos hereditariamente relevantes (à luz da Constituição), não apenas àquelas que se enquadram na estreita vocação hereditária codificada; mas isso também exige do Estado, por exemplo, a criação, manutenção e aperfeiçoamento tanto dos órgãos jurisdicionais quanto tabelionatos extrajudiciais onde se processa o inventário, de forma a verdadeiramente conferir a esse procedimento uma duração razoável, de modo a permitir o efetivo e pleno exercício, por parte dos sucessores, dos seus direitos.

3.2 A constitucionalização do direito sucessório infraconstitucional

Na dimensão formal da constitucionalização do direito das sucessões, além da normatividade expressa da herança no rol dos direitos fundamentais, também devem ser observados os reflexos do texto e da tábua axiológica constitucional na legislação infraconstitucional. Esses reflexos devem se manifestar tanto no Livro do Código Civil sobre sucessões, bem como em todas as leis pertinentes à matéria; a análise a seguir realizada se iniciará pela codificação e passará na sequência a elementos da legislação esparsa. Pelo que se pode notar das observações feitas na subseção ante-

rior, o legislador ordinário teria de desempenhar um esforço significativo para alcançar esse objetivo; entretanto, como se notará a seguir, isso não foi feito satisfatoriamente, em especial no que diz respeito ao Código Civil de 2002. Lembra-se assim de um alerta feito por Luiz Edson Fachin (2015, p.09), no sentido de que a dimensão formal, “não raro, é produto de olhar que se recolhe do pretérito ou se esgota no presente; em si não tem, pois, transcendência em direção ao vindouro”.

3.2.1 O Código Civil de 2002

A Constituição Federal de 1988, ao entrar em vigor, inaugurou um paradigma de valorização da dignidade da pessoa humana, do solidarismo, do pluralismo etc. Desse modo, toda a legislação infraconstitucional passou a dever obediência ao projeto constitucional; assim, todas as normas então vigentes que eram substancialmente incompatíveis com a força normativa da Constituição foram revogadas, porque não recepcionadas pelo novo ordenamento constitucional. Nesse contexto, ainda vigorava o Código Civil de 1916, um diploma gestado na virada do século XIX para o XX, profundamente influenciado pelos valores predominantes na Europa nos anos 1800 – como por exemplo o individualismo, o patrimonialismo e o voluntarismo exacerbado, todos inadequados ao novo paradigma constitucional. Para além disso, a própria realidade de um Brasil urbanizado e industrializado demandava uma legislação civil atualizada, não sendo mais suficiente um *Codex* pensado para atender a uma sociedade predominantemente rural. Por esses motivos, acabou-se promulgando a lei 10.406, em 10 de janeiro de 2002, que estabelecia para o Brasil um novo Código Civil. Ocorre que a codificação de 2002 nasceu duplamente velha: em primeiro lugar, por ter tido origem em um projeto apresentado na década de 1970; em segundo lugar, por não corresponder ao pensamento jurídico e aos valores que deveriam predominar no começo do século XXI³. Isso é verdade para o Código Civil de modo geral⁴, e é lamentavelmente evidente em matéria sucessória, regulamentada no Livro V da Parte Especial do *Codex* de 2002.

Em primeiro lugar, é importante reconhecer que o Código de 2002 de fato traz algumas inovações buscando algum tipo de adequação ao novo paradigma constitucional em matéria sucessória. Ilustrativamente, em atenção ao reconhecimento expresso da união estável, foi trazido para

o direito sucessório codificado⁵, no art. 1790, a vocação hereditária do companheiro; contudo, a alteração foi tão mal feita que o referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; em razão disso, atualmente a única norma de chamamento *ab intestato* à sucessão para qualquer modalidade familiar está prevista no (mal redigido) art. 1829. Em outro exemplo, como prestígio à família – constitucionalmente considerada a base da sociedade – e em suposta mitigação do voluntarismo oitocentista, reescreveu-se o antigo artigo 1573 do Código de 1916, invertendo-se a ordem da enumeração das sucessões intestada e testamentária, passando a constar no artigo 1786 do atual *Codex* que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. O problema é que essa mudança, meramente textual, não se refletiu efetivamente na estrutura do direito sucessório codificado; pouco depois, no artigo 1788, o Código de 2002 volta a tratar da sucessão por força de lei como meramente subsidiária em relação à testamentária. O prestígio à vontade do testador, em detrimento das normas de sucessão intestada, reflete-se também no espaço dado pela lei à sua regulamentação. O Título III do Livro de Direito das Sucessões do Código de 2002, que trata da sucessão testamentária, tem mais de 130 artigos, divididos em impressionantes 14 capítulos; enquanto isso, o Título II, sobre a sucessão legítima, tem apenas 28 artigos divididos em 3 capítulos. Um exemplo final das insuficiências das inovações do novo *Codex* é a expressa previsão de validade e eficácia das cláusulas testamentárias de natureza existencial; embora se trate de um avanço, o legislador não previu mecanismos suficientes para assegurar o efetivo cumprimento e observância de tais disposições por parte dos sucessores, cujo desrespeito inclusive pode significar violação a outros direitos fundamentais do falecido, como ilustrativamente a liberdade de culto (a exemplo daquelas disposições sobre o próprio enterro ou a determinação de sufrágios pela alma do testador).

Como visto, as inovações de modo geral foram ruins ou insuficientes para de fato acreditar que a nova codificação trouxe uma efetiva adequação do direito das sucessões aos fundamentos e funções atribuídos pela Constituição de 1988 à herança. Isso se torna ainda mais grave considerando que predominantemente houve a manutenção, na nova codificação, da regulamentação do direito das sucessões conforme já estabelecido no Código de 1916: as novidades sobre a matéria foram apresentadas em

menos de 02 páginas na exposição de motivos; a maioria dos dispositivos é mera repetição *ipsis litteris* das normas anteriormente vigentes ou uma reprodução com pequenas modificações redacionais motivadas por estilo ou adequações gramaticais; e a regulamentação de diversos institutos sucessórios não sofreu qualquer alteração substancial. Além disso, o legislador de 2002 não se preocupou em adaptar as regras sucessórias às inovações científicas, tecnológicas, econômicas, sociais e familiares do século XXI – razão pela qual não há na lei respostas adequadas para direitos sucessórios decorrentes da reprodução assistida, não há previsão do uso de recursos audiovisuais ou eletrônicos para o testamento e também não se dispõe sobre o destino de bens que fogem completamente à lógica da riqueza imobiliária sobre a qual se estruturou a atual codificação. Também falta ao Livro V da Parte Especial do Código de 2002 um verdadeiro diálogo com os princípios orientadores do *Codex*, como a socialidade, a eticidade e a operabilidade: não se fala em função social da herança (ou do testamento); não se aplica de modo geral a boa-fé ao direito das sucessões, nem como parâmetro de conduta, nem como busca da solução mais justa para o caso concreto; não se facilitou nem a interpretação das leis sucessórias (o art. 1829 é um exemplo chamativo de “inoperabilidade”), nem o exercício dos direitos relativos à herança (por exemplo, tantas e tão complexas são as formalidades para o testamento, tornando-o trabalhoso e custoso, que ele se torna muito pouco acessível). Com a manutenção dos pilares do civilismo oitocentista – notadamente o voluntarismo, o patrimonialismo, o individualismo, o conservadorismo em matéria familiar, além do apego a formalismos e abstrações –, chega-se à conclusão de que houve um “fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002” (RIBEIRO, 2021).

A própria opção por se codificar o direito das sucessões em 2002 deve ser repensada criticamente. É importante lembrar que o Código Civil é obra de um pensamento estruturado “emergente de um sistema de normas de direito privado que corresponde às aspirações de uma dada sociedade” (FACHIN, 2015, p.16). Encontra-se na ideia de codificação uma positivação do sistema jurídico da racionalidade clássica, que se construiu a partir da separação entre o direito, de um lado, e a realidade, de outro lado; isso se fez em especial com o uso de generalizações e abstrações.⁶ O prestígio a conceitos gerais e abstratos significou a recusa a outros tipos de

formulação, como o casuístico e o de meras diretivas; semelhantemente, opta-se pelo sistema de exposição e com uma diferenciação estrita entre a esfera jurídica pessoal e a esfera jurídica patrimonial; “a pessoa destinatária de tais articulações era mesmo o *sujeito* (a categoria, um universal) no tempo e nos quadrantes da teoria geral” (FACHIN, 2015, p.26-28). Observa-se também que “o sujeito abstrato do pensamento estruturado sob a codificação é mesmo uma categoria de ser racional que o conceito fez substituir à pessoa” (FACHIN, 2015, p.39). Nesse sentido, com a codificação de 2002, tem-se que os sujeitos do fenômeno sucessório são meras categorias abstratas – o sucedido era quem *tinha*, os sucessores são quem *passam a ter*. A atual regulamentação não leva em consideração que a sucessão hereditária envolve pessoas com biografias reais, inseridas em relacionamentos e contextos com peculiaridades que comumente fogem ao ideal pensado pelo legislador – seja na única ordem de vocação hereditária atualmente positivada, seja na reserva inflexível de 50% do patrimônio, independentemente da extensão da herança ou da presença ou ausência de interesses relevantes das pessoas designadas como herdeiras necessárias. Essas pessoas, esses arranjos familiares não análogos ao casamento ou à biologia – modelo que embasa a construção da sucessão intestada, positivada no art. 1829 do atual *Codex* – e esses interesses que fogem daquilo imaginado na lei ficam de fora da moldura rígida do Código Civil, sendo marginalizados e invisibilizados pela legislação infraconstitucional, em violação ao seu direito garantido no art. 5º, XXX da Constituição.

3.2.2 A legislação infraconstitucional

Fora dos limites da codificação e da racionalidade que a sustenta, o legislador ordinário editou uma série de leis em sentido estrito que contribuíram ou continuam contribuindo para uma maior efetividade do direito fundamental à herança. Ainda há demandas a atender, entretanto o caminho percorrido até aqui traz exemplos mais positivos do que aqueles notados no Código Civil de 2002. Na sequência, serão trazidos alguns exemplos, sem qualquer pretensão de esgotar o tema.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, houve a edição de normas simplificando e facilitando o exercício de direitos sucessórios. Em razão da sua compatibilidade com o ordenamento constitucional vigente, as referidas leis foram por ele recepcionadas. O exemplo mais significa-

tivo nesse sentido se trata da possibilidade de levantamento de valores indicados em alvará judicial, independentemente de arrolamento, nas hipóteses previstas na lei 6858/1980 – diploma normativo cuja revogação, sem fundamento constitucional relevante ou substituição por normativa semelhante, significaria claro retrocesso social. Por outro lado, há normas sobre a herança cuja recepção pela Constituição de 1988 é duvidosa; um exemplo é a proibição de sucessão de cônjuge estrangeiro em terrenos de marinha⁷. Isso é particularmente problemático em se tratando de estrangeiro residente no Brasil, na medida em que a eles são expressamente assegurados, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais reconhecidos aos brasileiros – inclusive o direito à herança.

Em atenção ao reconhecimento da união estável, para efeito de proteção do Estado, nos termos do art. 226, § 3º da Constituição Federal, foram editadas antes do Código Civil de 2002 duas leis especiais versando sobre a mencionada entidade familiar. O comando constitucional era evidente: sendo a união estável uma estrutura familiar merecedora de proteção, e sendo tendo a herança natureza de direito fundamental, a decorrência lógica seria o reconhecimento legal do companheiro sobrevivente como titular de direitos sucessórios em relação ao companheiro falecido. O legislador se desincumbiu da tarefa de dar efetividade ao direito fundamental de herança no contexto da união estável por meio da edição da lei 8971/1994 (arts. 2º e 3º) e da lei 9278/1996 (art. 7º, parágrafo único), que trouxeram direitos sucessórios em benefício dos companheiros. Posteriormente, o direito de herança na união estável foi deslocado para a codificação e, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, a matéria atualmente está abarcada pela norma originalmente direcionada à sucessão entre cônjuges.

O modelo sucessório adotado no Brasil faz com que a herança seja um direito fundamental sujeito a um procedimento – qual seja, o inventário, com a posterior partilha – e que, por isso, requer a criação e organização de um aparelho estatal para tanto. Na medida em que é notória a morosidade da absoluta maioria das varas competentes para processar e julgar os inventários, inevitavelmente pode ser notado nesse cenário o péssimo papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à herança; essa morosidade do inventário judicial pode até mesmo ser considerada como um obstáculo ao pleno exercício do direito de herança, sendo o

prazo de 12 meses para o seu encerramento⁸ texto de lei sem qualquer efetividade social, um caso típico de legislação-álibi. Esse cenário foi de certa forma atenuado com a possibilidade de se inventariar extrajudicialmente o acervo hereditário, originalmente prevista na lei 11.441/2007 e posteriormente consagrada no Código de Processo Civil de 2015. Deve ser recordado que, conforme a dimensão subjetiva do direito fundamental à herança, o Estado tem um dever de prestação normativa, no sentido de editar leis que promovam o efetivo exercício desse direito – o que se pode observar na legislação mencionada. É claro que não se trata de um sistema perfeito, à prova de falhas. Por exemplo, como os Tabelionatos não são órgãos jurisdicionais, não estão sujeitos às regras de competência, inclusive aquelas relacionadas à herança. Assim, os interessados não precisam realizar o inventário extrajudicial no domicílio do autor da herança nem no foro de situação dos bens; identifica-se aqui um terreno fértil para a fraude, como por exemplo a exclusão dolosa de um ou mais interessados no procedimento. Apesar disso, o avanço social decorrente do sistema da lei 11.441/2007, no sentido de exercício efetivo do direito fundamental à herança, é inegável. Entende-se assim que, com base na proibição do retrocesso social, seria inconstitucional a abolição do inventário extrajudicial.

4. A DIMENSÃO MATERIAL (OU SUBSTANCIAL) DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Estando a Constituição no ápice da hierarquia de um determinado sistema, suas normas devem nortear formal e materialmente todo o ordenamento que lhe é inferior; essa ideia se aplica tanto nas relações entre Estado e indivíduos quanto nas relações interindividuais (FACHIN, 2015, p.60). Desse modo, a dimensão substancial da constitucionalização do direito das sucessões se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos, que se irradia sobre todo o ordenamento, em especial sobre as normas infraconstitucionais que versam sobre a herança, notadamente aquelas previstas no Código Civil.

O direito das sucessões constitucionalizado passa a ter de ser interpretado levando em consideração que o ordenamento jurídico brasileiro se fundamenta constitucionalmente, entre outros aspectos, na dignidade da pessoa humana, superprincípio com posição de destaque já no art. 1º

da Constituição Federal. Assim, na passagem da estrutura à função, não cabe mais dizer, como costumeiramente repetido de forma acrítica em doutrina, que a herança funciona como mero complemento do direito de propriedade (PLANIOL; RIPERT, 1933, p.07; MONTEIRO, 2011, p.18) nem como mero estímulo à produtividade e à poupança (BEVILAQUA, 1978, p.16; RODRIGUES, 2003, p.06). A partir da dignidade humana como fundamento da República, deve-se reconhecer que uma das funções primordiais da herança – apesar de não a única – é a proteção e a promoção da personalidade dos sujeitos do fenômeno sucessório. Razão assiste a Heloisa Helena Barboza (2008, p.322), segundo quem “a herança tem, desde 1988, função mais relevante: a de contribuir para a proteção da pessoa humana, assegurando-lhe condições dignas de sobrevivência, e permitindo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades”.

A constitucionalização substancial do direito sucessório deve também levar em consideração que são objetivos fundamentais do ordenamento brasileiro, listados no art. 3º do texto constitucional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos – com a proibição de preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação –, além da redução das desigualdades sociais. A força normativa dessas normas constitucionais tem um potencial revolucionário sobre o direito das sucessões, que deveria inclusive levar a uma mudança de paradigma, o que não vem sendo adequadamente objeto da legislação nem suficientemente debatido pela doutrina. Como se verá na sequência, a herança é tradicionalmente entendida como um interesse de natureza exclusivamente individual, sem maiores aberturas para a noção de solidariedade; no máximo, associa-se o instituto à solidariedade familiar, mas são negligenciados outros aspectos, como a solidariedade social e até mesmo a intergeracional. Semelhantemente, a transmissão póstuma de patrimônio é reconhecidamente um elemento de concentração de riqueza e consequentemente de aumento das desigualdades sociais, na contramão do objetivo constitucional. Costuma-se debater essa questão à luz da tributação; contudo, além de o Brasil ter um imposto sobre a herança significativamente baixo, a correção dessa distorção deve passar não apenas pelo aspecto tributário, também pela regulamentação privada do perfil da sucessão hereditária. Esse pensamento será desenvolvido com mais profundidade na subseção 4.1. Im-

porta desde já notar que um sistema sucessório infraconstitucional que legitima a figura do herdeiro rentista – aquele que “vive de renda” – é inconstitucional por violar praticamente todos os objetivos listados no art. 3º da Constituição.

Não apenas os fundamentos e objetivos constitucionais se irradiam pelo sistema infraconstitucional de direito sucessório, porém todas as normas constitucionais. Evidentemente, a atuação mais clara e intensa pode ser verificada em relação aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º), bem como às normas sobre a família, sobre a criança, o adolescente e o jovem e sobre o idoso (art.226-230). Alguns desses aspectos serão analisados a seguir. Antes, todavia, é necessário fazer uma breve reflexão sobre algumas críticas à constitucionalização do direito civil, que comumente são feitas “com base em suposto prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das disciplinas, percepção assentada numa racionalidade sistêmica fechada, que apreende o Direito como realidade ontológica e um fim em si mesmo” (FACHIN, 2015, p.51). Quando se parte do pressuposto da constitucionalização substancial do direito, deve-se compreender que o direito e os institutos jurídicos são na verdade instrumentos “para o atendimento das demandas impostas para a concretização dos direitos fundamentais e da liberdade substancial da pessoa” (FACHIN, 2015, p.51). Por essa razão, a observância estrita do quanto disposto na norma infraconstitucional posta pode configurar uma violação a direitos fundamentais – inclusive do próprio direito fundamental à herança –, hipótese na qual o texto da lei não deve prevalecer, pois se fosse aplicado estaria contrariando a própria Constituição. Como se verá na sequência, isso se aplica em diversos casos em matéria sucessória, como por exemplo quando a ordem de vocação *ab intestato* indevidamente deixa de fora alguém com vínculo hereditariamente relevante para com o *de cujus*, ou nos casos em que a regra abstrata de reserva de 50% do patrimônio em benefício dos herdeiros necessários contraria a sua própria razão de ser; são situações em que a força dos fatos se contrapõe à letra da lei, casos nos quais esta não deve prevalecer sobre aquela. Em sentido contrário, o apego à racionalidade codificadora e à técnica de decisão com base na via mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida na lei é uma característica do civilismo oitocentista que, como relatado na seção 02, deve ser definitivamente superado. Isso porque esse modelo do direito civil “clássico”, pré-constitucionalização, é

formado por uma lógica binária reducionista de inclusão e exclusão, que se afasta de uma perspectiva emancipatória e de proteção e promoção da pessoa (FACHIN, 2015, p.52).

4.1 A função social da herança

A herança é um direito subjetivo com claro caráter de proteção aos interesses individuais dos envolvidos no fenômeno hereditário, tanto do sucedido quanto do sucessor. Embora tal aspecto não possa ser afastado nem desconsiderado, essa natureza individualista em muitas oportunidades é equivocadamente considerada como a única faceta da sucessão *causa mortis*; alguns doutrinadores até estranham quando se mencionam os interesses transindividuais tutelados pelo art. 5º, XXX da Constituição Federal. É necessário se afastar dessa posição doutrinária simplista. Ade-re-se aqui ao pensamento de Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.228), para quem “se o Direito Privado apenas se concentra nos interesses individuais das partes, e não tem em vista uma perspectiva pública, pode apresentar sintomas de invalidez para resolver problemas complexos”. Semelhantemente, Pietro Perlingieri (2008a, p.680) entende que no ordenamento jurídico vigente não existe direito subjetivo que se destine exclusivamente aos interesses individuais do seu titular; “o que há é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”. Os mencionados autores se referiam ao direito privado como um todo, e aqui se ressalta a imperiosa aplicação de tais premissas gerais de forma específica do direito das sucessões. Por essa razão, rejeita-se a redução da função da herança exclusivamente à tutela dos interesses dos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno hereditário; apesar de tal “função individual” não dever ser descartada, a herança também deve ser funcionalizada em relação à coletividade.

Desse modo, a função social se insere no perfil interno da herança, atuando como critério de valoração do seu exercício. Em paralelo às considerações de Gustavo Tepedino (2004b, p.317) à propriedade, pode-se afirmar que, com o fenômeno da funcionalização, a herança deixa de ser uma atribuição de poder com potencial de plenitude; a determinação do seu conteúdo dependerá de centros de interesses extra-sucessórios. Essa determinação de conteúdo da sucessão *causa mortis*, em razão da função social, opera-se em uma dimensão positiva e em uma dimensão negativa.

Há o impulsionamento, o direcionamento e a limitação do exercício do direito de herança – tanto pelo sucedido quanto pelo sucessor. Do mesmo modo, a função social vincula o direito subjetivo com deveres de atuação, passando a ser exigidas atuações do titular do direito para que se adeque ao que dele se espera na sociedade (TEPEDINO; SCHREIBER, 2000, p.48-49)⁹. Assim, conclui-se que também existem deveres atribuídos aos sujeitos do fenômeno hereditário, que devem participar da sucessão atuando para promover os valores constitucionais e consequentemente beneficiando toda a coletividade.

Conforme mencionado na introdução desta seção 04, não se pode aceitar que os interesses sociais na sucessão hereditária sejam apenas aqueles relacionados à produção e acumulação de riquezas; essa ideia, excessivamente patrimonialista, afasta-se da concepção personalista imposta pelo texto constitucional. Como Luiz Edson Fachin (2012, p.51) ensina, não é adequado se render a um “aprisionamento conceitual” que meramente faz uma releitura mercadológica da instância jurídica, submetendo-a aos critérios de um regime econômico. Compreende-se, como Pietro Perlingieri (2008a, p.509), que a função do ordenamento jurídico não deve ser entendida exclusivamente e prevalentemente a serviço de razões econômicas; na verdade, deve se opor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade. O desafio da doutrina sucessionarista passa a ser, então, o desenvolvimento de uma teoria que funcionalize a herança – no sentido de impulsioná-la e direcioná-la – à concretização dos interesses da coletividade, sob uma perspectiva de proteção e de promoção da dignidade da pessoa humana.

Além da perspectiva de impulsionar e direcionar a sucessão *causa mortis*, a função social da herança também deve ser compreendida em sua concepção limitadora. Conforme mencionado na seção 3.1, observando-se o art. 5º, XXX da Constituição à luz de sua dimensão objetiva, o direito fundamental à herança expressa um valor objetivo fundamental da comunidade, que interessa à sociedade como um todo, o que justifica a limitação do seu conteúdo e alcance em razão de interesses sociais prevalentes. Aqui se aplica ao fenômeno sucessório as afirmações de Luiz Edson Fachin (2015, p.57-58) em relação à função social da propriedade, sobre a passagem do individualismo para a coexistencialidade, no sentido de que “novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos

jurídicos, móvel que sinaliza para a solidariedade social e coexistencialidade”. Isso significa que o conteúdo dos direitos sucessórios pode ser restringido, quando o seu exercício contrariar os interesses da coletividade. Um aspecto bem evidente nesse sentido é a questão da restrição à liberdade de testar em razão da sucessão forçada – atualmente compreendida apenas como a legítima dos herdeiros necessários, tema que será abordado na próxima subseção. Outro aspecto, mais amplo e problemático, todavia menos discutido pela doutrina privatista, é a correlação entre herança e aumento das desigualdades sociais.

É vasta a produção científica demonstrando o vínculo entre a transmissão intergeracional de patrimônio e a concentração de riqueza. Thomas Piketty (2014, p.227; p.342; p.368; p.409) expõe como a herança e seus efeitos cumulativos contribuem para o aumento das desigualdades e diversos outros efeitos sociais negativos, inclusive para a consolidação de uma sociedade de rentistas – aqueles que não se sustentam com renda proveniente do trabalho, e sim do capital acumulado. Podem ser mencionadas diversas outras obras abordando a temática sob diferentes perspectivas, como a de Anton Menger (1898), Harlan Eugene Read (1918), Mark Ascher (1990), Liam Murphy e Thomas Nagel (2003) e Daniel Haliday (2018). No Brasil, o foco na questão se dá mais no âmbito das ciências econômicas (EVANGELISTA, 2021; CARVALHO JUNIOR, 2023); na seara jurídica, a questão vem sendo observada especificamente sob a ótica tributária; merecem destaque as obras de Aluizio Porcaro Rausch (2016), Nathália Daniel Domingues (2017) e Marciano Godoi e Antheia Melo (2022). Com poucas exceções, notadamente Marcos Catalan (2010), a doutrina civilista não costuma se aprofundar no assunto, provavelmente por acreditar que se trata de problema a ser resolvido por meio de tributação; isso sem contar aqueles que, pelo contrário, estão mais focados em desenvolver mecanismos de planejamento sucessório que diminuam a carga tributária, como se a alíquota máxima de 08% do ITCMD, determinada por resolução do Senado Federal, já não fosse claramente insuficiente para reduzir a concentração de riqueza potencializada pela sucessão *causa mortis*. Ocorre que é necessário reconhecer que a tributação não é o único mecanismo que deve ser adotado para corrigir distorções normativas de regras aparentemente neutras, mas cuja aplicação tende a favorecer os ricos, contribuindo para o aumento das desigualdades (LISCOW, 2018,

p.1649). À luz da função social da herança, o conteúdo dos direitos sucessórios deveria ser desenhado em atenção a questões redistributivas e de equidade, havendo a necessidade de uma reestruturação normativa para a criação de mecanismos especificamente pensados para a redução das desigualdades (LISCOW; 2014, p.2478). A herança funcionalizada exige limitações se o seu exercício pleno e irrestrito viola diretamente um objetivo fundamental expressamente previsto na Constituição. Assim, nota-se que o repensar do perfil estrutural e funcional da sucessão hereditária para atender a esse mister não é tarefa a respeito da qual a doutrina civilista possa negar a própria responsabilidade.

4.2 A sucessão forçada

A força irradiante das normas constitucionais sobre o direito das sucessões impõe a releitura de todos os institutos ligados ao tema, inclusive a legítima dos herdeiros necessários. Em realidade, a reserva legitimária é espécie do gênero sucessão forçada – que consiste na restrição quantitativa à autonomia privada testamentária decorrente do prestígio normativamente dado aos interesses hereditários de certas pessoas próximas ao *de cujus*. É necessário refletir se a subsistência do instituto e a sua regulamentação legal estão em conformidade com os imperativos constitucionais.

Na doutrina brasileira, facilmente se encontram clamores pela abolição da legítima ou por sua restrição a situações de vulnerabilidade. As análises nesse sentido focam predominantemente na autonomia privada testamentária do sucedido, que supostamente deveria ser limitada apenas em situações em que o sucessor é vulnerável. De fato, fazer testamento é um direito fundamental implícito, inserido na dimensão subjetiva do art. 5º, XXX da Constituição, sob a perspectiva do sucedido. Ocorre que testar, do mesmo modo que os direitos fundamentais em geral, não é absoluto ou irrestrito: resguardado o seu núcleo essencial, a autonomia privada testamentária está sujeita a restrições qualitativas e quantitativas, notadamente quando em concorrência ou colisão com outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos. Não há e nem poderia haver um direito subjetivo de testar ilimitado e absoluto. O direito de testar não é um fim em si mesmo. Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, a liberdade testamentária sofre uma alteração estrutural, passando por um juízo de compatibilidade com os princípios que confor-

mam e orientam o nosso sistema normativo. O conteúdo normativo do direito do sucedido a deixar herança (especificamente em relação ao seu desdobramento, o direito a fazer testamento) por vezes entra em tensões com o direito do sucessor a receber herança. (Destaque-se que a própria legislação atribui o *status* de sucessor a determinadas pessoas próximas ao falecido, com base entre outras coisas em expectativas e valores sociais.) Da ponderação entre tais direitos fundamentais, há efeitos horizontais recíprocos: os interesses do sucedido conformam e limitam o direito do sucessor, e os interesses do sucessor conformam e limitam o direito do sucedido. Com fundamento na solidariedade familiar¹⁰, a opção normativa brasileira se deu no sentido de resolver as mencionadas tensões privilegiando a proteção sucessória de certas pessoas que guardam um vínculo especial de proximidade familiar para com o autor da herança. Assim, o poder de disposição *causa mortis* que este tem é restringido quantitativamente pela eficácia horizontal do direito fundamental à herança daquelas. Em conclusão, a manutenção da sucessão forçada no ordenamento infra-constitucional é plenamente compatível com as normas constitucionais, não havendo qualquer vício de inconstitucionalidade, por exemplo, por uma suposta violação à autonomia ou ao direito de propriedade do testador.

Por outro lado, merece críticas profundas a atual regulamentação codificada da sucessão forçada, com a reserva legitimária de 50% do patrimônio hereditário sempre que houver herdeiros necessários. Trata-se de uma evidente manifestação do apego do Código Civil às abstrações, na medida em que as situações particulares de cada sucessão – como a extensão do acervo hereditário ou a presença ou ausência de interesses legítimos dos herdeiros necessários – são completamente irrelevantes para a regra codificada. A legítima se enquadra naquilo que Luiz Edson Fachin (2015, p.73) menciona sobre os constantes reenvios do presente ao ideário pretérito, que “se passa mediante o registro marcante da permanência de instituições, institutos e figuras jurídicas”. O referido autor (FACHIN, 2015, p.74) continua afirmando:

O caráter de permanência deposita no duradouro realçado feito de virtude. Assim pode ser quando se trata de uma percepção que (i) ou enaltece sistemas que transcendem o próprio tempo, ou (ii) se reajusta para tomar sentidos novos à luz de sólidos significantes pretéritos. Essa

característica apreendida sob o vocábulo resiliente traduz aqui uma concepção ambivalente do termo, ora como afirmação de aspectos merecedores de consagração, ora como a manutenção de estruturas defasadas com as demandas dos contextos que se alteram. Resistir e superar obstáculos podem ser verbos que beneplacitam atitude elogiável, como também podem ser a expressão da resistência, quando a resistência se transforma, ela mesma, em óbice de transformação.

Nesse sentido, o legislador de 2002 no atual artigo 1789 reproduziu *ipsis litteris* o quanto disposto pelo artigo 1576 da codificação de 1916: “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. O ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente acredita estar adequadamente e suficientemente protegendo a família – o mais adequado inclusive seria dizer os membros da família – e promovendo a solidariedade familiar ao instituir a intangibilidade da legítima, uma opção legislativa comum entre os países do *civil law*. O Código Civil de 2002 manteve dessa maneira um sistema de restrição quantitativa à liberdade testamentária com um critério fixo, invariável, e aplicável de modo indiscriminado e universal a todas as sucessões forçadas. Trata-se de um sistema que pode violar a força normativa da Constituição tanto hermenêuticamente quanto substancialmente.

A abstração excessiva da estrutura de sucessão forçada escolhida pelo legislador brasileiro é incompatível com o modelo de interpretação defendido pela metodologia civil-constitucional, consubstanciado (a) em critérios hermenêuticos inovadores, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação; (b) na substituição do positivismo legislativo clássico pelo personalismo e pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal; e (c) no papel criativo do intérprete, cuja atividade deve promover os valores constitucionais e reconhecer a relatividade e a historicidade dos institutos jurídicos. O Código Civil de 2002 estabelece uma solução única e invariável para toda e qualquer ponderação entre solidariedade familiar e liberdade de testar. Conforme essa regra, ao juízo sucessório não é dada qualquer margem de discricionariedade para adaptar a extensão das partes disponível e indisponível às circunstâncias concretas de cada sucessão. Em matéria de reserva legitimária, o juiz continua sendo encarado somente como *la bouche de la loi*. Por outro lado, o atual sistema brasileiro da sucessão forçada pode se afastar substancialmente da noção de um direito

civil constitucionalizado, por frustração das exigências da solidariedade constitucional, em dois sentidos diametralmente opostos: tanto quando a legítima é pequena demais quanto quando ela é grande demais. Em primeiro lugar, a legítima não cumpre sua função quando 50% do monte sucessível correspondem a uma extensão patrimonial pequena demais para assegurar uma proteção minimamente adequada para as pessoas que ela busca beneficiar. Em segundo lugar, a legítima é disfuncional quando a reserva de metade do patrimônio se revela manifestamente excessiva ou desproporcional para os fins a que se destina a sucessão forçada.

Percebe-se que, embora seja constitucional a subsistência da sucessão forçada no ordenamento jurídico brasileiro, a sua estruturação precisa de uma reformulação. É necessário que se pense na reserva de uma parcela da herança em benefício dos sucessores forçados levando em consideração as circunstâncias concretas, tanto objetivamente (extensão do patrimônio sucessível) quanto subjetivamente (interesses das pessoas envolvidas). Isso envolve também uma reformulação do papel do juízo sucessório, ao qual devem ser reconhecidos os poderes para exercer criativamente o seu papel, de modo a promover os valores constitucionais na aplicação da regra hereditária – por exemplo, definindo quais bens não poderiam ter sido incluídos no testamento.

4.3 O merecimento de tutela das disposições testamentárias

Na subseção 4.2, foram brevemente analisadas as restrições quantitativas à autonomia privada testamentária. Sofrendo a irradiação das normas constitucionais, a liberdade de testar também se sujeita a restrições qualitativas. Conforme adequadamente suscitado por Ana Luiza Maia Neves (2009, p.184), “a liberdade de testar encontrará uma tensão sempre que o seu exercício importar em um atentado aos objetivos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, informados pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade”. Isso significa que, constitucionalizando-se a sucessão testamentária, o conteúdo das manifestações de última vontade não está imune à incidência dos valores constitucionais, devendo passar por um juízo de merecimento para que tenham validade e eficácia. Tal constatação contrasta com a regulamentação codificada da matéria: os testamentos devem de modo geral obedecer aos requisitos genéricos para os negócios jurídicos; além disso, há somente poucas res-

trições pontuais para o seu conteúdo, como ilustrativamente a proibição do fideicomisso para além do segundo grau ou a exigência de justa causa para a clausulação da legítima. Dada a ausência de maiores restrições qualitativas à liberdade de testar, o Código Civil não traz soluções específicas para quando o disponente desobedece a princípios constitucionais; ainda assim, tais cláusulas não deverão prevalecer, uma vez que não merecedoras de tutela em um ordenamento pautado pela força normativa da Constituição. Dois exemplos serão aqui abordados: condições abusivas e motivos ilícitos do testador.

O Código Civil brasileiro admite a nomeação de herdeiro ou legatário sob condição. Se o testador assim o fizer, deverá respeitar as limitações impostas em geral a tais elementos acidentais dos negócios jurídicos, bem como uma restrição específica: são proibidas as condições captatórias. Imagine-se então que uma disposição testamentária condiciona o recebimento da herança ou do legado a condições abusivas, como por exemplo o beneficiado não se casar (de forma genérica ou com determinada pessoa), não ser adepto de certas práticas sexuais ou não seguir determinada religião¹¹. Nesses casos, pode-se dizer que a mão dos mortos controla os vivos (*dead-hand control*), ou seja, através de restrições ao patrimônio hereditário, o testador tenta controlar a vida e as escolhas dos seus sucessores (HENRY, 2011, p.217). Daniel Monk (2011, p.237) ilustra o debate: de um lado, pode-se argumentar que os direitos fundamentais não apenas permitem como exigem que disposições testamentárias violadoras de direitos humanos (como privacidade, casamento e liberdade religiosa) sejam impugnadas pelo Judiciário; por outro lado, há quem afirme que não há violação, uma vez que o potencial beneficiário é livre para recusar a deixa testamentária. A possibilidade de renúncia à nomeação feita em testamento não é a solução adequada para a questão: uma das liberdades do sucessor é escolher se quer ou não ter esse *status* jurídico; se a alternativa de aceitar a disposição envolve sofrer uma violação em sua esfera íntima, então a escolha não é feita livremente nos casos de condições abusivas. Poderam simplesmente ser consideradas ilícitas¹² as condições acima mencionadas, na medida em que visivelmente contrárias a valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial a liberdade e a intimidade em suas diversas vertentes (familiar, sexual, religiosa); ocorre que essa não é a solução ideal, pois ela resultaria na invalidação da cláusula do testa-

mento, conforme o supramencionado artigo 123 do Código Civil de 2002. Dessa forma, a codificação civil combateria a postura abusiva do testador frente ao sucessor de forma a prejudicar este último, uma vez que, com a declaração de nulidade da disposição testamentária, ele nada receberia. A solução adequada para a referida hipótese poderia ser a mesma de quando a nomeação de herdeiro é subordinada a termo – o elemento accidental é considerado não escrito. Ocorre que essa não é a previsão da lei brasileira para o caso em questão, o que demonstra a insuficiência do atual regime sucessório codificado para lidar com a tensão entre a autonomia privada testamentária e os direitos fundamentais do sucessor.

Assim como no caso das condições abusivas, o Código Civil de 2002 também não traz a solução constitucionalmente adequada para as disposições testamentárias cujo motivo determinante é ilícito. Aqui se usa a definição de motivo dada por Marcos Bernardes de Mello (2015, p.164), no sentido do porquê, do móvel que conduz o agente a realizar um negócio jurídico; “os motivos têm caráter subjetivo e dizem respeito às razões, aos escopos, aos objetivos que levam ao negócio jurídico e respondem à questão *por que formalizá-lo*”. De acordo com Marcos Bernardes de Mello, o motivo, enquanto móvel psíquico, é questão fática e não intrinsecamente jurídica; por essa razão, em regra os sistemas jurídicos consideram irrelevantes as razões que levam ao negócio jurídico. Ocorre que a regra da irrelevância dos motivos é excepcionada em duas hipóteses: quando o motivo declarado como razão determinante do negócio é falso; e quando o motivo determinante, sendo comum a todos os agentes, é ilícito. A presente análise será restrita à ilicitude das razões que movem a disposição testamentária. Imagine-se então o caso de um ascendente que testa deixando toda a sua parte disponível para um dos seus dois descendentes, expressamente declarando na cédula testamentária que a razão da disposição é a homossexualidade do outro filho (POPOFF, 2014). Pensemos em um testador que clausula de inalienabilidade a parte disponível que caberia à sua filha, explicitamente consignando que o faz em razão de ela ser casada com um homem negro. Parece óbvio que tais disposições testamentárias movidas por razões ilícitas, preconceituosas de modo geral, não devem prosperar; afinal, elas são totalmente incompatíveis com os valores do ordenamento constitucional brasileiro. Contudo, essa solução não é tão evidente se se levar em consideração a tradicional dogmática sucessó-

ria, segundo a qual o testador é livre para dispor como bem entender da parte que não está reservada em favor dos seus herdeiros necessários; seus motivos são irrelevantes. Além disso, também o recurso à teoria geral da invalidade dos negócios jurídicos não é de ajuda para o caso. No sistema codificado no Brasil, não se invalida negócio jurídico unilateral (como é o caso do testamento) em razão da ilicitude do motivo determinante (MELLO, 2015, p.166). Dessa forma, se apenas se pudesse recorrer ao Código, como pretendem alguns, tais cláusulas testamentárias prevaleceriam, o que configuraria uma agressão severa à tábua axiológica da Constituição Federal. Disposições testamentárias com motivos preconceituosos são altamente problemáticas e claramente não devem ser cumpridas pelo juízo das Sucessões. Por exemplo, como bem ilustra Shelly Kreiczler-Levy (2010, p.690), do mesmo modo que um empregador não pode deixar de contratar uma funcionária exclusivamente em razão do seu gênero, o testador não pode afastar de sua sucessão (ainda que exclusivamente em relação à parte disponível) uma herdeira pelo simples fato de ela ser mulher. O Código não nos oferece sozinho os instrumentos necessários para impugnar tais cláusulas; ainda assim, deve-se sempre recorrer ao juízo de compatibilidade da autonomia privada testamentária com os valores constitucionais.

Tanto o caso das condições abusivas quanto o dos motivos ilícitos mostram que a limitação codificada à liberdade de testar é insuficiente para assegurar a compatibilidade da autonomia privada testamentária à Constituição Federal. Precisa-se então avaliar qualitativamente o conteúdo das disposições de última vontade, para assegurar que elas consubstanciam interesses constitucionalmente dignos de tutela. Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.540) afirma que “o Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares”. O jurista portenho explica que a autonomia privada não deve impor à sociedade as suas valorações particulares nem invadir territórios socialmente sensíveis. Em Pietro Perlingieri (2002, p.19) encontra-se a noção de que os atos de autonomia têm fundamentos diversos, entretanto encontram seu denominador comum no direcionamento à realização de interesses e funções socialmente úteis. Esses atos devem estar em conformidade com os princípios gerais do ordenamento, dos quais se extrai a valoração de merecimento de tutela. Dessa forma, a autonomia não é um valor em si mesmo; ela pode ser considerada um valor, “dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse

merecedor de tutela” (PERLINGIERI, 2008a, p.355). Em todos os casos acima mencionados, a autonomia privada testamentária se demonstra não merecedora de tutela, pois incompatível com os valores constitucionais; apesar disso, as soluções codificadas têm resultados insatisfatórios para o devido tratamento da matéria.

4.4 Os princípios da preferência de classes e da preferência de graus dentro de cada classe

A ordem de vocação hereditária é uma construção legislativa, fruto de opções políticas do legislador, que deve obedecer às diretivas e aos limites impostos pela Constituição. A sucessão *ab intestato* Código Civil de 2002 mantém a lógica da codificação anterior de dividir os parentes sucessíveis em graus e classes, estabelecendo que os mais próximos excluem os mais remotos, salvo nas hipóteses (a) de concorrência do cônjuge com descendentes ou ascendentes e (b) de direito de representação. Trata-se de normas que precisam ser relidas à luz da força normativa da Constituição. Afinal, a aplicação excessivamente rígida dessas regras pode levar a resultados que contrariam mandamentos constitucionais.

Comumente encontramos determinadas justificativas para a ordem de vocação hereditária nos moldes da que foi adotada pelo Código Civil de 2002. A afeição, real ou presumida, do falecido para com os seus descendentes é comumente suscitada como justificativa. Giselda Hironaka (2014, p.359-360) ensina que a fórmula latina *amor primum descendit, deinde ascendit* (“o amor primeiro desce, depois sobe”) vem sendo utilizada para justificar que os descendentes sejam o primeiro grupo vocacionado a suceder, em detrimento dos ascendentes, “pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua estrutura genética e/ou moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida em relação ao outro genitor, quiçá sobrevivente à sua morte”.

Além do afeto, outra fundamentação para a ordem de vocação codificada são os deveres (notadamente o de sustento) do sucedido para com determinadas pessoas. O Código Civil de 2002 presumiu que os referidos deveres do *de cuius* em primeiro lugar são para com seus descendentes. Tal presunção pode até corresponder à realidade, notadamente em nos casos em que os descendentes são crianças, adolescentes ou jovens; nessa hipótese, devem prevalecer os seus melhores interesses. Nessas circunstâncias,

a preferência em receber o patrimônio hereditário está em conformidade, de um lado, com a função da herança de contribuir para o desenvolvimento da personalidade do sucessor; e, de outro, com o dever da família, da sociedade e do Estado de lhes assegurar com absoluta prioridade a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização e, de modo geral, a dignidade¹³. Também há coerência plena com o mandamento constitucional relativo aos deveres assistência, criação e educação dos pais em relação aos filhos menores¹⁴. Ocorre que a presunção legislativa acima mencionada muitas vezes não corresponde à realidade, notadamente quando os descendentes já se encontram plenamente inseridos no mercado de trabalho. Isso por si só não lhes tornaria desmerecedores do chamamento à sucessão. O problema todo se encontra quando, nas referidas circunstâncias, há também outras pessoas, aí sim verdadeiramente dependentes do *de cuius*, que nada receberão porque se encontram em uma classe de parentesco considerada mais distante (e, portanto, menos merecedora de herança). Os deveres concretos do falecido para com essas pessoas reais são invisibilizados porque o legislador arbitrariamente considerou que elas sempre merecerão menos proteção sucessória do que os descendentes. Isso é particularmente problemático na hipótese em que os ascendentes são idosos materialmente dependentes do morto, na medida em que há um mandamento constitucional no sentido de que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”¹⁵. Igualmente, a Constituição também impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas¹⁶. Desse modo, quando esses ascendentes idosos e dependentes do morto são injustificadamente preteridos da sucessão por descendentes hábeis a prover o próprio sustento, há uma patente inconstitucionalidade da aplicação da ordem de vocação hereditária codificada ao referido caso concreto.

Ao hierarquizar afetos no chamamento à herança, o legislador ignorou que sua ordem de prioridades pode, a depender das circunstâncias concretas, não corresponder às afeições reais do falecido nem estender a adequada proteção sucessória àqueles que dele mantinham vínculos de dependência material. Semelhantemente, apesar do envelhecimento geral da população brasileira, o legislador continuou presumindo *jure et de jure* que predominantemente os descendentes do *de cuius* terão maior dependência do que os ascendentes dele – o que nem sempre condiz com a

realidade. O Código Civil de 2002 presume que, em matéria de vocação hereditária, sempre prevalecerá o melhor interesse da criança e do adolescente, ignorando a possibilidade de também incidir o princípio de amparo aos idosos. Até é possível conceder que o legislador tenha de eleger uma presunção *default* de afeto e deveres; o que não se deve aceitar é que o modelo abstrato da lei prevaleça sobre as relações de afeto e de deveres que existem na realidade.

4.5 A discricionariedade judicial em matéria sucessória

Como exposto na subseção 3.2.1, merece reflexão crítica a própria opção por se adotar um novo Código Civil como resposta à constitucionalização formal do direito privado como um todo e do direito das sucessões em especial. Para além das insuficiências das regras contidas no *Codex*, das quais as considerações acima são somente exemplos, o grande problema é o modo de pensar que embasa tal opção. Luiz Edson Fachin (2015, p.78) leciona que a racionalidade codificadora, formulada no tempo da razão oitocentista, funda-se na estrutura de um dado pensamento científico, “segundo a lógica formal e sob os signos da certeza, completude e definitividade”. O autor segue:

A necessidade da codificação (que não se confunde, pois, com a presença ou mesmo necessidade de Códigos Cíveis ou outros códigos setoriais) é, pois, decorrente de reclamos para um tipo de segurança formal, própria da racionalidade codificadora, diversamente da segurança material, comprometida com o justo para o caso concreto e próprio da tríplice base constitucionalizada do Direito Civil contemporâneo. O Código pode ser, por conseguinte, um dos sintomas da codificação; diante do Código, as questões sobre a quem e a que servem os Códigos dizem mais da codificação do que do Código em si. (FACHIN, 2015, p.79)

O pensamento codificador, que sustenta e conforma o civilismo “tradicional”/oitocentista, parte do pressuposto de que no Código estão contidas soluções para todas as situações juridicamente relevantes. Nesse contexto, competiria ao juiz – na clássica concepção de “boca da lei” – apenas o papel de fazer a subsunção do fato à regra legal preestabelecida. Nos dizeres de Luiz Edson Fachin, “nas asas da lógica formal moderna, a certeza afastava o risco, a segurança se embalava nos braços da previsibilidade, e o tempo seguia linear em direção à conservação do *status quo*”

(FACHIN, 2015, p.79). Essa ideia conservadora do civilismo clássico, que indevidamente persiste mesmo à luz da constitucionalização, se aplica a todo o direito privado; contudo, seus reflexos no direito das sucessões são significativamente intensos. Qualquer proposta de reforma em direção à promoção da justiça substancial esbarra nos argumentos de violação à justiça formal, no sentido da segurança jurídica. Um exemplo evidente é a reprodução assistida *post mortem*: aqueles que se opõem à atribuição de vocação hereditária legítima à prole postumíssima preferem ignorar que se trata de filhos do *de cujus* – herdeiros por excelência, portanto –, apegando-se excessivamente ao momento da concepção e à segurança jurídica daqueles que foram chamados à sucessão no instante do óbito.

O grave problema da manutenção da racionalidade codificadora – e da sua pretensão de completude, previsibilidade e segurança – é que a constitucionalização substancial do direito das sucessões muitas vezes exigirá que o texto da lei ou até mesmo da disposição testamentária não seja obedecido literalmente pelo juízo sucessório, notadamente quando a sua aplicação contrariar a força normativa da Constituição. Isso é particularmente verdade em matéria sucessória, considerando dois fatores específicos desse ramo do direito civil: (a) as supramencionadas deficiências do Livro V da Parte Especial do Código de 2002 para atender às demandas decorrentes da constitucionalização formal da herança; e (b) a amplíssima liberdade que é tradicionalmente reconhecida ao testador, que historicamente passa imune a um juízo de merecimento das suas disposições de última vontade, com poucas exceções para além do respeito à legítima dos herdeiros necessários. Nesse contexto em que o legislador não se desincumbiu satisfatoriamente do seu ônus e em que o testador “permanece o bom e velho indivíduo burguês, sem ter seus atos questionados pelos valores introduzidos no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988” (NEVARES, 2009, p.10), o juízo sucessório não pode permanecer sendo *la bouche de la loi*, restrito ao modelo clássico de interpretação formalística. O respeito à constitucionalização material da herança impõe um novo papel para o juízo das sucessões: trata-se de um papel criativo, de promoção dos valores constitucionais, com o reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos; com a preeminência da justiça sobre a letra do texto da lei ou do testamento; e com a solução tópico-sistemática dos problemas, atentando-se para uma hermenêutica inovadora, com o

uso de critérios como a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. Em resumo, a constitucionalização substancial da herança somente se verificará na realidade se o juízo sucessório deixar de ser um mero burocrata, cujo papel se resume a fazer acriticamente uma grande operação matemática – dividir o acervo hereditário entre os chamados à sucessão conforme os critérios determinados na lei –, sendo-lhe reconhecida uma ampla margem de discricionariedade, especialmente (porém não exclusivamente) para definir, à luz da Constituição, quem mantinha vínculos hereditariamente relevantes com o *de cujus* e o valor do quinhão – ou eventualmente outro direito que não apenas a transmissão de propriedade – que será atribuído a cada sucessor.

A discricionariedade judicial em matéria sucessória é imprescindível para a concretização dos valores constitucionais no direito das sucessões. Aqui serão brevemente expostos 02 exemplos: a ordem de vocação hereditária e a isonomia na distribuição de quinhões. Em primeiro lugar, atualmente a lei traz apenas uma ordem de chamamento à herança, constante no art. 1829 do Código Civil, que pretensamente se aplica a todas as entidades familiares. Tal regra foi historicamente construída com base em uma única estrutura familiar, aquela fundada no casamento heterossexual e na biologia. Ela se aplica sem maiores controvérsias a modelos familiares análogos, como as uniões estáveis, os casamentos entre pessoas do mesmo sexo ou as filiações socioafetivas das quais não decorre multiparentalidade. Entretanto, tal norma se mostra mais problemática em relação a arranjos não-análogos à família assim dita “tradicional”, como as uniões poliafetivas, as uniões paralelas ou até mesmo as famílias anaparentais em algumas circunstâncias¹⁷. A invisibilidade hereditária dessas famílias, à luz da regra estampada no Código Civil, contraria o direito fundamental à herança das pessoas envolvidas, bem como o princípio constitucional da isonomia entre modelos familiares. Na ausência de uma norma codificada adequada, deve caber ao juízo das sucessões identificar que há naquela circunstância um vínculo hereditariamente relevante que merece reconhecimento jurídico.

Um segundo exemplo do que se trata aqui é a isonomia em matéria sucessória. A questão vem sendo abordada, inclusive legislativamente, à luz da isonomia formal. A lei de modo geral atribui a herdeiros de mesma classe e grau os mesmos direitos sucessórios; especificamente em re-

lação aos descendentes, trata-se de decorrência de norma constitucional expressa de isonomia entre os filhos. Ocorre que a isonomia também tem uma dimensão substancial: a ordem jurídica não proíbe desigualdades, apenas aquelas que são odiosas, fortuitas, injustificadas, baseadas em algum fator sem pertinência lógica com a diferenciação (MELLO, 2011, p.18). De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p.17), as discriminações normativas são compatíveis com o princípio da igualdade nos casos em que “existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. Em matéria sucessória, desigualdades motivadas pela origem da filiação ou pelo gênero do sucessor não são compatíveis com a Constituição (inclusive por vedação expressa, como já exposto). Ademais, tais critérios não guardam qualquer correlação lógica com o eventual tratamento jurídico conferido aos desiguais, qual seja, um quinhão maior ou menor. Por essas razões, não há qualquer justificativa de isonomia material, à luz da Constituição, para um tratamento diferenciado em favor dos filhos havidos dentro do casamento ou dos filhos homens. Por outro lado, entendemos que há critérios que, em circunstâncias excepcionais, podem e devem ser levados em consideração para, de forma compatível com a Constituição Federal, discriminar os sucessores. Uma dessas circunstâncias seriam necessidades excepcionais de algum dos herdeiros, notadamente em comparação com as demais pessoas chamadas à sucessão. A título ilustrativo, pode-se imaginar que o *de cujus* tenha deixado, de um lado, um filho com deficiência, sem qualquer possibilidade de prover o próprio sustento, com quem ele residia e a quem prestava toda a assistência material; e, de outro, uma filha procuradora da República. Nessas circunstâncias excepcionais, uma repartição formalmente igual potencialmente contrariaria a função da herança de proteger a dignidade do herdeiro. As considerações de isonomia material se impõem no caso, para evitar uma distribuição do patrimônio hereditário que não tutele suficientemente as manifestas necessidades de um dos sucessores. A norma codificada não se abre a considerações dessa natureza; a aplicação da justiça substancial nesse caso depende da análise do juízo sucessório, com poderes para tanto dentro de uma margem de discricionariedade.

Um juízo sucessório com ampla margem de discricionariedade tem o potencial de fazer valer a preeminência da justiça, em detrimento da abstração, do tecnicismo e do positivismo legislativo. Ocorre que a doutrina apegada ao modo de pensar do direito civil “tradicional” parece se preocupar mais com manter as coisas como supostamente sempre foram do que com transformar o Direito das Sucessões para que se torne mais justo, equitativo, emancipatório e inclusivo. Com Giselda Hironaka (2006, p.02), aprende-se que a fixação dos juristas pela segurança jurídica decorre de uma tendência de se buscarem as “verdades inteiras”, ou seja, padrões imutáveis, perfis definitivos para os institutos jurídicos. Essas “verdades inteiras” são mais seguras na medida em que não dão espaço a reorganizações, remodelações, rearranjos. Ocorre que, quando algo se apresenta de modo repetitivo, encaixado em formulações pré-definidas, não há lugar para se pensar o novo nem para se adequar o tempo. Dessa forma, a mencionada autora denuncia que, quando se adota essa perspectiva – “restrita e fechada, e por isso mesmo segura”, acaba-se preferindo “a justiça segura à justiça justa”. Para uma efetiva constitucionalização substancial da herança, deve-se romper com essa postura tradicional. Esse rompimento passa necessariamente pela dimensão prospectiva da constitucionalização do direito das sucessões, como será analisado na próxima seção.

5. A DIMENSÃO PROSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

A terceira dimensão da constitucionalização do direito privado é a prospectiva, aquela que se funda na constante reconstrução de conceitos e institutos jurídicos, decorrente da força criativa dos fatos sociais. De acordo com Luiz Edson Fachin (2015, p.85), parte-se da concepção de um sistema jurídico aberto, poroso e plural, permitindo uma atuação constituinte da hermenêutica; o objetivo é que se atenda à segurança jurídica material, não apenas à formal. Percebe-se que toda norma requer interpretação, e que os sentidos extraídos dos fatos previstos na norma não são fixos, na medida em que as situações se modificam e se renovam (FACHIN, 2015, p.179).

No direito das sucessões constitucionalizado, a dimensão prospectiva tem uma importância acentuada. Considerando a insuficiência da legislação hereditária infraconstitucional, em especial do Código Civil,

para atender às demandas impostas pela tábua axiológica constitucional, acentua-se o papel do intérprete para reconstruir, à luz da Constituição Federal e dos fatos sociais que transformam substancialmente a sucessão *causa mortis*, os significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática sucessória. Os tempos mudaram, as tecnologias mudaram, as famílias mudaram (OLIVEN, 2019), as riquezas mudaram, e o texto legal permaneceu mais ou menos o mesmo. Assim, devem ser ressignificadas em especial as noções de herança, sucedido e sucessor – respectivamente objeto e sujeitos do fenômeno sucessório –, conceitos dos quais devem ser extraídos novos sentidos, mais adequados à realidade em que estão sendo aplicados (FACHIN, 2015, p.107). O direito subjetivo à herança deve ser reconstruído considerando a sua natureza de direito fundamental. Do mesmo modo, a herança em sentido objetivo – patrimônio sucessível – deve ser repensada à luz das novas riquezas que fogem completamente à tradicional lógica mobiliária/imobiliária, como ilustrativamente os acervos digitais (MOTA, 2022; SANTANA; FRANCO, 2023); deve-se inclusive rediscutir a limitação da noção de herança à ideia de patrimônio, pensando-se nos bens jurídicos extrapatrimoniais passíveis de inserção na lógica da sucessão *causa mortis*. Por outro lado, as categorias de sucedido e sucessor devem ser reconstruídas fugindo-se da lógica oitocentista da abstração do sujeito de direito; tais pessoas devem ser encaradas como sujeitos concretos, com peculiaridades, biografias reais (e não meramente jurídicas), cidadania e, acima de tudo, dignidade. Isso envolve, por exemplo, (a) reconhecer vínculos sucessórios a relacionamentos mantidos pelo *de cuius* que fogem da moldura rigidamente imposto pela lei para a ordem de vocação hereditária; (b) determinar os limites da sucessão testamentária com base na ponderação entre os interesses específicos dos sucessores legítimos e daquelas pessoas beneficiadas pelo testamento. Também em relação a esse aspecto, deve-se abandonar o binarismo que impregna o pensamento jurídico ocidental: ou o sujeito é herdeiro, ou não é. Deve-se pensar que nem todos os potenciais sucessores têm os mesmos interesses na sucessão *causa mortis*. Evidentemente, alguns fazem jus a um quinhão referente a uma parcela do patrimônio hereditário, cuja propriedade lhes será transferida com o óbito do *de cuius*. Diferentemente, outros podem manter interesses relevantes de natureza diversa, não-proprietária, sobre o acervo hereditário, como por exemplo

o direito real de habitação. Atualmente, tal direito é reconhecido somente ao cônjuge e, por analogia, ao companheiro; não há razão pela qual se excluir de tal proteção hereditária outras pessoas próximas ao *de cujus*, em especial outros familiares que com ele dividiam o lar. Nesse sentido, há jurisdições, como Israel, que conferem às pessoas que residiam com o falecido em imóvel deste o direito de lá permanecer, mediante o pagamento de aluguéis aos herdeiros. Não se trata de locação, pois tal direito decorre da lei, e não da vontade das partes; ao mesmo tempo, não se trata de um direito real de habitação, na medida em que a sua continuidade pressupõe a contraprestação. Na verdade, trata-se de um direito sucessório *sui generis*, uma vez que não envolve a transmissão da titularidade do patrimônio.

Também se aplica ao direito das sucessões, na dimensão prospectiva da sua constitucionalização, a dúplici possibilidade hermenêutica notada por Luiz Edson Fachin (2015, p.86): “se alimentam, nesse contexto, da teoria e da prática do Direito Civil (...) os significantes cujos sentidos são apropriados pela representação jurídica, num determinado espaço e ao curso de certo tempo, ora com o fim de legitimar escolhas previamente levadas a efeito na supremacia cultural dos interesses sociais, econômicos e históricos, ora na contramão de tais interesses”. Em matéria sucessória, diversas regras infraconstitucionais positivadas – reproduzidas até hoje em decorrência da supramencionada constitucionalização formal insatisfatória – foram originalmente pensadas para legitimar a supremacia de um determinado modelo (de família e de riqueza). Assim é, ilustrativamente, a ordem de vocação hereditária estampada no artigo 1829 do Código Civil de 2002, pensada para uma estrutura familiar específica – fundada no casamento heterossexual, do qual decorriam os filhos anteriormente chamados legítimos. (Note-se que o projeto original da nova codificação trazia distinções hereditárias entre filhos tidos dentro e fora do casamento, o que teve de ser consertado durante a tramitação legislativa.) Com a constitucionalização da herança e os consequentes imperativos de isonomia entre entidades familiares, ao intérprete resta reconstruir criticamente o sentido da referida norma, de modo a contrariar a intenção original do legislador, incluindo na ordem de vocação hereditária aquelas novas famílias excluídas do sistema positivado. Nesse contexto, o desafio para a doutrina e para os aplicadores do direito das sucessões, prospectivamente constitucionalizados, é permitir se iluminar pelos ciclos da experiência, fazendo um

distrato com o dogmatismo acrítico, enfim, “tentar entender o que passa à volta, na realidade, e não apenas nas fontes escritas pelo conhecimento formal” (FACHIN, 2015, p.87). Dentro do exemplo ora trabalhado, para uma adequada reconstrução vocação hereditária intestada, o intérprete deve tentar se libertar das fontes formais que tentam impor taxativamente quais famílias merecem e quais não merecem reconhecimento sucessório; tal resposta deve ser procurada na vida real, nas dinâmicas concretas, nas quais verdadeiramente se pode identificar um vínculo hereditariamente relevante. Ainda há atraso significativo nesse sentido: um exemplo evidente é o caso do Conselho Nacional de Justiça, que na lamentável decisão do Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000 negou a possibilidade de famílias poliafetivas declararem a sua própria existência por escritura pública; como consequência, acabou por marginalizar e invisibilizar o devido tratamento sucessório nesses casos.

Evidentemente, a premissa básica da dimensão prospectiva da constitucionalização do direito civil é a superação do ideário de completude e de totalidade do sistema jurídico clássico e, consequentemente, da mecânica formal da subsunção; assim, deve se realçar a construção dinâmica funcional da justiça para o caso concreto (FACHIN, 2015, p.88). No mesmo sentido deve-se abandonar a racionalidade codificadora, fixada em se tomar o sistema como um conjunto de respostas prontas e acabadas a problemas futuros; pelo contrário, deve-se partir dos problemas concretos, buscando para cada um deles a melhor entre as várias possíveis soluções, o que se faz por meio da hierarquização axiológica em cada caso concreto, de modo a concretizar os direitos fundamentais como normas (FACHIN, 2015, p.93-94). A ideia é reconhecer que o direito não é um sistema meramente dedutivo, e sim dialético, problematizante, aberto e plural; desse modo, os conceitos jurídicos passam por uma adequação valorativa, operada pelos princípios do sistema (FACHIN, 2015, p.116-117). Em relação ao direito das sucessões, por tudo o quanto referido nas seções 3 e 4, essa superação da hermenêutica tradicional é uma jornada que ainda precisa se iniciar. O juízo sucessório ainda é predominantemente visto como *la bouche de la loi*, a quem compete acriticamente dividir matematicamente o saldo do acervo hereditário, depois de pagas as dívidas, entre aqueles que se habilitaram como sucessores. Com a alteração de postura ora proposta, tal função permanecerá, mas qualitativamente diversa: os significa-

dos atribuídos aos referidos significantes (“dividir”, “acervo hereditário”, “sucessores”) deixam de ser tidos como dados, extraídos da literalidade da lei, e passam a adquirir densificação concreta à luz dos fatos específicos de cada sucessão. Reconhecendo a relatividade e a historicidade dos institutos jurídicos (SCHREIBER; KONDER, 2016, p.14), o intérprete notará que a expressão “patrimônio sucessível” engloba na terceira década do século XXI bens impensáveis para normas originalmente pensadas no século XIX. Admitindo que o positivismo legal clássico deve ser substituído pelo personalismo e que a justiça deve prevalecer sobre a letra do texto legal (PERLNGIERI, 2008a, p.54), o hermeneuta perceberá o quanto é sem sentido, com a excessiva valorização da regra da coexistência estampada no art. 1798 do Código de 2002, privar um filho dos seus direitos sucessórios exclusivamente por ter sido concebido por meio de reprodução assistida após a morte do genitor. Valendo-se de critérios hermenêuticos inovadores, como a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação (PERLNGIERI, 2008b, p.03-04), o aplicador da norma sucessória perceberá que a declaração de nulidade de um testamento por vício formal, notadamente nos casos em que se pode demonstrar por outros meios a autenticidade e a veracidade da manifestação de última vontade, é medida desproporcional para os fins aos quais se destina o formalismo testamentário.

Luiz Edson Fachin (2015, p.145) aponta que a diferenciada hermenêutica, presente na dimensão prospectiva da constitucionalização do direito civil, tem um potencial transformador e emancipatório, cuja maior contribuição “pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto”. Desse modo, na permanente tensão dialética entre a norma e o fato, resulta-se na constante reinvenção e renovação do direito. Em relação à herança, tais constatações se relacionam diretamente com a função expressiva do direito das sucessões. Segundo a teoria da função expressiva do direito, não apenas as concepções sociais influenciam as normas jurídicas, mas a recíproca também é verdadeira. De acordo com Cass R. Sunstein (1996, p.2024), a função expressiva do direito consiste em a norma jurídica passar determinada mensagem, em vez de diretamente controlar comportamentos. As atitudes que as pessoas tomam e as crenças que elas desenvolvem muitas vezes são decorrentes daquilo que a lei diz; dessa

forma, da função expressiva do direito decorrem os efeitos das normas jurídicas nas normas sociais prevalentes. Assim, muitas vezes a mensagem passada pela lei é pensada como uma forma de dar novos direcionamentos às normas sociais (SUNSTEIN, 1996, p.2051). Em decorrência da função expressiva do direito, as preferências pessoais são afetadas pelas normas jurídicas existentes. Ilustrando o fenômeno, determinada visão social a respeito do aborto ou do consumo de certas drogas certamente é influenciada pelo fato de, naquela jurisdição, tais práticas serem permitidas ou criminalizadas. Gary E. Spitko (1999, p.1099-1101) trouxe para o direito das sucessões a noção de função expressiva do direito, ressaltando as mudanças nas normas culturais que podem ser provocadas pelo direito hereditário. Segundo o mencionado autor, o direito tem um grande potencial de ensinar ou reforçar valores; aqueles sujeitos que sentem os efeitos das normas jurídicas, em si mesmos ou nos outros, acabam aprendendo a quem o ordenamento jurídico respeita e quem ele ignora, bem como quem recebe da lei privilégios ou desvantagens. Conforme Spitko, as normas jurídicas sobre sucessão *ab intestato* não apenas refletem, mas também ajudam a moldar e a manter as normas sociais sobre família. A título ilustrativo, Spitko conclui especificamente afirmando que, com a extensão de direitos hereditários em favor de parceiros do mesmo sexo, o direito das sucessões pode contribuir para a mudança de como a sociedade enxerga os homossexuais e as lésbicas, além da forma como essas pessoas enxergam a si mesmas. Em se tratando de Brasil, em um cenário no qual a legislação infraconstitucional permanece presa às amarras do civilismo oitocentista, a hermenêutica sucessória desempenha papel emancipatório significativo sob uma perspectiva da função expressiva: apesar de a lei não dizer isso, quando o Judiciário reconhece que alguém é herdeiro do seu parceiro de mesmo sexo, a mensagem passada à sociedade é que ali há um vínculo merecedor de reconhecimento.

Proposta sustentada por Luiz Edson Fachin (2015, p.121) para o avanço da dimensão prospectiva do direito civil é “a hipótese de um direito jurisprudencial, estribado em cláusulas gerais, nos princípios como norma vinculante”; na busca da solução correta para os casos concretos, encontra-se na balança o desafio entre justiça e segurança jurídica, almeja-se que o juiz permaneça atento à vedação do retrocesso, aos mandados de otimização e aos imperativos de tutela. Surge aqui novamente a im-

peratividade de superação definitiva da racionalidade codificadora – que afirma um Código dotado de verdade absoluta, um dogma a ser seguido e jamais questionado, um direito ideal e racional, isento de transformações, pretensamente científico (FACHIN, 2015, p.149). Desse modo, a proposta consiste na elaboração dialética de princípios hábeis a concretizar a dignidade da pessoa humana no plano de suas relações privadas. Luiz Edson Fachin (2015, p.171-173) exemplifica a sua proposta com alguns princípios, como o do acesso, o da não discriminação, o da solidariedade, o da equidade substancial, o da inserção social, o do primado de deveres e interesses de ordem pública, o da unidade do sistema jurídico, o da preponderância eficaz, o da garantia das situações jurídicas adquiridas e, por fim, o da informação; segundo o referido autor, “esse elenco contém somente um rol não hierarquizado de formulações que podem contribuir com a segurança jurídica material das relações interprivadas”. É perfeitamente possível verificar a aplicação dos mencionados princípios ao fenômeno sucessório – que tem essência eminentemente relacional (KREICZER-LEVY, 2012, p.506) –, de modo a concretizar a constitucionalização da herança. Para os fins a que se propõe o presente estudo, e por limitações de espaço, na sequência serão suscitadas reflexões sobre 03 dos referidos princípios.

Uma sucessão *causa mortis* governada pelo princípio do acesso demanda uma reformulação do acesso ao *status* de sujeito do fenômeno sucessório, bem como do acesso aos bens da vida que são transmitidos postumamente, levando em consideração, de um lado, o problema supramencionado da concentração de riquezas e, de outro lado, que o acesso à herança é internacionalmente reconhecido como mecanismo de empoderamento econômico e social, especialmente das mulheres, e de combate à pobreza, especialmente em relação a grupos vulneráveis (UN, 2005, p.66; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015). Também se deve pensar no direito das sucessões à luz do acesso à justiça, tanto em sentido formal quanto em sentido substancial; isso envolve a estruturação de mecanismos que revertam a notória morosidade na prestação jurisdicional sucessória, cuja demora compromete significativamente o exercício do direito fundamental estampado no art. 5º, XXX da Constituição.

A herança orientada pelo princípio da não discriminação determina que o intérprete negue merecimento de tutela a disposições consti-

tucionais discriminatórias e odiosas. Também proíbe qualquer tentativa de atribuição de direitos sucessórios mais benéficos a homens do que a mulheres – seja formalmente, seja substancialmente, ou seja, quando a aplicação da norma se revelar na prática desfavorável majoritariamente às mulheres. É o caso, ilustrativamente, do abandono do cônjuge ou companheiro em situação de enfermidade, situação em que na maioria absoluta das vezes são os homens abandonando suas esposas ou companheiras doentes. Inexiste atualmente uma norma específica autorizando a deserção entre cônjuges nessas circunstâncias – apesar de o vazio se aplicar igualmente a qualquer casal, são as mulheres abandonadas que vivem na realidade o ônus dessa situação, e são os homens que acabam recendo herança daquela pessoa que eles abandonaram. O princípio da não discriminação também proíbe que sejam invisibilizadas e marginalizadas, em matéria hereditária, aquelas opções de vida e de relacionamento que fogem à tradicional lógica heteronormativa. Disso decorre em primeiro lugar que esses vínculos, embora não tradicionais, devem ser reconhecidos como sucessoriamente relevantes; e, em segundo lugar, que a eles sejam aplicadas normas de vocação hereditária que atendam satisfatoriamente às suas estruturas e dinâmicas, e não apenas que seja utilizada uma vocação hereditária que, pensada para um modelo específico de família, pode se mostrar insuficiente para famílias estruturalmente distintas.

Um direito das sucessões conformado pelo princípio da solidariedade deve se atentar à quádrupla dimensão dele decorrente – coexistencial, familiar, social e intergeracional. Ele deve se atentar à responsabilidade coexistencial entre os sujeitos do fenômeno sucessório – seja entre o sucedido e o sucessor, seja em relação aos sucessores entre si. O sucedido e o sucessor não exercem papéis antagônicos, mas de complementaridade para o sucesso do projeto sucessório; do mesmo modo, os sucessores devem colaborar para o desfecho célere e adequado da formalização da transmissão hereditária. Tal tema reclama maior aprofundamento no estudo da incidência da boa-fé sobre o direito das sucessões, o que aqui não se faz por limitação de espaço. Do mesmo modo, tendo o constituinte brasileiro optado pela família como base da sociedade, o direito das sucessões deve se atentar para a herança funcionalizada à proteção e à promoção da personalidade dos familiares do *de cujus*. (Ressalte-se que aqui não se usa uma concepção engessada de família.) Disso decorre que os constantes

clamores pela abolição da sucessão forçada ou por sua redução a hipóteses restritas – clamores estes embasados numa visão aparentemente saudosa do voluntarismo oitocentista, que excessivamente prestigia a autonomia privada testamentária – parecem severamente anacrônicos. Por fim, considerando os efeitos da herança para o aumento das desigualdades sociais – que se tornam cada vez mais perversos geração após geração, em razão das consequências da agregação –, o direito das sucessões deve pensar o que a transmissão póstuma de riqueza gera de benefícios e de prejuízos para o presente e para o futuro, para que de tal reflexão se obtenham o sentido, o alcance e os limites dos direitos sucessórios.

6. CONCLUSÃO

No presente artigo, estudou-se a constitucionalização do direito das sucessões. Em primeiro lugar, descreveu-se a transição do direito civil oitocentista para o direito civil-constitucional. Observou-se que este último decorre do processo de constitucionalização de todo o ordenamento, com a admissão da força irradiante das normas constitucionais, superando-se a *summa divisio* entre o direito público e o direito privado. Assim, compreendeu-se que, em um paradigma neoconstitucionalista, a constituição tem supremacia, no sentido de se encontrar no ápice do sistema normativo, servindo de parâmetro formal e material para todas as normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Nesse contexto, notou-se que a concepção tradicional, que via no Código Civil o centro do sistema de direito privado, resta superada pela ideia de que também as relações entre particulares passam a sofrer a influência das normas constitucionais. Percebeu-se ainda que tal transição representa a superação de um direito civil patrimonialista, voluntarista, individualista, conservador em matéria familiar e apegado a formalismos e abstrações. Em um direito privado constitucionalizado, os institutos civilistas clássicos são reconstruídos à luz da tábua axiológica constitucional, de modo a proteger e promover a pessoa humana e a realizar o projeto de sociedade previsto na Constituição. Depreendeu-se ainda que a constitucionalização do direito civil engloba uma tríplice dimensão, qual seja, a formal, a material e a prospectiva.

Conceituou-se que a dimensão formal da constitucionalização do direito civil significa a positivação (não necessariamente expressa) de institutos clássicos de direito privado na Constituição e na legislação infra-

constitucional. Observou-se que o art. 5º, XXX do texto constitucional expressamente garante à herança. Inferiu-se que se trata de direito fundamental, dotado da natureza de cláusula pétrea, que engloba uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva, com diversas consequências para a conformação da atuação dos poderes públicos. Argumentou-se que se trata de direito titularizado tanto pelo sucessor (direito a deixar herança) quanto pelo sucedido (direito a receber herança). Depreendeu-se que a herança presente na Constituição deve conformar a interpretação da sucessão *causa mortis* infraconstitucional, jamais devendo se adotar o caminho hermenêutico contrário. Observando-se o Código Civil de 2002, concluiu-se que se tratou de uma resposta insatisfatória à constitucionalização do direito das sucessões. Percebeu-se que o direito sucessório codificado permanece patrimonialista, voluntarista, individualista, conservador em matéria familiar e apegado a formalismos e abstrações. Por outro lado, notou-se que na legislação especial há normas com potencial de concretizar a constitucionalização da herança, como a lei do alvará e a lei que autoriza em alguns casos a realização do inventário extrajudicial.

Definiu-se que a dimensão substancial da constitucionalização do direito das sucessões se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos, que se irradia sobre todo o ordenamento, em especial sobre as normas infraconstitucionais que versam sobre a herança, notadamente aquelas previstas no Código Civil. Estabeleceu-se que a sucessão *causa mortis* deve ser repensada à luz dos fundamentos e objetivos constitucionais, em especial a proteção à dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a eliminação da discriminação etc. De tais premissas, deduziu-se que à herança deve ser reconhecida uma função social, inclusive para compatibilizá-la, enquanto mecanismo comprovadamente relacionado com a concentração de riqueza, com o restante da tábua axiológica constitucional. Do mesmo modo, inferiu-se que a regra rígida, universal e abstrata de reserva de 50% do patrimônio hereditário em benefício dos herdeiros necessários tanto contraria uma renovada hermenêutica constitucional quanto pode acabar sendo disfuncional quando tal fração for pequena demais ou grande demais para os fins a que se destina. Percebeu-se que também as disposições dos testamentos devem passar por um juízo de merecimento de tutela à luz da Constituição, não merecendo cumprimento aquelas manifestações

de última vontade que contrariem princípios constitucionais, como por exemplo aquelas cláusulas testamentárias fundadas em discriminação de gênero ou de raça. Semelhantemente, notou-se que a aplicação acrítica da rígida ordem de vocação hereditária – e dos seus princípios orientadores, especificamente o da preferência de classes e o da preferência de graus dentro de cada classe – pode resultar em situações concretas nas quais acabam preteridas pessoas cuja proteção é expressamente ordenada pela Constituição, como os ascendentes idosos. Também se discutiu a importância da discricionariedade judicial em matéria sucessória para garantir o respeito da norma sucessória a diversos princípios constitucionais, como por exemplo o da isonomia entre entidades familiares (em especial para reconhecer aqueles vínculos hereditariamente relevantes que são invisibilizados pela lei) ou da isonomia material entre os sucessores (notadamente para proteger aqueles herdeiros em situação de excepcional necessidade).

Conceituou-se a dimensão prospectiva da constitucionalização do direito privado como aquela que se funda na constante reconstrução de conceitos e institutos jurídicos, decorrente da força criativa dos fatos sociais. Partindo da observada insuficiência da legislação hereditária infra-constitucional, em especial do Código Civil, para atender às demandas impostas pela tábua axiológica constitucional, depreendeu-se o acentuado papel do intérprete para reconstruir, à luz da Constituição Federal e dos fatos sociais que transformam substancialmente a sucessão *causa mortis*, os significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática sucessória. Defendeu-se que devem ser criticamente reconstruídas, à luz da tábua axiológica constitucional, as concepções de herança, de sucedido e de sucessor. Notou-se a possibilidade aberta por essa dimensão prospectiva de até mesmo contrariar o sentido originalmente dado pelo legislador para determinados conceitos jurídicos, se a aplicação daquela ideia inicial contrariar os princípios constitucionais vigentes; ilustrou-se tal ideia como o caso da família legitimada a suceder, que atualmente engloba modelos não tradicionais, a exemplo das uniões entre pessoas do mesmo sexo, tradicionalmente excluídas da lei em sentido estrito mas incluídas na proteção sucessória pela via interpretativa. Nesse mesmo sentido, observou-se o potencial emancipatório da hermenêutica; em relação à função expressiva do direito das sucessões – a influência da norma he-

reditária sobre a percepção social –, quando o intérprete atribui herança a determinadas pessoas invisibilizadas pela lei, acaba também por modificar a forma como tais sujeitos são socialmente percebidos. Por fim, sustentou-se a superação da racionalidade codificadora e da sua pretensão de completude, argumentando-se a favor de um direito das sucessões eminentemente jurisprudencial, estribado em cláusulas gerais, mais apto a fornecer a resposta adequada para cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição, 4ª tiragem. Tradução da 5ª edição alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. **Michigan Law Review**, n. 89, 1990.

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. **O papel do sistema de heranças na desigualdade brasileira**. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/entities/publication/49ec4946-5f44-45dd-ae67-88f35b-0bebc9>. Acesso em 04 de setembro de 2025.

CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 44, out/dez 2010.

DOMINGUES, Nathália Daniel. **Tributação da herança**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

ENSTERSEIFTER, Tiago. A Função Social Como Elemento Constitutivo Do Núcleo Normativo-Axiológico Do Direito De (À) Propriedade Uma Leitura Comprometida Com A Realidade Social Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2005.

EVANGELISTA, Daniel Farina de Souza Coelho. **Herança, desigualdade e tributação: transferências intergeracionais de riqueza, imposto sobre herança e economia política**. TCC (Bacharelado em Ciências Econômicas). Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GODOI, Marciano Seabra de; MELO, Antheia Aquino. Heranças: sua forte influência na perpetuidade das desigualdades, o sentido de sua tributação na teoria liberal igualitária e a persistente má vontade do legislador brasileiro para tributá-las. **Revista de direito internacional econômico**, v. 17, n. 2, 2022.

HALLIDAY, Daniel. **Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath**. Oxford, England: Oxford University Press, 2018.

HENRY, Orly. If you will it, it is no dream: balancing public policy and testamentary freedom. **Northwestern Journal of Law & Social Policy**, vol.6, n.1, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família**. 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf>. Acesso em 06 de outubro de 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 3-12, jan. 1999.

KORNSTEIN, Daniel J. Inheritance: a Constitutional Right. **Rutgers Law Review**, vol. 36, 1984.

KREICZER-LEVY, Shelly. Religiously inspired gender-boas disinheritance – what's law got to do with it. **Creighton Law Review**, vol. 43, 2010.

KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, vol.46, n.3, 2012.

LISCOW, Zachary. Reducing inequality on the cheap: when legal rule design should incorporate equity as well as efficiency. **The Yale Law Journal**, n.123, 2014.

LISCOW, Zachary. Is efficiency biased? **The University of Chicago Law Review**, n.85, 2018.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; PEREIRA, Jacqueline Lopes. A sucessão dos colaterais e o direito das famílias contemporâneo. **Revista brasileira de direito civil**, v. 32, n. 4, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENGER, Anton. **El derecho civil y los pobres**. Trad. de Adolfo Posada. Madrid, Espanha: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. **Feminist Legal Studies**, vol.19, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. I, 1991.

MOTA, Ana Catarina de Marinheiro. **Sucessão de bens digitais: a admissibilidade da herança digital**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, 2022.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **The Myth of Ownership: Taxes and Justice**. Oxford, England: Oxford Scholarship Online, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento – tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. O fim da hierarquia familiar? As novas interpretações para o direito das sucessões a partir da redefinição dos conceitos de família e seu impacto na codificação civil. **Revista de direito de família e sucessões**, v. 5, n. 1, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 11 jun. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances, t.4: las sucesiones**. Traducción española por Mario Diaz Cruz.

Habana: Cultural, 1933.

RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. Tradução de Lucinda Maria Regugnetti. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.9, n.25, 1979.

RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.17, n.113, out.2015/jan. 2016.

READ, Harlan Eugene. **The Abolition of Inheritance**. New York: The MacMillan Company, 1918.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 37, n. 1, 2021.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. **Civilistica.com**, a. 10, n. 1, 2021.

RODOTÀ, Stefano. L'antropologia dell'homo dignus. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões, volume 7**. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTANA, Cosmira; FRANCO, Waldir. Herança digital: a (im)possibilidade da transmissão dos bens digitais. **Revista ibero-americana de humanidades, ciências e educação – REASE**, v. 9, n. 5, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. – 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Famílias simultâneas e redes familiares**. 2021. Disponível em: <https://www.schreiber.adv.br/downloads/familias-simultaneas.pdf>. Acesso em 04 de setembro de 2025.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD-**

Civil, v. 10, out/dez 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.

SPITKO, E. Gary. The expressive function of succession law and the merits of non-marital inclusion. **Arizona Law Review**, vol. 41, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. On the expressive function of law. **University of Pennsylvania Law Review**, vol.144, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, ano 7, n.28/29, jul/dez. 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, agosto-dezembro 2000.

UN MILLENNIUM PROJECT. **Report to the UN Secretary-General. Investing in development: a practical plan to achieve the Millennium Development Goals**. 2005. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTTSR/Resources/MainReportComplete-lowres%5B1%5D.pdf>. Acesso em 11 jun. 2019.

'Notas de fim'

1 A este respeito, menciona-se Daniel Sarmento (2008 p.105), que sucintamente afirma: “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de 'Notas de fim'”

1 A este respeito, menciona-se Daniel Sarmento (2008 p.105), que sucintamente afirma: “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política”.

2 Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, recomenda-se o artigo “A perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança” (RIBEIRO, 2021).

3 Como Luiz Edson Fachin (2015, p.44-47) observa, o Brasil teve duas codificações dentro e fora do seu tempo. O Código de 1916 foi um produto do século XIX, enquanto o Código de 2002 foi produto de um pensamento sistematizado na década de 1970 “de um Brasil que restou sepultado, em boa parte, pela Constituição de 1988”. A codificação de 2002 manteve substancialmente a estrutura da anterior, além de preservar a sua proposição de completude e os seus limites conceituais decorrentes da racionalidade codificada-ra.

4 “Ao lado da debilidade na densificação do projeto constitucional, o evento da vigência em 2003 do Código Civil brasileiro se alinha, em boa parte, com a presentificação do pretérito e sem grandes contributos à realidade efetiva do programa constitucional. Seria, de qualquer modo, demandar mesmo excessivamente à codificação. Se o Código Civil brasileiro não foi uma resposta contra o valor jurídico da constitucionalização, e realmente não se pode atribuir esse alvo à codificação, também não se transformou, ele mesmo, em extraordinário instrumento de realização constitucional, eis que seu ideário foi moldado sob outra ordem” (FACHIN, 2015, p.75).

5 Será visto na sequência que já havia, fora do Código, legislação editada especificamente para atender à mencionada demanda.

6 “Neste caso, o Direito foi cientificamente concebido na busca pela regulamentação dos fatos sociais por estruturas transpessoais, naquilo que se denominou de Estado, e que elaboraria leis abstratas para prever e orientar as pessoas segundo um juízo de dever ser das condutas humanas. Os fatos redesenhados em conceitos se tornam gerais e abstratos compondo as leis, e, do estudo destas, inaugurar-se-ia, pois, uma nova ciência, que desvinculou fato e norma, tomando esta por objeto. Eis aí uma notável cisão.” (FACHIN, 2015, p.40).

7 Artigo 18, § 2º do Decreto-lei 3.438 de 1941.

8 Artigo 611 do Código de Processo Civil de 2015.

9 Semelhantemente, Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.312) afirma que a funcionalização outorga um feixe unificado de direitos, deveres, poderes e faculdades ao titular de um direito, para que este seja regularmente exercido em conformidade com sua finalidade social. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin (2012, p.317) relaciona a ideia de interesse social à noção de “distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deveres”.

10 A solidariedade familiar, por sua vez, decorre especialmente (a) do dever geral constitucional de solidariedade; (b) da solidariedade intergeracional; e (c) de a família

ser a base constitucional da sociedade.

11 Uma disposição testamentária nesse sentido não parece impossível no contexto de acentuado “conservadorismo nos costumes” pelo qual passam determinados setores da sociedade brasileira.

12 Código Civil de 2002, Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

13 Constituição Federal de 1988, art. 227, caput.

14 Constituição Federal de 1988, art. 229, primeira parte.

15 Constituição Federal de 1988, art. 229, segunda parte.

16 Constituição Federal de 1988, art. 230, caput.

17 Ilustrativamente, quando dois irmãos dividem a residência, mantém uma economia conjunta e um vínculo de dependência – financeira ou emocional – entre si. Se um deles morrer deixando filhos, toda aquela relação de afeto, cuidado e manutenção econômica é invisibilizada, sendo irrelevante hereditariamente à luz das regras codificadas.

MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS EM COMUNIDADES VULNERÁVEIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DE NECROPOLÍTICA DE MBEMBE E DO GARANTISMO DE FERRAJOLI

COLLECTIVE SEARCH AND ARREST WARRANTS IN
VULNERABLE COMMUNITIES: AN ANALYSIS BASED
ON THE CONCEPT OF MBEMBE'S NECROPOLITICS
AND FERRAJOLI'S GUARANTEE

GARANTÍAS DE BÚSQUEDA Y DETENCIÓN COLECTIVA
EN COMUNIDADES VULNERABLES: UN ANÁLISIS
A PARTIR DEL CONCEPTO DE NECROPOLÍTICA DE
MBEMBE Y LA GARANTÍA DE FERRAJOLI

SUMÁRIO:

Introdução; 1. As relações de poder como norte de compreensão da necropolítica; 2. Necropolítica e violação dos direitos fundamentais no âmbito da atuação policial em comunidades vulneráveis; 3. A problemática do mandado de busca e apreensão coletivo e a necessidade de fundamentação judicial com base no garantismo de Luigi Ferrajoli; Conclusão; Referências.

RESUMO:

Este artigo analisa o uso de mandados de busca e apreensão coletivos em comunidades vulneráveis sob a ótica do racismo estrutural. Trata-se de estudo bibliográfico que aborda a evolução do discurso do poder das instituições de controle da

Como citar este artigo:

BRAGA, Bruno,
TASSIGNY, Monica,
MOTA, Andrea.
"Mandados de busca
e apreensão coletivos
em comunidades
vulneráveis: uma
análise a partir
do conceito de
necropolítica de
mbembe e do
garantismo de
Ferrajoli". *Argumenta
Journal Law*,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 139-160.

Data da submissão:
05/10/2023

Data da aprovação:
06/10/2025

1. Universidade de
Fortaleza - Brasil
2. Universidade de
Fortaleza - Brasil
3. Universidade de
Fortaleza - Brasil

criminalidade, a partir da biopolítica de Michel Foucault e da necropolítica de Achille Mbembe, entendida como a gestão sobre como morrer e sobre quem deve morrer, incidindo com seletividade sobre a população negra. Conclui-se que tais mandados reforçam práticas de exceção e violam direitos fundamentais em desacordo com o garantismo penal.

ABSTRACT:

This article analyzes the use of collective search and seizure warrants in vulnerable communities from the perspective of structural racism. It is a bibliographic study that addresses the evolution of the discourse of power of crime control institutions, based on Michel Foucault's biopolitics and Achille Mbembe's necropolitics, understood as the management of how to die and who should die, selectively affecting the black population. It concludes that such warrants reinforce practices of exception and violate fundamental rights, standing in disagreement with criminal garantism.

RESUMEN:

Este artículo analiza el uso de órdenes colectivas de registro e incautación en comunidades vulnerables desde la perspectiva del racismo estructural. Se trata de un estudio bibliográfico que aborda la evolución del discurso del poder de las instituciones de control de la criminalidad, a partir de la biopolítica de Michel Foucault y la necropolítica de Achille Mbembe, entendida como la gestión sobre cómo morir y sobre quién debe morir, incidiendo selectivamente en la población negra. Se concluye que dichas órdenes refuerzan prácticas de excepción y violan derechos fundamentales en desacuerdo con el garantismo penal.

PALAVRAS-CHAVE:

Garantismo; Mandado de Busca e Apreensão Coletivo; Necropolítica; Direitos fundamentais.

KEYWORDS:

Garantism; Collective Search and Arrest Warrants; Necropolitics; Fundamental rights.

PALABRAS CLAVE:

Garantía; Orden de allanamiento y detención colectiva; Necropolítica; Derechos fundamentales.

INTRODUÇÃO

Desde a teoria clássica de Rousseau acerca da origem do poder político em sua obra “Do Contrato Social”, a relação entre o Estado e os seres humanos é discutida sob diversos aspectos, notadamente o processo de subordinação de alguém, nascido livre, aderir voluntariamente à condição de escravo do outro, em prol do bem comum.

Tal pensamento advém da ideia originalmente concebida por outros contratualistas ingleses, como Thomas Hobbes e John Locke, no sentido de que a origem do poder político não poderia estar fundada em suposta origem divina ou natural, de modo que a artificialidade de tal poder é a condição essencial para tornar possível a ciência política.

A partir dessa transferência mútua de um direito (liberdade) e consequentemente a quebra da igualdade natural, ocorre a consolidação da relação hierárquica entre soberano e cidadão, o que faz transparecer as primeiras formas de exercício de poder sobre corpos na sociedade moderna. É essa mudança de perspectiva que atribui ao poder concretude histórica que pensadores mais modernos desenvolveram as suas noções de poder como forma de controle de parcelas da sociedade, em que o sujeito da história passa a se definir e a falar em função do lado que ocupa nos espaços sociais, sendo objeto do presente estudo algumas lições de Michel Foucault e Achille Mbembe no campo das lutas sociais contra as formas de discriminação e controle de pessoas vulneráveis por instrumentos formais do estado.

Nesse contexto, o primeiro capítulo abordará a evolução do paradigma do discurso do poder das instituições formais de controle da criminalidade, perpassando para o conceito de necropolítica cunhado por Achille Mbembe, que parte da noção foucaultiana de biopolítica, entendida como a passagem do direito soberano de “fazer morrer e deixar viver” para uma racionalidade voltada a “fazer viver e deixar morrer” (Foucault, 2005), e que Mbembe radicaliza ao enfatizar o poder de decidir quem pode viver e quem deve morrer (Mbembe, 2018), de modo a incidir com extrema seletividade na população negra e periférica.

O segundo capítulo tratará de casos jurídicos envolvendo operações

policiais com mandado de busca e apreensão genéricos e o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade e os limites para o meio de obtenção de prova.

O terceiro capítulo abordará a utilização do mandado de busca e apreensão coletivo com base na teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli, de modo a contribuir para a sua legitimidade, evitando a prática de autoritarismo de agentes públicos e violação massiva dos direitos fundamentais de comunidades vulneráveis.

Com efeito, o sistema penal garantista não simboliza a abolição da pena, mas sim a sistematização, por meio da razão, de uma pena justa e condizente com os princípios constitucionais, de modo que não é possível partir de uma compreensão estanque de crime e das condutas naturalmente criminosas na sociedade, especialmente nos elementos biológicos ou sociais, conferindo verdadeiro autoritarismo e violação massiva dos direitos fundamentais de comunidades vulneráveis por parte de agentes estatais.

Em decorrência disso, surgem alguns questionamentos: Quais são os fatores que levam à prática da Necropolítica no contexto de comunidades vulneráveis no Brasil? O sistema de Justiça contribui para a distribuição e hierarquização da espécie humana em grupos divididos por características biológicas, ou seja, em formas explícitas de racismo?

Portanto, o trabalho abordará as relações sociais e institucionais do poder sob os referenciais teóricos de Mbembe no cenário das atuações policiais no combate às drogas e segurança pública, com enfoque no Município de Fortaleza, na apuração de delitos supostamente praticados por cidadãos de estratos sociais inferiores, e a utilização de mandados de busca e apreensão coletivos nestas comunidades, para, ao final, concluir pela sua pertinência ou não com os axiomas do garantismo de Luigi Ferrajoli.

A metodologia utilizada neste trabalho será na forma bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados na forma de livros, artigos e legislação específica, de sorte a analisar o fenômeno do poder do Estado sobre comunidades vulneráveis na visão de vários autores, como Sarmiento (2019), Almeida (2019), Baptista (2015) dentre outros, e também dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública sobre a população carcerária no Brasil.

Desta maneira, foram realizadas comparações dos dados com os vá-

rios autores que abordaram a prática do racismo no contexto de operações policiais, a fim de avaliar o nível de controle da população pelas instâncias formais de segurança pública e da política praticada atualmente, com enfoque nas violações aos direitos humanos de minorias, como negros e moradores de comunidades no Brasil.

Por fim, o presente artigo objetiva demonstrar as causas do racismo como fator intrínseco do biopoder sob a ótica *foucaultiana* no que se refere a ideia de separação dos indivíduos em grupos, a partir de um campo biológico para fins de gestão daqueles que devem morrer, levando o leitor a perceber o quanto é importante a atuação ativa do cidadão no controle de atos que culminam em violação massiva de direitos, em especial, no contexto de operações policiais, especialmente aquelas que envolvem invasão domiciliar, sem a necessária observância do devido processo legal no âmbito da persecução penal.

1. AS RELAÇÕES DE PODER COMO NORTE DE COMPREENSÃO DA NECROPOLÍTICA

A genealogia do poder, conforme desenvolvida por Michel Foucault, permite compreender a passagem de diferentes regimes de dominação ao longo da modernidade. Inicialmente, o poder soberano se exercia pelo direito de vida e morte, marcado pela máxima “fazer morrer e deixar viver”, centralizado na figura do monarca. A partir do século XVII, entretanto, emerge uma nova tecnologia política, o poder disciplinar, voltado para a docilização dos corpos e a normalização das condutas. Como aponta Foucault, “o corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadriinha, o desarticula e o recompõe. Uma ‘anatomia política’ que é também uma ‘mecânica do poder’” (Foucault, 2014), gerando corpos dóceis, úteis e submissos às instituições de vigilância como a prisão, a escola e o quartel.

Foucault (2014) destaca que essa disciplina é exercida por meio de uma vigilância hierárquica e de um sistema de normalização que permite classificar, comparar e corrigir comportamentos. A fabricação de corpos dóceis, portanto, não é apenas uma técnica institucional, mas um processo histórico que cria as condições para a racionalidade biopolítica, ao deslocar o foco do poder do corpo individual para a população.

Ao moldar corpos dóceis e normalizar condutas, o poder disciplinar produziu técnicas de vigilância e esquadrinhamento que permitiram ao

Estado gerir os indivíduos de forma minuciosa e constante. Essa lógica de controle, inicialmente voltada ao corpo individual, abriu espaço para uma racionalidade mais ampla: o **biopoder**, voltado não apenas para disciplinar corpos isolados, mas para regular a vida da população como um todo. Nesse novo regime, substitui-se o poder de “fazer morrer e deixar viver” pelo de “fazer viver e deixar morrer” (Foucault, 2005). O racismo torna-se, nesse contexto, a condição de possibilidade para que o Estado exerça sua função assassina no interior do biopoder, permitindo a eliminação de grupos considerados indesejáveis.

Assim, a genealogia do poder evidencia uma trajetória contínua: do poder soberano, centrado na decisão sobre a vida e a morte, para o poder disciplinar, voltado à docilização dos corpos, até chegar ao biopoder, que regula os processos da vida da população. É a partir dessa base que Achille Mbembe radicaliza a discussão ao propor o conceito de necropolítica, em que a soberania se expressa de forma extrema na capacidade de decidir “quem pode viver e quem deve morrer” (Mbembe, 2018). Se na biopolítica o foco estava na gestão da vida, na necropolítica a ênfase desloca-se para a produção da morte, especialmente nas periferias e colônias, onde o estado de exceção e a violência racial tornam-se normas permanentes de governo.

Para uma melhor compreensão do conceito cunhado por Achille Mbembe é preciso considerar que o estudo das políticas criminais ocorre, muitas vezes, atrelado ao fenômeno da subjugação dos corpos de comunidades vulneráveis, com base no discurso de proteção à vida, empregado originariamente por líderes de regimes totalitários, submetendo os homens a um processo de seleção segundo o julgamento do que é indesejável para o soberano.

Tal pensamento advém, precipuamente, do sistema de trabalho desenvolvido após a revolução industrial, momento em que o capitalismo passou a reduzir o homem a uma garantia de acesso aos bens materiais necessários à sua sobrevivência.

Assim, a modernidade trouxe consigo a naturalização do poder, o qual retirou a dimensão não natural da igualdade, ou seja, sua dimensão jurídica, e a transformou numa modalidade natural de distribuição de bens materiais, envolvendo os homens nesse ciclo de sobrevivência do capitalismo.

Com efeito, Nascimento (2012) sustenta que o homem moderno já não se define pela capacidade de agir politicamente, mas se constitui como *animal laborans*: aquele que trabalha, produz e consome, reduzido ao ciclo biológico de sua própria espécie.

Portanto, as mudanças advindas dessa nova forma de dominação dos corpos da classe operária no mundo capitalista, orientados pelo trabalho como condição de vida e riqueza, afastou o sentido da política e da democracia antes existente nas *polis* gregas como forma de sociabilidade dos homens através de uma relação dialógica e comunicativa. E, por consequência, os homens perderam a sua liberdade e identidade, na convicção de que o Estado passaria a garantir-lhes a segurança necessária para a vida em comunidade, o que significou a criação de condições para a prática de violência pelas autoridades estatais em nome da soberania e do interesse público.

Partindo para o conceito de “Necropolítica”, Achille Mbembe desenvolveu o termo a partir de estudo publicado em 2003 na revista americana *Public Culture*, inspirado nos ensinamentos de Foucault sobre biopoder. Segundo o autor, a expressão máxima da soberania reside no poder de ditar quem pode viver e quem deve morrer (Mbembe, 2018). Nesse sentido, a necropolítica representa um instrumento que, para além do controle sobre o corpo dos indivíduos pelo Estado, passa também a gerir uma série de medidas que produzem a morte, indicando inclusive quem deve morrer.

Assim, o filósofo relaciona a noção de biopoder com as ideias de soberania e estado de exceção ou Estado de sítio, pois o controle contínuo da população diante de acontecimentos marcados por opressões e violências na sociedade atual passa a figurar como justificativa para a destruição pela morte. Tal controle ocorre principalmente na distribuição e hierarquização da espécie humana em grupos divididos por características biológicas, ou seja, em formas explícitas de racismo (Mbembe, 2018). Nesse sentido, como observa Foucault (2005, p. 306), “o racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo”.

Prosseguindo, Achille Mbembe reconhece a influência do racismo como fator intrínseco do biopoder sob a ótica foucaultiana no que se re-

fere a ideia de separação dos indivíduos em grupos, a partir de um campo biológico para fins de gestão daqueles que devem morrer. Nesse contexto, Mbembe ressalta a experiência da escravidão como uma das primeiras expressões do poder biopolítico, onde vigorava o sistema de *plantation*, pelo qual o senhor de terra era proprietário do escravo, despojado de lar, bens e direitos. Isso, então, nada seria do que a própria morte social, haja vista a dominação absoluta do corpo negro.

Com base nesse sistema de escravidão, o autor questiona se as práticas oriundas do nazismo têm sua origem na *plantation* ou na colônia, pois expressam a ampliação de uma “série de mecanismos que já existiam nas formações sociais e políticas da Europa ocidental (subjugação do corpo, regulamentações médicas, eugenia, degeneração e raça)” (Mbembe, 2018, p.32).

A esse respeito, Mbembe nos mostra como, com o desenvolvimento das formas coloniais, desenvolveu-se também as formas de manifestação do terror e do controle dos corpos no nível mais extremo da vida e da morte. Para o filósofo, “a característica mais original dessa formação de terror é a concatenação entre biopoder, o estado de exceção e o estado de sítio. A raça é, mais uma vez, crucial para esse encadeamento” (Mbembe, 2018, p.30).

A partir desse modelo de dominação nas colônias, Mbembe nos proporciona a estrutura da soberania europeia, marcada pelo controle físico e geográfico no território conquistado, a exemplo do que ocorreu na África do Sul, onde o espaço tornou-se a matéria-prima da soberania e da violência, tornando o colonizado sujeito estranho ao próprio local habitado, muitas vezes marcado pela ausência de recursos naturais que garantissem suas necessidades básicas.

Avançando, Mbembe realça que, ao fim e ao cabo, pouco importa, no embate entre sua tese da colônia como laboratório do terror e a compreensão de Michel Foucault de “que nazismo e stalinismo não tenham feito mais do que ampliar uma série de mecanismos que já existiam nas formações sociais e políticas da Europa ocidental”, como as teorias eugênicas e racistas derivadas do darwinismo social, haveria um eixo comum muito mais relevante do que a prevalência de uma tese histórica sobre outra (Mbembe, 2018, p. 32). E arremata o autor, no sentido de que “no pensamento filosófico moderno, assim como na prática e no imaginário

político europeu, a colônia representa o lugar em que a soberania consiste fundamentalmente no exercício de um poder à margem da lei” (Mbembe, 2018, p. 32).

Portanto, a compreensão da necropolítica é fundamental para o pensamento teórico acerca das relações de poder no campo do direito, em especial no contexto latino-americano, marcado por processos históricos eminentemente coloniais e racistas. Essa lógica de seleção de vidas e corpos, que na necropolítica se traduz na capacidade de decidir quem deve morrer, manifesta-se de forma concreta no Brasil por meio de práticas jurídicas como a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, que transformam comunidades inteiras em alvos indistintos do poder estatal. Assim, a seletividade se revela com ainda mais profundidade, evidenciando outras formas de assujeitamento de corpos, em especial os de indivíduos negros, pobres e periféricos, em uma verdadeira guerra contra os direitos fundamentais de minorias. Essa articulação entre teoria e prática será detalhada no próximo capítulo.

2. NECROPOLÍTICA E VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA ATUAÇÃO POLICIAL EM COMUNIDADES VULNERÁVEIS

Se no capítulo anterior a genealogia do poder em Foucault mostrou a transição do poder soberano, passando pela disciplina e pelo biopoder, até chegar à necropolítica, neste capítulo busca-se compreender como essa lógica se manifesta na realidade brasileira. Conforme Mbembe, a necropolítica revela-se na capacidade do Estado de produzir a morte seletiva em contextos de exceção permanente, o que no Brasil se materializa de modo concreto na política de segurança pública e nas práticas de mandados de busca e apreensão coletivos. Segundo entendimento do STJ, “é inadmissível conceder mandado de busca coletivamente para toda uma localidade, sem individualização, sob pena de se transformar comunidades inteiras em alvos indistintos do poder estatal” (STJ, 2019, p. 6).

Um dos exemplos mais significativos dessa lógica necropolítica é justamente a utilização de mandados de busca e apreensão coletivos, que autorizam a invasão indiscriminada de lares em comunidades periféricas, convertendo territórios inteiros em espaços de exceção e tornando indistintos os limites entre suspeitos e inocentes.

O referido conceito está intimamente ligado à compreensão do racismo na sua forma estrutural, definido por Sílvio de Almeida nos seguintes moldes:

O conceito de racismo institucional foi um enorme avanço no que se refere ao estudo das relações raciais. Primeiro, ao demonstrar que o racismo transcende o âmbito da ação individual, e, segundo, ao frisar a dimensão do poder como elemento constitutivo das relações raciais, não somente o poder de um indivíduo de uma raça sobre outro, mas de um grupo sobre outro, algo possível quando há o controle direto ou indireto de determinados grupos sobre o aparato institucional (Almeida, 2019, p. 31).

Dessa forma, a compreensão do racismo como fenômeno estrutural, ainda segundo o autor, cristaliza a sua compreensão como produto de um processo histórico e de um processo político. Neste último sentido, pode-se afirmar que o racismo decorre de um processo sistêmico de discriminação que influencia a organização da sociedade, alcançando papel importante para definir as hierarquias sociais, a legitimidade na condução do poder estatal e as estratégias econômicas de desenvolvimento (Almeida, 2019, p. 35-37).

Outro fator a se considerar como fenômeno estrutural do racismo, consiste na ideia de desigualdade impregnada na cultura dos brasileiros, o que segundo Daniel Sarmiento (2019, p. 62) “se deposita muito no fundo da nossa compreensão do mundo e passa a pautar o nosso comportamento espontâneo e pré-reflexivo de tal modo que cada um aprende o seu lugar e tende a agir automaticamente de acordo com essas regras implícitas da nossa gramática social”. E exemplifica:

Nesse quadro, a violação dos direitos das pessoas de elite causa escândalo. Se, por exemplo, um empresário é algemado indevidamente – o que é certamente lamentável –, alguém logo ensaia uma analogia exagerada com o nazismo. Mas não provoca comoção comparável a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos pelo próprio Poder Judiciário, permitindo o ingresso da polícia em qualquer residência, em complexos de favelas com dezenas de milhares de casas; nem mesmo o assassinato diário de jovens pobres e negros pelas autoridades de segurança, “legalizados” através da lavratura dos famigerados autos de resistência. (Sarmiento, 2019, p. 62-63).

Para o referido autor, essa desigualdade fortemente naturalizada compromete a concretização, no plano das relações sociais, da ideia jurídica e moral da igual dignidade entre as pessoas.

Voltando ao conceito de necropolítica, seu alcance se evidencia na alta letalidade policial nas últimas décadas, indicador do déficit de direitos fundamentais que atinge de modo desproporcional a população negra e periférica. Em termos gerais, Mbembe (2018) sustenta que a soberania se manifesta sobretudo na capacidade estatal de definir a continuidade ou a interrupção da vida dos governados. Essa definição ajuda a compreender a seletividade racial das operações policiais no país, em que a violência letal recai de maneira desproporcional sobre jovens negros e pobres.

A esse respeito, importante salientar que o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021 apontou que a taxa de letalidade policial entre negros é de 4,2 vítimas a cada 100 mil, já entre brancos ela é de 1,5 a cada 100 mil, o que equivale a dizer que a taxa de letalidade policial entre negros é 2,8 vezes superior à taxa entre brancos. Outras desigualdades semelhantes são verificadas nas mortes violentas ocorridas nos estabelecimentos prisionais do país, tornando-se evidente que a segurança pública é um dos meios de exercício do poder e da capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer, com a eliminação dos corpos negros, tidos por alguns agentes de repressão estatal como descartáveis.

Da mesma forma, verifica-se que o sistema de justiça no Brasil concorre para a instauração de verdadeiro estado de exceção legitimador de práticas de exercício da soberania diante da tomada de poder sobre o homem vivo. Exemplificativamente, Juízes em todo o país passaram a autorizar o uso de mandados de busca e apreensão coletivos, por meio de diligências policiais com invasão massiva de residências populares, especialmente em casos envolvendo moradores de bairros periféricos e com alta incidência de consumo de drogas.

Todavia, referidos mandados configuram verdadeiro exercício de práticas autoritárias, sob o fundamento de combate à criminalidade, violando direitos e garantias constitucionais, tais como a inviolabilidade domiciliar, a incolumidade física e moral do indivíduo, a vida privada e a intimidade de pessoas relegadas pelo Estado.

Em diversas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilegalidade de mandado de busca e apreensão coletivo sem a indica-

ção de nomes e da situação individual de cada investigado ante a violação de diversos dispositivos legais, como os artigos 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do Código de Processo Penal, bem como o artigo 5º, XI, da Constituição Federal, que traz como direito fundamental a inviolabilidade do domicílio.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Embargos de Declaração na ADPF 635 MC, nos dias 2 e 3 de fevereiro de 2022, que tratava das operações policiais no Estado do Rio de Janeiro para implementação de sua política de segurança pública, apontou diversas medidas a serem adotadas por parte das forças de segurança em casos de execução de mandados de buscas domiciliares.

No âmbito da Justiça cearense, o Tribunal de Justiça em sessão de julgamento da 1ª Câmara Criminal em 09 de novembro de 2021, acolheu Habeas Corpus Coletivo impetrado pela Defensoria Pública para anular a decisão que autorizou a expedição de mandado de busca e apreensão coletivo no âmbito de operação policial batizada de “Pente Fino”. Referida operação ocorreu em setembro de 2021 e contou com a atuação de aproximadamente 300 policiais que realizaram vistorias em 1.100 domicílios do conjunto habitacional Dona Yolanda Queiroz, no bairro Edson Queiroz, em Fortaleza, com o objetivo de localizar elementos de provas de crimes relacionados a tráfico de drogas, posse de armas e organização criminosa naquela região.

Na ocasião, o Desembargador Relator do HC entendeu que a decisão impugnada não individualizou todas as pessoas e endereços objeto da medida, de modo que o mandado de busca domiciliar não poderia ter conteúdo genérico e nem se omitir quanto à indicação precisa do local.

A partir de tais acontecimentos, verifica-se que a atuação policial escancara o fenômeno da biopolítica enquanto manifestação do poder sobre os moradores de comunidades periféricas e com o estigma de que nesses locais ocorre a prática generalizada de infrações penais.

E o que falar do malfadado “auto de resistência” na hipótese específica de resistência à ordem legal de prisão. Tal instrumento revela-se como maior símbolo da Necropolítica no contexto dos moradores de favelas que vivem sob constante estado de calamidade no combate às drogas e aos traficantes localizados nesses espaços, o que acabou se estendendo também aos moradores locais, que muitas vezes acabam se tornando alvo dos

agentes de segurança e incluídos no número de supostos criminosos vítimas de operações policiais.

Não à toa que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em fevereiro de 2017 (caso Cosme Rosa Genoveva e outros vs. Brasil), diante de ataques policiais pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília, em que 26 pessoas da comunidade foram executadas, incluindo seis menores. Ao final das apurações, tais mortes foram justificadas pelas autoridades judiciais através do levantamento de “autos de resistência à prisão”.

Ao comentar sobre o referido julgamento, Caio Cezar Paiva e Thimotie Aragon Heemann (2017, p. 658), afirmam que o Caso Favela Nova Brasília foi o primeiro em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou da impunidade em casos de violência policial envolvendo o Brasil. Ainda sobre o caso, os autores discorrem sobre a prática denominada “autos de resistência à prisão”:

A prática de autos de resistência à prisão, corriqueira nos anos de chumbo da ditadura brasileira e infelizmente ainda utilizada pela polícia brasileira, consiste no ato de utilizar expressões genéricas e desprovidas de qualquer fundamentação idônea como “autos de resistência” ou “resistência seguida de morte” pelos agentes de polícia em seus boletins de ocorrência e até em inquéritos policiais, para justificar determinados delitos cometidos pelos próprios agentes policiais no desempenho de suas funções, o que acaba ocasionando, muitas vezes, uma irreal aparência de legalidade à situação, encerrando investigações e eximindo os autores de responsabilidade pelos seus atos. Ocorre que, conforme tem afirmado a CIDH, tal prática vai de encontro ao arcabouço normativo de proteção internacional dos direitos humanos, porque, muitas vezes, impossibilita a responsabilidade dos crimes perpetrados por agentes estatais (Paiva; Heemann, 2017, p. 658-659).

Ainda sobre a problemática da violência policial envolvendo o caso Favela Nova Brasília, oportuno mencionar a teoria do estado de exceção do filósofo italiano Giorgio Agamben, que propõe a ideia de que mesmo nos momentos de normalidade institucional o estado de exceção persiste em determinadas situações de grave violação aos direitos humanos, como,

por exemplo, em favelas e comunidades carentes, locais em que o Estado de Direito não consegue se materializar, mesmo em regimes democráticos, uma vez que a maioria das pessoas possui a dignidade substancialmente reduzida.

Dessa forma, verifica-se que a necropolítica não é apenas uma abstração teórica, mas encontra expressão concreta nas práticas jurídicas e policiais brasileiras. Os mandados coletivos, os autos de resistência e a letalidade policial configuram instrumentos de um Estado que administra a morte seletiva em territórios racializados, evidenciando a permanência de um estado de exceção normalizado nas periferias. Essa articulação entre teoria e prática reforça a necessidade de repensar criticamente a atuação judicial e policial sob a ótica do garantismo penal.

3. A PROBLEMÁTICA DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL COM BASE NO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

É corrente verificar-se no âmbito de operações policiais em comunidades da periferia e conjuntos residenciais a utilização de mandados de busca e apreensão genéricos, em especial nos crimes de tráfico de drogas e associação criminosa. Essa prática revela a tensão entre um processo penal de exceção, que flexibiliza garantias fundamentais em nome do combate à criminalidade, e o modelo do garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli, voltado à contenção do poder punitivo do Estado. Em tais ocasiões, observa-se que a justificativa apresentada pelos agentes estatais muitas vezes reside no caráter permanente de flagrância destes crimes, de modo a autorizar, inclusive a entrada em domicílio desprovida de mandado judicial.

Nesse sentido, o art. 303 do CPP, ao autorizar a prisão em flagrante em crimes permanentes enquanto não cessada a permanência, não pode constituir em “carta branca” dada aos agentes de segurança pelo legislador, porquanto “a permanência deve ser anterior à violação de direitos, ou seja, deve ser posta e não pressuposta/imaginada” (Morais da Rosa, 2014).

Com efeito, o Código de Processo Penal estabelece que a busca poderá ser domiciliar ou pessoal. No caso da primeira, o CPP delimitou extenso rol de finalidades, dentre as quais, a busca domiciliar destinada à

prisão de criminosos, apreensão de coisas achadas ou obtidas por meio criminosos, instrumentos utilizados na prática de crimes e cartas destinadas ao acusado ou em seu poder quando houver suspeita de que seu conteúdo possa ser útil à elucidação de fatos.

Por fim, o art. 240, § 1º do CPP prevê uma cláusula genérica para utilização da busca domiciliar que consiste na sua utilização para colheita de qualquer elemento de convicção, sendo esta possibilidade dotada de perigoso espaço de discricionariedade e subjetividade judicial.

Outro problema contido no referido artigo do código de processo penal que perpassa o campo da discricionariedade consiste na expressão ambígua “fundadas razões” para autorizar a utilização da medida judicial extrema. Nesse contexto, deve o Magistrado atuar com observância dos princípios constitucionais, de modo a conferir legitimidade ao uso de mandados de busca e apreensão com base em provas previamente colhidas no bojo de inquérito policial ou ação penal, promovendo uma fundamentação da decisão judicial condizente com a teoria do garantismo penal e afastado da visão distorcida da necessidade de “guerra às drogas”.

Segundo Aury Lopes Jr (2022), para que o mandado de busca e apreensão seja válido é imprescindível que apresente um foco claramente definido previamente, tanto em relação aos motivos e fins da diligência quanto aos objetos buscados. Dessa forma, exige-se do magistrado uma fundamentação rigorosa e compatível com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, de modo a assegurar que a medida extrema não se converta em arbitrariedade. Nessa mesma linha, Santiago, Dias e Bezerra Sá (2019) destacam que o juiz garantista deve interpretar as leis sempre à luz da Constituição, concretizando os direitos fundamentais e afastando-se do paradigma arcaico que limita a validade de uma norma ao seu aspecto puramente formal.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a temática das buscas genéricas ganhou destaque no julgamento do HC 95.009, em 2008. Na ocasião, o ministro Eros Roberto Grau afirmou, em síntese, que é inválida a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos sem justa causa, por carecerem de especificação do objeto pretendido e de prévia avaliação sobre a possibilidade de adoção de meio menos gravoso para alcançar a mesma finalidade. (Brasil, 2008).

Mais recentemente, o STJ, no julgamento de Habeas Corpus Cole-

tivo (HC 435.934) impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, considerou ilegal a decisão judicial que autorizou busca e apreensão coletiva em residências, de forma genérica, em duas favelas do Estado. Como observa Mbembe (2018), a soberania moderna se exerce sobretudo pela capacidade de transformar territórios em zonas de exceção, nas quais a distinção entre suspeitos e inocentes se dissolve, legitimando práticas de violência estatal.

Na oportunidade, o Ministro Sebastião Reis Júnior, salientou que “a carta branca à polícia é inadmissível, devendo-se respeitar os direitos individuais, de modo que a suspeita de que na comunidade existam criminosos e que crimes estejam sendo praticados diariamente, por si só, não autoriza que toda e qualquer residência do local seja objeto de busca e apreensão”.

Já em relação à legitimidade de ingresso da polícia em domicílio sem mandado de busca naquelas hipóteses em que aventada situação de ocorrência de crime permanente, a 6ª Turma do STJ, em precedente inovador (HC 598.051/SP), julgado em 02-03-2021, firmou cinco teses centrais para a validação de provas obtidas por meio do ingresso domiciliar. Segundo o Ministro Relator, Rogério Schietti Cruz, os agentes estatais devem fazer o registro detalhado do ingresso em domicílio, com a autorização por escrito do morador, a indicação de testemunhas da ação e a gravação da diligência em vídeo.

Por fim, o Ministro Relator estabeleceu a fixação do prazo de 1 (um) ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da decisão.

A partir dessa evolução jurisprudencial, é possível avançar para a importância da adequada fundamentação da decisão judicial que culminará na utilização do mandado de busca e apreensão como meio de obtenção de prova em cotejo com a teoria garantista de Luigi Ferrajoli.

Nesse sentido, a decisão judicial que decreta o mandado de busca e apreensão deve ser muito bem fundamentada, o que exige do Juiz ao aplicar as regras processuais pertinentes ao tema, promova a revisão dos planos da validade e vigência da norma, ultrapassando a adequação formal para também compatibilizá-la substancialmente com a Constituição.

Exemplificativamente, ao proferir decisão que defere a expedição

de mandado de busca e apreensão domiciliar, em especial, nos casos que envolvem o ingresso em conjuntos residenciais, para coleta de provas de supostos delitos ali praticados, o Magistrado deve apontar a necessidade e finalidade da busca, avaliando as medidas que se afiguram necessárias e o modo de agir dos agentes encarregados do ato, sempre respeitando os direitos fundamentais dos envolvidos e buscando uma resolução justa do caso com o mínimo de prejuízos de ordem moral aos destinatários da medida. A esse respeito, “o motivo relaciona-se com a definição do *fumus comissi delicti* e a necessidade de obter-se aquela prova para a investigação e posterior processo” (Lopes Jr, 2022, p. 598). Já os fins da diligência impõem a definição precisa do que se busca, de modo a impedir a busca genérica de documentos e objetos.

Outro exemplo de atuação de um juiz garantista no campo da prestação jurisdicional na temática em análise, pode ser visto na interpretação e argumentação jurídica das decisões que autorizam a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar com o objetivo de descobrir objetos necessários à prova ou à defesa do réu e/ou qualquer elemento de convicção no âmbito processual penal.

Assim, diante de um pedido de busca e apreensão formulado pela autoridade policial, deve o Juiz restringir a finalidade do ato, tendo por base a correlação lógica entre a natureza da infração e o tipo de prova. Ou seja, se a busca é pela arma utilizada no crime, não se deve autorizar a apreensão de um computador ou celular do suspeito, por não estar na linha lógica da prova necessária para o delito em apuração. Ao atuar nestes moldes, o Juiz altera o foco da norma processual em alusão, sem perder de vista o ideal de equilíbrio e ponderação entre os interesses em conflito, de sorte a aplicar princípios relevantes ao Estado democrático de Direito, tais como, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a proibição de excesso de intervenção. Na perspectiva do garantismo penal, a validade da prova depende do respeito estrito às formas legais e à proteção das garantias fundamentais. Mandados de busca genéricos rompem com esse núcleo, instaurando espaços de exceção incompatíveis com um processo penal democrático e reforçando a seletividade da repressão contra populações vulneráveis. Dessa forma, a crítica aos mandados coletivos não pode ser dissociada da lógica necropolítica analisada anteriormente: ambos expressam o modo pelo qual o Estado

administra a morte seletiva em territórios racializados.

CONCLUSÃO

Retornando ao problema de pesquisa, fica evidente que a utilização de mandado de busca e apreensão coletivo ocorre principalmente em crimes ocorridos no âmbito de comunidades periféricas onde habita a população negra e pobre, ocasionando uma flexibilização dos direitos e garantias fundamentais deste grupo específico de indivíduos tidos pelo Estado como inimigos. Tais constatações se refletem tanto na representação formulada pela autoridade policial como na decisão que defere a medida coletiva, utilizando-se, muitas das vezes, como fundamento primordial a promoção da segurança pública e do interesse público.

Ocorre que a utilização do conceito jurídico indeterminado de interesse público é uma tática argumentativa autoritária bastante frequente pelos agentes atuantes no sistema de justiça, com o objetivo de atribuir um caráter de exceção a ações que não teriam justificativa por si só e que poderiam causar impactos prejudiciais aos direitos individuais. Isso ocorre porque, contrariamente ao processo penal democrático, que exige o mais rigoroso respeito às garantias, na prática diária, emerge um processo penal de exceção direcionado à população pobre e negra das periferias dos grandes centros urbanos, caracterizado pela gestão cuidadosa do direito e pela flexibilização das garantias.

Diante dessa problemática, surge a necessidade de coibir os abusos praticados pelo sistema de justiça ao deferir a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos com fundamento no combate à criminalidade, violando direitos e garantias constitucionais, tais como a inviolabilidade domiciliar, a incolumidade física e moral do indivíduo, a vida privada e a intimidade de pessoas relegadas pelo Estado, de sorte a minimizar o estereótipo do criminoso que recai muitas vezes na população negra residente em favelas alvo de operações policiais.

Para tanto, as bases teóricas do garantismo penal surgem como a via adequada de atuação dos sujeitos processuais, desde a investigação até o processo penal, no sentido de respaldar os vulneráveis em relação aos mais fortes, de modo que a atuação do agente que cumpre a medida extrema, tanto quanto a do Juízo que autoriza a ordem para busca e apreensão em domicílios, deve estar respaldada na contenção do poder arbitrário e

discriminatório dos agentes de repressão estatal.

Com efeito, o discurso de insegurança e combate às drogas tem se revelado como estado de exceção legitimador de práticas racistas e violência generalizada em comunidades vulneráveis, seguidas muitas vezes de diligências coletivas e genéricas de busca e apreensão domiciliar, prática que deve ser repensada pelos sujeitos processuais, em especial, aos Juízes que autorizam tais expedientes sem fundamentação adequada da imprescindibilidade da prova e dos limites a que está sujeita.

Com base nos exemplos apresentados, a hipótese que se confirmou foi a de que, no contexto do processo penal de exceção, a argumentação retórica de agentes do sistema de justiça é usada como instrumento para a flexibilização direcionada de direitos fundamentais, incluindo a inviolabilidade domiciliar, de um grupo específico de pessoas tidas como inimigas do Estado. Essa delimitação encontra, nas condições de pobreza e abandono das áreas periféricas, o eixo biopolítico que enquadra seus residentes como seres descartáveis.

Nesse sentido, o combate ao estado de exceção legitimador da necropolítica atualmente existente em comunidades vulneráveis no Brasil, perpassa pela atuação conjunta do Estado e sociedade na implementação de políticas públicas adequadas, que incluam tanto medidas preventivas como também repressivas para o enfrentamento à desigualdade social.

No entanto, é preciso que mudanças significativas sejam realizadas no sistema processual para a investigação de crimes, de modo que a utilização de mandados de busca e apreensão genéricos devem ser eliminados do ordenamento jurídico, pois tal expediente apenas contribui para maximizar os excessos que o sistema de justiça penal produz naqueles que sofrem com o estereotipo do criminoso, mais especificamente a população negra e pobre residente em favelas alvo de operações policiais.

Dessa forma, é necessário identificar novos métodos (ideológicos, retóricos, institucionais e outros que forem possíveis), evitando práticas autoritárias e violências processuais, sendo primordial a adoção de um sistema garantista no âmbito do processo penal que contribua para o ideal de equilíbrio e ponderação entre os interesses em conflito, desfazendo os espaços de exceção que se instalam gradativamente no país.

Conclui-se, portanto, que os mandados coletivos de busca e apreensão configuram expressão prática da necropolítica descrita por Mbembe,

ao se apoiarem no racismo estrutural que sustenta o biopoder foucaultiano, e se mostram incompatíveis com os limites constitucionais e com o modelo garantista de Ferrajoli.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Michel Foucault e a teoria do poder. **Revista de Sociologia**, USP, São Paulo, v.7, p. 105-110, 1995.

ALMEIDA, Silvio de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BAPTISTA, Ligia Pavan. O Paradoxo da origem do poder político em Rousseau. **Revista Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, p. 111-120, 2015. Edição Especial.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 jan. 1988. p. 1, anexo. Disponível em: www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/constituicao-federal/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil. Acesso em: 16 set. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 435.934/RJ (2018/0026930-7)**. Relator Sebastião Reis Júnior. Julgado em 20 nov. 2019. Brasília: STJ. Disponível em: site do STJ.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 598.051 - SP (2020/0176244-9)**. 6ª Turma. Julgado em 02 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2027533&num_registro=202001762449&data=20210315&peticao_numero=-1&formato=PDF.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 0633726-39.2021.8.06.0000**. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 09 de novembro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3441332&cdForo=0>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan

Choukr e Luiz Flávio Gomes. 1ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Trad. de Renata Santini. São Paulo: n-1, 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes criminais**. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>. Acesso em 15 mai. 2022.

NASCIMENTO, Mariangela. Soberania, poder e biopolítica: Arendt, Foucault e Negri. **Griot: Revista de Filosofia**, vol. 6, núm. 2, pp. 152-169, 2012.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragão. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança**. 2021. Disponível em: <https://forum-seguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em 10 abr. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha; BEZERRA SÁ, Alexandre Santos. **Direito como integridade: um caminho garantista contra o ativismo judicial**. Revista Quaestio Juris. Rio de Janeiro, 2019, pp. 444-464. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/37899>. Acesso em 23 mai. 2022.

SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco, a (des)igualdade**

e o problema dos modelos de controle. *In:* PODVAL, Roberto (Org.) Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: RT, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A AUTONOMIA DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS PARA A AUTONORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CONTROLE EXTRAJUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

THE AUTONOMY OF STATE PUBLIC PROSECUTORS'
OFFICES FOR THE SELF-REGULATION OF THE
EXTRAJUDICIAL CONSTITUTIONAL REVIEW
PROCEDURE

LA AUTONOMÍA DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS
ESTATALES PARA LA AUTONORMATIVIZACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO DE CONTROL EXTRAJUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDAD

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A tríplece autonomia constitu-
cional do ministério público; 3. Capacidade de auto-
normatização dos ministérios públicos estaduais; 4.
Autonormatização do procedimento do controle ex-
trajudicial de constitucionalidade pelos ministérios
públicos estaduais; 5. considerações finais; Referências

RESUMO:

O presente artigo aborda a extensão da capaci-
dade de autonormatização dos Ministérios Públicos
estaduais (MPes) no que concerne ao procedimento
do controle extrajudicial de constitucionalidade. O
objetivo é analisar a extensão dessa capacidade, con-
siderando sua autonomia constitucional, o contexto
normativo do federalismo e do Conselho Nacional do

Como citar este artigo:

CASAROTTI,
Luciano, CARMO,
Valter. "A autonomia
dos ministérios
públicos estaduais para
a autonormatização
do procedimento
de controle
extrajudicial de
constitucionalidade".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 161-187.

Data da submissão:

09/08/2025

Data da aprovação:

06/10/2025

1. Universidade Federal
do Tocantins - Brasil
2. Universidade Federal
do Tocantins - Brasil

Ministério Público. Utiliza-se método dedutivo, exploratório e abordagem qualitativa, com base em análise bibliográfica e documental. Demonstra-se que essa autonomia permite aos MPEs definir seus procedimentos de atuação extrajudicial às realidades locais, promovendo a fiscalização da constitucionalidade de forma mais célere e eficaz. Apresentam-se as experiências dos MPEs de Minas Gerais, Rondônia e Espírito Santo, que ilustram a viabilidade e a eficiência de abordagens consensuais e dialógicas na resolução de inconstitucionalidades, reduzindo a judicialização. Conclui-se que a autonomia dos MPEs é essencial para sua atuação na defesa da ordem constitucional e dos direitos fundamentais no contexto federativo brasileiro.

ABSTRACT:

This article addresses the extent of the self-regulation capacity of State Public Prosecutor's Offices (MPEs) concerning the extrajudicial procedure for constitutional review. The aim is to analyze the scope of this capacity, considering its constitutional autonomy, the normative context of federalism, and the role of the National Council of the Public Prosecutor's Office. A deductive, exploratory method and a qualitative approach are employed, based on bibliographic and documentary analysis. It is demonstrated that this autonomy allows MPEs to define their extrajudicial operating procedures to suit local realities, promoting a more agile and effective oversight of constitutionality. The experiences of the MPEs of Minas Gerais, Rondônia, and Espírito Santo are presented, illustrating the viability and efficiency of consensual and dialogical approaches in resolving unconstitutionality, thereby reducing judicialization. It is concluded that the autonomy of MPEs is essential for their role in defending constitutional order and fundamental rights within the Brazilian federal context.

RESUMEN:

El presente artículo analiza el alcance de la capacidad de autonormativización de los Ministerios Públicos estatales (MPE) en lo que respecta al procedimiento de control extrajudicial de constitucionalidad. El objetivo es analizar la extensión de dicha capacidad, teniendo en cuenta su autonomía constitucional, el contexto normativo del federalismo y del Consejo Nacional del Ministerio Público. Se utiliza el método dedutivo,

exploratorio y un enfoque cualitativo, basado en el análisis bibliográfico y documental. Se demuestra que esta autonomía permite a los MPE definir sus propios procedimientos de actuación extrajudicial según las realidades locales, promoviendo una fiscalización de la constitucionalidad más ágil y eficaz. Se presentan las experiencias de los MPE de Minas Gerais, Rondônia y Espírito Santo, que ilustran la viabilidad y eficiencia de enfoques consensuales y dialógicos en la resolución de inconstitucionalidades, reduciendo la judicialización. Se concluye que la autonomía de los MPE es esencial para su actuación en la defensa del orden constitucional y de los derechos fundamentales en el contexto federativo brasileño.

PALAVRAS-CHAVE:

Ministério Público; Autonomia; Controle de Constitucionalidade; Atuação Extrajudicial; Autonormatização.

KEYWORDS:

Public Prosecutor's Office; Autonomy; Constitutional Review; Extrajudicial Action; Self-Regulation.

PALABRAS CLAVE:

Ministerio Público; Autonomía; Control de Constitucionalidad; Actuación Extrajudicial; Autonormativización.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), no artigo 127, conferiu ao Ministério Público (MP) um novo perfil constitucional, elevando-o a um patamar de destaque na organização do Estado (Brasil, [2024]). Essa reforma ligou a essência de suas funções à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Mazzilli, 2013). Disso decorre o dever do MP de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República (Viegas *et al.*, 2022).

Um campo relevante para essa atuação do MP é a fiscalização do cumprimento das normas constitucionais que, embora seja tradicionalmente associada à esfera judicial, como na ação direta de inconstitucionalidade, não se limita a ela (Schmidt, 2018). A atuação extrajudicial é vista

como fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais, visando a resolutividade material e um impacto positivo na realidade social (Rodrigues, 2018). O Ministério Público tem priorizado procedimentos extrajudiciais por permitirem soluções menos burocráticas e mais céleres, que incluem o uso de instrumentos como a recomendação administrativa, compromissos de ajustamento de conduta e audiências públicas (Oliveira; Lotta; Vasconcelos, 2020).

Para garantir liberdade de atuação no desempenho de suas funções institucionais, a CF/88 assegurou ao MP expressamente autonomia funcional e administrativa, conforme disposto no artigo 127, § 2º (Brasil, [2024]). Essa autonomia confere ao Ministério Público a prerrogativa de editar normas internas orientando sua atuação institucional (Mazzilli, 2013). Inclui-se aqui a regulamentação dos procedimentos para o controle extrajudicial de constitucionalidade, possibilitando ao órgão uniformizar, dar transparência e garantir eficiência à sua atuação.

Diante desse panorama, surge uma questão fundamental que orienta o presente estudo: A autonomia funcional e administrativa conferida pela CF/88 permite aos Ministérios Públicos estaduais a autonormatização do procedimento para sua atuação no controle extrajudicial de constitucionalidade? Para responder a essa questão, propõe-se como objetivo geral deste artigo analisar a extensão da capacidade de autonormatização dos Ministérios Públicos estaduais quanto ao procedimento para sua atuação no controle extrajudicial de constitucionalidade, considerando sua autonomia constitucional e o contexto normativo do federalismo e do Conselho Nacional do Ministério Público.

O estudo utilizará o método dedutivo, partindo de premissas gerais dos princípios constitucionais e normas do Ministério Público, para analisar a regulamentação interna dos Ministérios Públicos estaduais e verificar sua extensão e conformidade com esses princípios e normas quanto ao controle extrajudicial de constitucionalidade. Além disso, será exploratória, com enfoque na compreensão da capacidade regulamentar do MP, um tema que exige um levantamento abrangente de informações para a formulação de hipóteses e a identificação de novas perspectivas (Bittar, 2016).

Para isso, o procedimento de coleta de dados compreenderá pesquisa bibliográfica e documental. A bibliográfica será realizada em bases de dados científicas como o Portal de Periódicos CAPES, Repositório de

Universidades, Google Acadêmico e Scielo. Já a documental abrangerá a Constituição Federal de 1988, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) e outros documentos relevantes sobre autonormatização e controle de constitucionalidade. A abordagem será qualitativa, concentrando-se na interpretação de conceitos jurídicos, normas e do contexto institucional para compreender as nuances e particularidades da capacidade regulamentar dos Ministérios Públicos estaduais (Mezza-roba; Monteiro, 2019).

A fundamentação teórica deste artigo está estruturada em três seções. A Seção 2 explora a tríplice autonomia constitucional do Ministério Público (funcional, administrativa e financeira), detalhando como essas garantias asseguram sua independência na defesa da ordem jurídica e dos direitos fundamentais, além de analisar a relação entre o MP e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e seus respectivos limites. Em seguida, a Seção 3 aborda a capacidade de autonormatização dos Ministérios Públicos Estaduais, explicando como a autonomia permite a criação de normas internas adaptadas às realidades locais para uma fiscalização constitucional eficaz, sempre em conformidade com a legislação. Por fim, a Seção 4 detalha a prática da autonormatização no procedimento de controle extrajudicial de constitucionalidade pelos Ministérios Públicos Estaduais, apresentando experiências concretas de estados como Minas Gerais, Rondônia e Espírito Santo, e destacando os benefícios dessa abordagem consensual e preventiva na redução da judicialização e na promoção de soluções ágeis.

2. A TRÍPLICE AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público (MP) brasileiro ocupa uma posição singular no cenário jurídico internacional, caracterizada por um elevado grau de autonomia e independência, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), diferenciando-o de congêneres em outras nações (Tomio; Robl Filho; 2021). Longe de ser uma mera continuidade de suas formas pretéritas, que remontam à figura do Procurador do Rei no século XIII ou ao defensor civitatis romano, que no Brasil Império se limitava à advocacia da Coroa; a Constituição Federal de 1988 redefiniu fundamentalmente o papel do Parquet. Enquanto constituições antero-

res, como a de 1891, apenas mencionavam a figura do Procurador-Geral da República, ou como as de 1934 e 1967, que o vinculavam ora ao Executivo, ora ao Judiciário, a Constituição de 1988 o desvinculou dessas esferas, conferindo-lhe uma posição de independência e uma missão ampliada (Braga, 2008).

Essa transformação não foi acidental, mas fruto de um intenso processo de redemocratização e de um amplo debate na Assembleia Nacional Constituinte, que acolheu anseios sociais e propostas do próprio MP, como a Carta de Curitiba de 1986, que já reivindicava a independência funcional (Mazzilli, 2013). Assim, o MP foi alçado pelo artigo 127 da CF/88 à condição de defensor “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Brasil, [2024]), consolidando-se como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

Essa nova identidade institucional é solidificada pelos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, expressamente consagrados no Art. 127, §1º, da CF/88. Tais princípios não são meras diretrizes programáticas, mas sim normas cogentes que vinculam o legislador infraconstitucional, a Administração Superior do Ministério Público e todos aqueles que se relacionam com a instituição em sua atividade finalística (Garcia, 2017). O princípio da unidade, embora sugira que os membros do MP integrem um único órgão sob a direção de um só chefe, como explica Mazzilli (2013), deve ser interpretado com a devida peculiaridade no contexto federativo brasileiro. A unidade, portanto, manifesta-se de forma plena dentro de cada ramo do MP – seja o Federal, os Estaduais, o do Trabalho, o Militar ou o do Distrito Federal e Territórios – mas não de maneira interinstitucional, reconhecendo a autonomia de cada um desses órgãos (Mazzilli, 2013).

Complementar à unidade, o princípio da indivisibilidade garante a continuidade da atuação ministerial. Mazzilli (2013) o define como a possibilidade de substituição dos membros do MP entre si, sempre de acordo com a lei e nunca de forma arbitrária. Isso assegura que a ausência ou a mudança de um promotor ou procurador não paralise a defesa dos interesses públicos, permitindo que as funções sejam exercidas de forma ininterrupta (Rodrigues, 2018). Contudo, a indivisibilidade também encontra seus limites na estrutura federativa e na autonomia dos diferentes ramos

do MP, não permitindo a substituição de agentes entre eles de forma irrestrita (Mazzilli, 2013).

O princípio da independência funcional, por sua vez, é a espinha dorsal da atuação do MP contemporâneo. Ele confere a cada membro da instituição a liberdade de agir conforme sua consciência e a ordem jurídica, sem subordinação hierárquica quanto ao mérito de suas manifestações (Garcia, 2017). Essa independência é um atributo do agente, distinta da autonomia funcional que pertence à instituição como um todo, conforme a distinção feita por Mazzilli (2013). Ela protege o promotor ou procurador de pressões externas e internas, permitindo-lhe atuar de forma técnica e imparcial na defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados. Essa prerrogativa, que superou o modelo hierárquico tradicionalmente associado ao Parquet, é essencial para que o MP possa cumprir sua missão de fiscal da lei e defensor da sociedade, inclusive contra abusos de poder (Garcia, 2017).

A coexistência desses princípios, especialmente a unidade e a independência funcional, gera uma tensão dialética que, paradoxalmente, fortalece a instituição. Garcia (2017) aponta que essa configuração resulta em um delicado equilíbrio: a unidade se manifesta na estrutura administrativa e na identidade de propósito, enquanto a independência funcional garante a autonomia na atividade-fim. Embora possa parecer que uma maior independência individual possa levar a uma menor uniformidade institucional, é justamente essa dinâmica que permite ao MP adaptar-se às realidades locais e atuar com a flexibilidade necessária para defender os diversos interesses sociais, como sugere Mazzilli (2013).

Os princípios da unidade, indivisibilidade e independência caminham lado a lado com a autonomia constitucionalmente assegurada ao MP, formando o alicerce de sua atuação institucional. Esses princípios, consolidados na CF/88, concretizam-se por meio da tríplice autonomia – funcional, administrativa e financeira –, fundamental para resguardar a imparcialidade e a eficácia do Ministério Público diante de suas missões constitucionais. Ao correlacionar essas garantias principiológicas à autonomia institucional, evidencia-se que o MP está protegido contra influências indevidas de outros Poderes, sendo dotado de garantias funcionais semelhantes às do próprio Judiciário, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, o que confere à instituição um

patamar singular de independência no contexto constitucional brasileiro (Tomio; Robl Filho; 2021).

A autonomia funcional do MP é um dos pilares que sustentam a atuação dessa instituição no sistema jurídico brasileiro. A CF/88 consagrou expressamente essa garantia no artigo 127, §2º, elevando o MP a um patamar de independência fundamental para o exercício de suas atribuições constitucionais, não estando subordinado a nenhum dos três Poderes: Executivo, Legislativo ou Judiciário (Braga 2008). Essa capacidade de atuação autônoma é fundamental para o cumprimento do “múnus constitucional” de zelar pelo respeito aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (Ismail Filho, 2021). Essa autonomia representa uma grande evolução na configuração institucional do MP, que deixou de ser mero órgão vinculado ao Poder Executivo para se tornar uma instituição verdadeiramente independente, com garantias constitucionais que asseguram sua atuação livre de pressões políticas ou interferências externas (Braga, 2008).

A autonomia administrativa do MP, também prevista no artigo 127, § 2º, da CF/88, confere à instituição a capacidade de auto-organização e autoadministração (Brasil, [2024]). Isso significa que o MP possui a prerrogativa de propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como de definir sua política remuneratória e planos de carreira (Brasil, 1993). Segundo Tomio e Robl Filho (2021), essa autonomia permite ao MP gerir seus recursos humanos e materiais de forma estratégica, alinhando-os às suas prioridades institucionais e às demandas da sociedade, além da capacidade de se auto-organizar, permite que o MP promova e defenda a Constituição de maneira eficaz, inclusive na esfera extrajudicial. A autonomia administrativa também se manifesta na capacidade do MP de estabelecer suas próprias políticas internas, como a política nacional de atendimento ao público, que visa ampliar os espaços de diálogo com os cidadãos e garantir o acesso aos serviços ministeriais (Ismail Filho, 2021).

Embora estabelecida de forma implícita, a autonomia financeira do Ministério Público é um componente fundamental de sua independência, conforme inferido do artigo 127, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, [2024]). Esse dispositivo constitucional determina que o MP elabore sua própria proposta orçamentária, respeitando os limites estabelecidos na lei

de diretrizes orçamentárias (Brasil, 1993). A dotação orçamentária própria é um elemento crucial para assegurar a independência do MP, pois permite que a instituição planeje e execute suas ações fiscalizatórias da constitucionalidade sem estar sujeita à discricionariedade orçamentária dos demais Poderes estatais (Mazzilli, 1998). A capacidade de gerir seus próprios recursos financeiros é vital para que o MP possa investir em infraestrutura, tecnologia e capacitação de seus membros, garantindo a efetividade de sua atuação em todas as suas frentes, ponderam Tomio e Robl Filho (2021).

A conjugação das autonomias funcional, administrativa e financeira conferida ao MP pela CF/88 e reafirmada explicitamente pela Lei nº 8.625/1993, em seu artigo 3º, desvincula o MP de qualquer subordinação aos Poderes Judiciário e Executivo (Brasil, 1993), transformando-o em um ator institucional com fortes poderes (Tomio; Robl Filho; 2021). Além disso, essa tríplice autonomia não é apenas uma prerrogativa institucional, mas um “múnus constitucional” que capacita o MP a ser um guardião vigilante da democracia e dos direitos fundamentais, atuando com a independência e a resolutividade necessárias para garantir que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os preceitos constitucionais, tanto no âmbito nacional quanto, por sua legitimidade, perante sistemas internacionais de direitos humanos (Ismail Filho, 2021).

No contexto dessa estrutura autônoma, surge o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. O CNMP foi concebido com a competência constitucional de controlar a atuação administrativa e financeira do Ministério Público, bem como o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. Para o exercício desse controle, a Constituição Federal, em seu art. 130-A, § 2º, I, outorga ao CNMP a faculdade de expedir atos regulamentares (Brasil, [2024]). Esses atos, tipicamente resoluções, possuem fonte direta na Constituição de 1988 e, em certa interpretação, podem ter força normativa primária, equiparando-se à lei. No entanto, a própria natureza do CNMP como órgão administrativo e a finalidade específica de seu poder regulamentar impõe limites (Streck; Sarlet; Clêver, 2005).

A relação entre o poder regulamentar do CNMP e a autonomia do MP é expressamente delineada pelo artigo 130-A, § 2º, I, da CF/88, que determina que o CNMP deve “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no

âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (Brasil, [2024], s/p). Isso significa que o exercício do poder normativo pelo CNMP deve ser pautado na defesa dessas autonomias. Contudo, Garcia (2012) pondera que encontrar um ponto de equilíbrio entre o controle e a absorção da liberdade valorativa inerente às instituições controladas tem sido um desafio. Há uma constatação de que, ao interpretar o comando constitucional, o CNMP tem, em alguns aspectos, caminhado em sentido contrário a reforçar a autonomia (Garcia, 2012).

O poder regulamentar do CNMP, semelhante ao exercido pelo Executivo, não pode ser equiparado ao do legislador democraticamente eleito; ele deve permanecer restrito aos referenciais de juridicidade, atuando na colmatação da lei e sobre fatos concretos (Garcia, 2012). Um controle externo amplo e irrestrito seria a antinomia suprema à independência e autonomia existencial, devendo o controle do CNMP se restringir à atuação administrativa e financeira e aos deveres funcionais, não podendo recair sobre os atos tipicamente funcionais que refletem a atividade fim do MP, onde prevalece a independência funcional (Garcia, 2012).

A tensão se manifesta quando o CNMP, através de suas resoluções, busca uma uniformização que pode colidir com a autonomia de cada ramo do Ministério Público, especialmente os estaduais, que possuem legislação própria, respeitadas as normas gerais da União (Garcia, 2012). Essa conduta do CNMP afrontaria a CF/88 tanto ao substituir-se aos Ministérios Públicos estaduais (MPes) em situações concretas baseadas em liberdade valorativa, quanto ao editar atos normativos gerais que impedem o próprio aflorar dessa liberdade, uniformizando o que deveria projetar a autonomia (Garcia, 2012). A autonomia administrativa implica o poder de expedir regulamentos para gestão de quadros de pessoal, administração e aquisição de bens, incluindo a gestão de processos disciplinares, e deve respeitar o federalismo e a legislação local (Farah, 2018).

A tríplice autonomia do Ministério Público brasileiro constitui tanto fundamento como limite do poder regulamentar do CNMP. Por um lado, essa autonomia assegura ao CNMP a liberdade e a independência necessárias para elaborar normas internas capazes de garantir eficiência, unidade e coerência na atuação do Ministério Público. Por outro, a mesma autonomia funciona como parâmetro de contenção, impedindo que o poder regulamentar do CNMP extrapole os marcos constitucionais e

infraconstitucionais, especialmente diante da diversidade federativa e do respeito às competências legislativas da União e dos Estados.

Na próxima seção, será realizado um estudo detalhado acerca do alcance e dos limites do poder regulamentar do CNMP, sobretudo em relação à autonomia constitucional dos MPEs. O objetivo é demonstrar que os MPEs detêm competência para normatizar aspectos de seu próprio funcionamento institucional, incluindo procedimentos internos relevantes, como o controle extrajudicial de constitucionalidade. O estudo evidenciará que a diversidade regional, as competências legislativas locais e o respeito à autonomia institucional não apenas moldam, mas legitimam o exercício do poder normativo dos MPEs.

3. CAPACIDADE DE AUTONORMATIZAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS

O arranjo federativo brasileiro é caracterizado pela distribuição territorial do poder entre entes autônomos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que implica, segundo Abrucio, Viegas e Rodrigues (2021), assimetria política e organizacional entre a União e os Estados, bem como heterogeneidades e diversidades nas estruturas estaduais. A compreensão do funcionamento de instituições como o Ministério Público (MP) exige que se leve em conta o ambiente institucional e o contexto organizacional em que estão inseridas, incluindo a interação com as elites políticas estaduais e locais e os diferentes arranjos das políticas públicas em sintonia com o modelo de federalismo (Abrucio; Viegas; Rodrigues, 2021).

Em virtude desse arranjo federativo, a competência primordial para editar normas de caráter geral e abstrato, com força de lei, reside no Poder Legislativo, que representa a vontade popular. Paralelamente, o sistema jurídico confere ao Chefe do Poder Executivo (Presidente, Governadores, Prefeitos) um tradicional “poder regulamentar” (Garcia, 2012). Essa atribuição privativa permite a expedição de decretos e regulamentos destinados ao fiel cumprimento das leis, detalhando sua execução sem, contudo, inovar na ordem jurídica, criar direitos, obrigações ou sanções que não estejam previamente definidos pela legislação. Tais atos são de natureza infralegal, subordinados hierarquicamente à lei (Cravo, 2014).

No que diz respeito ao MP, o sistema constitucional brasileiro também estabelece uma divisão de competências legislativas no âmbito do fe-

deralismo. Garcia (2013) explica que cabe à União editar as normas gerais sobre sua organização, atribuições e estatuto por meio de lei, e aos Estados editar as normas específicas através de leis complementares próprias, observando os limites das normas gerais da União. Assim, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) estabelece normas gerais aplicáveis a todos os ramos do MP, enquanto cada Ministério Público Estadual (MPE) possui sua própria Lei Orgânica Estadual que serve como a base legal fundamental que estabelece sua organização, as atribuições e o estatuto (Garcia, 2013).

A CF/88 conferiu ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) a atribuição expressa de zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo, para tanto, expedir atos regulamentares (Farah, 2018). Esse poder regulamentar do CNMP deve ser exercido de forma comedida, preferencialmente através da fixação de parâmetros que respeitem a autonomia administrativa e funcional dos MPEs, uma vez que essa autonomia significa, em certa medida, o poder de criar o próprio direito em seu âmbito interno (Farah, 2018).

Esse poder de autonormatização dos MPEs difere das competências legislativa e regulamentar clássicas e da competência específica do CNMP, e manifesta-se primariamente na sua capacidade de auto-organização e autonormatização (Rodrigues, 2024). Essa capacidade decorre diretamente de sua autonomia administrativa e funcional garantida constitucionalmente e se traduz na prerrogativa de dispor sobre sua estrutura, órgãos de execução e auxiliares, procedimentos internos e gestão administrativa e organizacional (Rodrigues, 2024). Essa autonomia interna permite que cada MPE adapte sua organização e atuação às necessidades, realidades e contextos específicos de seu estado, o que contribui para a heterogeneidade institucional do Ministério Público brasileiro (Abrucio; Viegas; Rodrigues, 2021).

A autonomia funcional é da instituição do Ministério Público. Ela indica que todos os ramos do MP (federais ou estaduais) estejam imunes a qualquer influência externa no exercício de sua atividade finalística, e que pode adotar as medidas previstas no ordenamento jurídico em face de quaisquer agentes, órgãos ou Instituições, de caráter público ou privado, sempre que necessário (Garcia, 2017). Assim, essa autonomia permite que o MPE defina as prioridades de atuação e os meios empregados em senti-

do lato, que se relacionam com o apoio técnico-logístico.

Coexistindo com a autonomia funcional da instituição, há a independência funcional de seus membros, que é oponível inclusive aos próprios órgãos da Administração Superior do Ministério Público (Garcia, 2017). A independência funcional é a liberdade que cada órgão e agente do Ministério Público tem de exercer suas funções em face de outros órgãos ou agentes da mesma instituição, subordinando-se apenas à Constituição e às leis (Mazzilli, 2013). É por força da independência funcional que um membro do MPE, nos atos da atividade-fim, não está subordinado hierarquicamente a outros membros ou chefias da instituição.

A combinação da autonomia funcional da instituição e da independência funcional de seus membros, segundo propõem Oliveira, Lotta e Vasconcelos (2020), permite que o MP defina os modos e procedimentos de sua atuação. Embora a Constituição e as leis fixem os objetivos e os limites da atuação ministerial, as prioridades funcionais são estabelecidas também nas decisões dos seus órgãos de execução, em decorrência da liberdade e da independência que são próprias de seus membros (Mazzilli, 2013).

Conforme explica Garcia (2017), a autonomia administrativa, por sua vez, assegura ao Ministério Público a prerrogativa de editar atos relacionados à gestão de seus quadros de pessoal, à administração e aquisição de bens, e de regular a rotina administrativa. Os atos administrativos emanados da Instituição são autoexecutórios e não estão sujeitos a um juízo de prelibação por parte de qualquer outro órgão ou Poder, devendo obediência unicamente aos parâmetros constitucionais e legais (Garcia, 2013). Uma administração autônoma está atrelada ao poder de regular a rotina administrativa, sendo vedado a qualquer outro órgão que não aquele que detém a autonomia editar atos dessa natureza.

Exercer as parcelas de autonomia outorgadas exige que cada ramo do MP expeça atos normativos com eficácia interna *corporis*, o que está implícito em sua autonomia, o que se manifesta na definição dos procedimentos a serem observados, por exemplo, pelos órgãos administrativos, afirma Garcia (2013). Essa capacidade de autonormatização e auto-organização significa que os MPEs detêm completa autonomia sobre a escolha da maior parte de seus quadros e sobre a organização de seus procedimentos internos.

A capacidade de autonormatização permite a regulamentação de

procedimentos internos, incluindo aqueles de natureza extrajudicial, para o pleno exercício da função institucional de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na CF/88, podendo promover medidas para esse fim, como o inquérito civil, a ação civil pública e os termos de ajustamento de conduta (Braga, 2008). A autonomia funcional garante a liberdade de atuação técnica e imparcial necessária para o exercício de sua função institucional.

Essa capacidade de autonormatização e auto-organização dos MPEs são regidas pelos princípios institucionais do Ministério Público: unidade, indivisibilidade e independência funcional (Braga, 2008). A independência funcional é particularmente relevante, pois assegura aos membros do MP (Promotores e Procuradores de Justiça) o livre exercício de sua atividade finalística, com ampla discricionariedade na seleção e condução de casos concretos (Braga, 2008). A unidade se desenvolve horizontalmente entre os ramos do MP, e a indivisibilidade garante a indisponibilidade dos elementos essenciais da instituição (Braga, 2008).

Contudo, essa capacidade de autonormatização dos MPEs possui limites claros. Ela deve estar em conformidade com a Constituição e as leis, mantendo-se subordinada hierarquicamente à lei, bem como deve transitar no espaço deixado pela lei, não podendo inovar na ordem jurídica, criar direitos, obrigações ou sanções que não estejam previamente definidos pela legislação (Cravo, 2014). Ela também não pode contrariar comandos expressos contidos em textos de lei, devendo permanecer sujeita aos referenciais de juridicidade, ou seja, à adequação do ato à ordem jurídica, e não pode substituir a dicção legal (Mazzilli, 2013).

Ademais, a autonomia e o poder normativo interno devem ser exercidos de modo a zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, sem reduzir a liberdade valorativa que o sistema lhes assegura ou incursionar em aspectos afetos à independência funcional dos membros, princípio esse que assegura o livre exercício da atividade finalística (Garcia, 2013). A unidade institucional deve coexistir com a independência funcional, e o planejamento institucional (se democrático) deve buscar alinhá-la com a estratégia institucional na defesa dos direitos fundamentais, mas as metas finalísticas são fixadas na Constituição, nas leis e nas decisões dos órgãos de execução decorrentes da liberdade e independência dos membros (Mazzilli, 2013).

A CF/88 e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) asseguram ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa. Essa garantia é fundamental para que o órgão possa dispor sobre sua organização e funcionamento e elaborar sua proposta orçamentária, permitindo-lhe editar atos normativos para regular sua rotina administrativa e definir procedimentos internos, sem subordinação hierárquica ao Executivo ou ao Legislativo quanto ao mérito de suas decisões e a organização de suas atividades.

É nesse arcabouço de autonomia e capacidade de autonormatização que os MPEs definem e regulam internamente a forma como exercerão suas atribuições finalísticas para o exercício de suas funções constitucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Isso inclui os procedimentos relacionados ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos realizado na esfera extrajudicial, como será estudado na próxima seção.

4. AUTONORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DO CONTROLE EXTRAJUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS

O controle de constitucionalidade representa um mecanismo fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Conforme apontado por Schmidt (2018), esse instrumento ganhou relevância significativa com a CF/88, que ampliou substancialmente os dispositivos de fiscalização constitucional, estabelecendo um sistema misto que integra elementos do controle difuso e concentrado. Casimiro, Mello e França (2025) destacam que essa estruturação reflete a preocupação do constituinte em criar um robusto sistema de proteção constitucional capaz de responder aos desafios de uma sociedade em constante evolução.

Em sua essência, o controle de constitucionalidade, define Barroso (2022), representa um sofisticado conjunto de mecanismos jurídico-políticos criados para examinar e garantir a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal, preservando assim a supremacia desta última. Tal concepção fundamenta-se no princípio da hierarquia normativa, que estabelece a Constituição Federal como lei máxima do ordenamento jurídico brasileiro, ocupando o ápice da pirâmide

normativa, servindo como parâmetro de validade para todas as demais normas jurídicas, conforme elucidam Barbosa e Lima (2018).

A principal finalidade do controle de constitucionalidade, segundo Barroso (2022), concentra-se na preservação da ordem constitucional, na defesa dos direitos fundamentais e na garantia da segurança jurídica. Ao eliminar do sistema jurídico as normas incompatíveis com a Constituição, esse mecanismo contribui para manter a integridade da vontade do poder constituinte originário e a estabilidade das instituições democráticas. Na perspectiva da manutenção da ordem constitucional, Mendes (2012) ressalta que o controle atua como guardião da coerência normativa, removendo normas incongruentes e promovendo uma interpretação sistemática que harmoniza o conjunto normativo com os preceitos constitucionais.

O Ministério Público brasileiro figura como uma instituição fundamental na proteção da ordem constitucional, desempenhando uma dupla função essencial no controle da constitucionalidade, atuando tanto na esfera judicial, por meio de ações e intervenções perante os tribunais, quanto na esfera extrajudicial, zelando pela conformidade da ordem jurídica à Constituição em suas atividades cotidianas. Schmidt (2018) observa que essa atuação multifacetada reflete o posicionamento constitucional do Ministério Público como função essencial à justiça, encarregado de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

No âmbito do controle judicial difuso, Mazzilli (2017) destaca que o MP pode atuar como autor, propondo ações em que a inconstitucionalidade é arguida incidentalmente, frequentemente utilizando instrumentos como a ação civil pública para questionar normas que violem direitos coletivos. Como fiscal da lei, intervém obrigatoriamente em processos que discutam inconstitucionalidade. No controle judicial concentrado, o Procurador-Geral da República é legitimado para propor ações diretas de controle (ADI, ADC, ADPF e ADO), conforme o art. 103, VI da Constituição. Além disso, mesmo quando a iniciativa parte de outro legitimado, o MP invariavelmente atua como fiscal da ordem jurídica, emitindo pareceres técnicos que subsidiam as decisões do STF, reforçando seu papel de guardião constitucional, como observa Rodrigues (2018).

Na esfera do controle extrajudicial de constitucionalidade, a atuação do MP está fundamentada em seu papel constitucional como defensor da ordem jurídica e do interesse público, conforme estabelecido no artigo

127 da CF/88 (Brasil, [2024]). Como observa Rodrigues (2018), para além da jurisdição constitucional tradicional, seja concentrada ou difusa, a instituição ministerial trabalha ativamente para garantir que tanto os órgãos públicos quanto a sociedade civil mantenham suas ações alinhadas com os valores e princípios constitucionais vigentes.

A amplitude da atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade manifesta-se através de diversos instrumentos. Entre esses, destaca Rodrigues (2018) a instauração de inquéritos civis públicos para investigar potenciais violações a direitos coletivos protegidos constitucionalmente e a formalização de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), que buscam adequar comportamentos inconsistentes com a Constituição, antes que se tornem objeto de litígio judicial. Essa abordagem preventiva e resolutiva reflete um esforço institucional para solucionar conflitos e corrigir irregularidades sem a necessidade de sobrecarregar o sistema judiciário, promovendo maior eficiência na proteção da ordem constitucional (Moreira Neto, 2011).

Quando o MP exerce o controle extrajudicial de constitucionalidade em defesa do interesse público, sua atuação vai além da verificação meramente formal da compatibilidade normativa. Conforme aponta Mazzilli (2017), a instituição realiza uma avaliação crítica e valorativa das normas jurídicas, considerando o contexto social e os valores predominantes na sociedade. Tal atuação do MP compreende uma análise substantiva da constitucionalidade, que não se limita à conformidade textual, mas abrange a proteção dos direitos humanos, a promoção da justiça social e a defesa dos interesses de grupos vulneráveis (Mazzilli, 2017), assegurando que o ordenamento jurídico, além de observar a forma, realize os valores constitucionais fundamentais.

O Ministério Público utiliza diversos mecanismos extrajudiciais para promover o debate constitucional e influenciar proativamente as ações dos Poderes estatais e da sociedade civil. Rodrigues (2018) enfatiza que através de recomendações administrativas, audiências públicas e notificações formais, o MP cria espaços de diálogo sobre questões constitucionais e trabalha para garantir que políticas públicas e práticas sociais desenvolvam-se em consonância com os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição. Mazzilli (1998) elucida que a intervenção ministerial envolve orientação técnico-jurídica e fiscalização sistemática tanto de entidades

públicas quanto privadas, com o objetivo de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais em suas práticas administrativas e na implementação de políticas públicas.

Moreira Neto (2011) salienta que tal dimensão da atuação do Ministério Público torna-se especialmente relevante num cenário de crescente complexidade nas relações jurídicas e sociais, em que a prevenção de conflitos e a resolução extrajudicial de questões constitucionais assumem papel central na consolidação do Estado Democrático de Direito. Ademais, como reflete Rodrigues (2018), ao fomentar o diálogo institucional e incentivar a participação cidadã no debate constitucional, o Ministério Público fortalece os mecanismos de controle social e contribui para a legitimação democrática do sistema de justiça.

Conforme discutido anteriormente, o fundamento jurídico relacionado à atuação extrajudicial do Ministério Público reside na autonomia administrativa e funcional do MP, expressamente reconhecidas pela Constituição Federal em seu artigo 127, §§ 1º e 3º. Conforme explica Mazzilli (2013), tais garantias asseguram tanto a independência técnico-jurídica de seus membros quanto a autonomia administrativa e orçamentária da instituição, permitindo uma atuação efetiva na fiscalização da constitucionalidade, inclusive preventivamente, sem subordinação aos demais Poderes do Estado. Como destaca Abrucio, Viegas e Rodrigues (2021), a autonomia concedida gera a heterogeneidade institucional do Ministério Público no Brasil, pois permite que cada Ministério Público Estadual (MPE) desenvolva soluções e rotinas próprias, ajustadas ao contexto do respectivo estado. Conforme Garcia (2017), isso significa que o MPE pode estabelecer livremente suas prioridades de atuação, procedimentos, apoio logístico e escolhas técnicas.

As experiências dos Ministérios Públicos de Minas Gerais (MPMG), de Rondônia (MPRO) e do Espírito Santo (MPES) constituem o objeto principal deste estudo. A escolha dessas instituições estaduais justifica-se pela relevância de suas trajetórias na implementação de práticas inovadoras e eficazes no controle extrajudicial de constitucionalidade. Esses casos práticos oferecem um panorama elucidativo de como os Ministérios Públicos Estaduais, valendo-se de sua capacidade constitucional de auto-organização e autonormatização, regulamentam proativamente o procedimento de controle extrajudicial de constitucionalidade. Ao analisar as

ações e os resultados dessas instituições, torna-se possível compreender de forma concreta como a autonomia do MP contribui diretamente para a manutenção da ordem constitucional, a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da segurança jurídica, refletindo a adaptabilidade e a eficácia dessa prerrogativa institucional frente aos desafios contemporâneos da tutela da constitucionalidade.

A Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade do MPMG, expõe Navarro (2022), atua na análise de normas jurídicas municipais que criam e disciplinam cargos em comissão, frequentemente eivadas de inconstitucionalidade. Sua função primordial é extirpar do ordenamento jurídico normas contrárias ao texto constitucional, combatendo o patrimonialismo e a má gestão. O procedimento extrajudicial envolve o recebimento de representações, instauração de procedimentos administrativos e expedição de recomendações às autoridades competentes. Em caso de cumprimento, o procedimento é arquivado, caso contrário, ocorre a judicialização por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

O Projeto “Autocomposição no Controle de Constitucionalidade” do NUPA/MPES, ressaltam Zaneti Jr. *et al.* (2023), também visa a adequação de leis e atos normativos estaduais e municipais às Constituições Federal e Estadual, promovendo a extinção e correção de normas inconstitucionais de modo consensual e extrajudicial. O NUPA busca os efeitos práticos do controle de constitucionalidade sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário, por meio de diálogo, esclarecimento e convencimento. Os resultados do MPES foram positivos, com 72% dos casos em fase autocompositiva resolvidos extrajudicialmente, evitando o ajuizamento de ADIs.

O Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade” do MPRO, explicam Oliveira e Canestrini (2024), adota uma abordagem inovadora e preventiva, integrando métodos consensuais ao controle de constitucionalidade e enfatizando o diálogo interinstitucional para adequar atos normativos sem intervenção judicial. O objetivo é prevenir o surgimento de conflitos e garantir a conformidade constitucional de forma célere e colaborativa. Os resultados do MPRO indicam uma alta eficácia, com 75% dos casos resolvidos por autocomposição, evitando ações judiciais diretas.

Os três MPEs operam sob a égide da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ), que detém a legitimidade para propor ADIs nos respectivos Tribunais de Justiça. As coordenadorias ou núcleos especializados (Coordenadoria do

MPMG, NUPA do MPES) funcionam como órgãos de assessoramento da PGJ (Navarro, 2022; Oliveira; Canestrini, 2024; Zaneti Jr. *et al.*, 2023).

A Coordenadoria do MPMG parece ter uma função mais de “filtro pré-judicial”, tentando a resolução extrajudicial, mas com uma inclinação maior à judicialização como medida derradeira e eficaz. Isso pode ser influenciado pela natureza dos casos que a Coordenadoria do MPMG foca (cargos em comissão), que frequentemente envolvem uma “cultura patrimonialista” e “atecnia jurídica”, tornando a adesão voluntária mais desafiadora sem a ameaça de uma ação judicial (Navarro, 2022).

Os projetos do MPRO e MPES demonstram uma capacidade maior de resolutividade extrajudicial, alinhando-se com a filosofia da “Justiça multiportas”, onde a ação judicial é a última *ratio*. Eles conseguem efetivamente obter a adequação das normas por meio de negociações e acordos, evidenciando uma forte cultura de autocomposição e diálogo interinstitucional dentro dessas unidades. Essa abordagem proativa e colaborativa se mostra mais eficaz em evitar litígios (Oliveira; Canestrini, 2024; Zaneti Jr. *et al.*, 2023).

O sucesso das iniciativas extrajudiciais de controle de constitucionalidade está atrelado a diversos fatores:

Adoção da cultura da autocomposição e resolutividade: A priorização da solução consensual e extrajudicial, alinhada com princípios como o da resolutividade do Ministério Público, é fundamental para o sucesso desses projetos (Oliveira; Canestrini, 2024);

Diálogo interinstitucional e convencimento: A capacidade de engajar os Poderes Executivo e Legislativo, esclarecendo as inconstitucionalidades e construindo um consenso para a adequação voluntária das normas, é essencial (Zaneti Jr. *et al.*, 2023);

Atuação preventiva: O foco em evitar a criação ou a manutenção de normas inconstitucionais, e até mesmo a reiteração de vícios, por meio de uma postura proativa, contribui significativamente para o êxito (Oliveira; Canestrini, 2024);

Estruturas dedicadas e especializadas: A existência de núcleos ou coordenadorias com equipes focadas e processos bem definidos (como o NUPA do MPES) permite uma atuação mais sistemática e eficiente (Zaneti Jr. *et al.*, 2023);

Legitimidade e independência funcional do MP: A autonomia do Ministério Público e a independência de seus membros são condições essenciais para a fiscalização da constitucionalidade de leis e atos normativos (Navarro, 2022);

Apoio da cúpula institucional: A adesão da Procuradoria-Geral de Justiça aos projetos e a delegação de atribuições para a atuação extrajudicial são importantes para a institucionalização e o sucesso das iniciativas (Oliveira; Canestrini, 2024; Zaneti Jr. *et al.*, 2023).

As experiências analisadas oferecem valiosas lições e demonstram o potencial de replicação desses modelos, são elas:

Viabilidade e eficiência do controle extrajudicial: Os projetos do MPRO e MPES comprovam que o controle de constitucionalidade pode ser efetivado de forma célere e com alta taxa de sucesso fora do Judiciário, reduzindo custos e a morosidade processual (Oliveira; Canestrini, 2024, Zaneti Jr. *et al.* 2023).

Importância do diálogo e da pedagogia constitucional: A atuação extrajudicial promove um aprendizado dialógico entre o MP e os Poderes Executivo e Legislativo, permitindo uma melhor compreensão das razões da inconstitucionalidade e, potencialmente, evitando a reiteração de equívocos futuros (Navarro, 2022; Oliveira; Canestrini, 2024, Zaneti Jr. *et al.* 2023).

Fortalecimento das relações interinstitucionais: Ao invés de uma relação adversarial, a abordagem consensual fomenta a cooperação e o diálogo entre as instituições, contribuindo para a harmonia entre os Poderes (Navarro, 2022; Oliveira; Canestrini, 2024, Zaneti Jr. *et al.* 2023).

Necessidade de abordar obstáculos sistêmicos: A experiência do MPMG ressalta que a ausência de um sistema repressivo penal e extrapenal que responsabilize pessoalmente os idealizadores de normas inconstitucionais (especialmente em casos de “patrimonialismo” ou quando a configuração do dolo para improbidade administrativa é afastada) representa um entrave à erradicação completa do problema. Além disso, a modulação de efeitos em decisões judiciais pode, paradoxalmente, estimular a criação de normas inconstitucionais ao preservar seus efeitos por um tempo. Essas questões extrapo-

lam o controle extrajudicial e exigem soluções mais amplas (Navarro, 2022).

Potencial de replicação e adaptação: Os projetos do MPRO e MPES são considerados “boas práticas” e modelos para outras unidades ministeriais. O sucesso em diferentes contextos (Rondônia e Espírito Santo) sugere que os princípios de autocomposição e diálogo são adaptáveis às particularidades locais. A conciliação no controle de constitucionalidade já é praticada em outros estados (Oliveira; Canestrini, 2024, Zanetti Jr. *et al.* 2023).

Em suma, embora o controle extrajudicial de constitucionalidade enfrente desafios, como a complexidade de combater práticas enraizadas de patrimonialismo ou a ausência de responsabilização direta, as experiências demonstram que a adoção de metodologias de autocomposição e diálogo interinstitucional pelo Ministério Público é uma estratégia altamente eficaz e inovadora para proteger a ordem constitucional, promover a celeridade e reduzir a judicialização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia funcional e administrativa, conferida pela Constituição Federal de 1988 aos Ministérios Públicos estaduais (MPes), é o alicerce para a sua capacidade de autonormatização do procedimento de controle extrajudicial de constitucionalidade. Essa prerrogativa, intrínseca à própria essência do Ministério Público como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais, permite que cada MPE adapte suas rotinas e estratégias de atuação às realidades locais, promovendo uma fiscalização constitucional mais ágil e eficaz. A análise demonstrou que a tríplice autonomia – funcional, administrativa e financeira – não é apenas uma garantia institucional, mas um “múnus constitucional” que capacita o MP a atuar como guardião vigilante da democracia e dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade emerge como um campo de grande relevância, evidenciada pelas experiências exitosas do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), de Rondônia (MPRO) e do Espírito Santo (MPES). Esses exemplos práticos ilustram a viabilidade e a eficiência da resolução consensual e preventiva de inconstitucionalidades, por meio de instrumentos como recomendações administrativas e termos de ajustamento de

conduta. A priorização da autocomposição e do diálogo interinstitucional, conforme observado, não apenas reduz a judicialização e a morosidade processual, mas também fortalece as relações entre as instituições e promove um aprendizado dialógico sobre a conformidade constitucional.

Contudo, a capacidade de autonormatização dos MPEs e a efetividade do controle extrajudicial não estão isentas de desafios e limites. A tensão com o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que por vezes busca uma uniformização que pode colidir com a autonomia dos ramos estaduais, representa um ponto de equilíbrio delicado. Além disso, obstáculos sistêmicos, como a persistência de práticas patrimonialistas e a ausência de responsabilização direta dos idealizadores de normas inconstitucionais, demandam soluções mais amplas que transcendem a esfera do controle extrajudicial, exigindo uma abordagem integrada e contínua.

Em síntese, o estudo reforça que a autonomia dos Ministérios Públicos estaduais é um pilar fundamental para a sua atuação resolutiva e adaptada às particularidades federativas do Brasil. A capacidade de autonormatização do controle extrajudicial de constitucionalidade não só otimiza a proteção da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, mas também consolida o papel do Ministério Público como um ator essencial na manutenção do Estado Democrático de Direito, promovendo a justiça e a segurança jurídica de forma proativa e colaborativa.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; VIEGAS, Rafael Rodrigues; RODRIGUES, Rayane Vieira. A agenda esquecida do federalismo brasileiro: assimetria, heterogeneidade e diversidade dos Ministérios Públicos. **Preprint**, v. 20, n. 1, p. 2021-2028, 2021. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/2669/4666/4855>. Acesso em: 12 maio 2025.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. "Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55825. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/hDx6rtYXCYsqsqWX6MzYy6P/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 maio 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAGA, Pedro. O Ministério Público na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45 n. 179 jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176540/000843869.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 04 maio 2025.

CASIMIRO, Matheus; MELLO, Patrícia Perrone Campos; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Transformações do controle de constitucionalidade no Brasil: legitimidade, objeto e efeitos. **Revista de Processo**. vol. 359. ano 50. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2025. Disponível em: https://www.academia.edu/126855583/_A1_Transforma%C3%A7%C3%B5es_do_controle_de_constitucionalidade_no_Brasil_legitimidade_objeto_e_efeitos. Acesso em: 20 maio 2025.

CRAVO, Victor. **Poder Regulamentar e Legitimidade Democrática**. Curitiba: Prismas, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/download/66160153/Poder_Regulamentar_e_Legitimidade_Democratica_Victor_Cravo.pdf. Acesso em: 12 maio 2025.

FARAH, André. O Poder Regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público: uma releitura à luz da proposta de termo de ajustamento de conduta na seara do direito administrativo sancionatório. **Revista Acadêmica ESMPC**, Fortaleza: Escola Superior do Ministério Público, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <https://revistaacademica.mpcce.mp.br/revista/article/view/131/121>. Acesso em: 7 maio 2025.

GARCIA, Emerson. As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento. **Revista Eletrônica do CEAf**, Porto Alegre: Ministério Público do Estado do RS, v. 1, n. 1, out. 2011/ jan. 2012. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf. Acesso em: 7 maio 2025.

GARCIA, Emerson. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do “controle”. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 47, jan./mar. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2580660/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 7 maio 2025.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ISMAIL FILHO, Salomão. Ser ou não ser Ombudsman? Por que responder sim é importante para o Ministério Público Brasileiro. **Revista do CNMP**, Brasília, n. 9 (2021), p. 69-97, jul, 2021. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/article/view/142/204>. Acesso em: 13 maio 2025.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 138, p. 65-77, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpdemocraciasen.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025.

MAZZILLI, Hugo. Princípios institucionais do Ministério Público Brasileiro. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 50, out./ dez. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2592408/Hugo_Nigro_Mazzilli.pdf. Acesso em: 10 maio 2025.

MAZZILLI, Hugo. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 8. ed. rev. amp. Atual. São Paulo, Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Funções essenciais à Justiça e contra-poderes. **Revista da AGU**. Brasília, ano X, n. 27, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1908/3151>. Acesso em: 12 maio 2025.

NAVARRO, Juliana Melo. **Análise e reflexão da atuação da Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade do Ministério Público de Minas Gerais sobre normas jurídicas municipais, que criam e disciplinam os cargos em comissão**. Monografia (especialização). 67 fls. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais- Faculdade de Direito, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/46291>. Acesso em: 12 maio 2025.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela Spancherio; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, Autonomia Funcional e Discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 181–195, 2020. DOI: 10.19092/reed.v7i1.425. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/425>. Acesso em: 09 maio 2025.

OLIVEIRA, Ivanildo de; CANESTRINI, Valeria Giumelli. Projeto “MP Conciliação e Constitucionalidade”: Implementação de Técnicas de Autocomposição no Controle Preventivo de Constitucionalidade pelo Ministério Público de Rondônia e Sua Inserção no Sistema de Política Constitucional. **Revista Jurídica da Amazônia**, Porto Velho, Brasil, v. 1, n. 2, p. 166–185, 2024. DOI: 10.63043/qh43mj14. Disponível em: <https://revista.mpro.mp.br/amazonia/article/view/98>. Acesso em: 03 jun. 2025.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos: Lineamentos sobre a Nova Dinâmica. **Justitia**, São Paulo, v. 79, n. 204, fev. 2018. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/89. Acesso em: 05 maio 2025.

RODRIGUES, Rayane. Ministérios Públicos estaduais no Brasil: diferenças de autonomia e capacidade. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 58, n. 3, p. e2023–0200, 2024. DOI: 10.1590/0034-761220230200. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/91288>. Acesso em: 12 maio 2025.

SCHMIDT, Felipe. A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade: uma abordagem a partir da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. Atuação: **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-109, 28 maio 2018. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/21>. Acesso em: 02 maio 2023.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista de Doutrina TRF4**, [S. l.], v. 9, 2005. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/>. Acesso em: 07 maio 2025.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Autonomia e prerrogativas do Ministério Público Brasileiro em perspectiva comparada: construindo um índice de independência/autonomia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 16, n. 3, p. 1166–1183, 2021. DOI: 10.14210/rdp.v16n3.p1166-1183. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18378>. Acesso em: 13 maio 2025.

VIEGAS, Rafael Rodrigues; BERLATTO, Fabia; MONGELÓS, Silvia Avelina Arias; LIMA, Débora Dossiatti de. O Espaço Formal de Ação do Ministério Público entre 1989 e 2016: Mudanças Incrementais e Ativação Estratégica. **Revista de Direito Público**, [S. l.], v. 19, n. 101, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i101.5769. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5769>. Acesso em: 09 maio 2025.

ZANETHI JR, Hermes *et al.* Projeto “autocomposição no controle de constitucionalidade”: a experiência do NUPA/MPES. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 48, n. 342, p. 395–414, ago. 2023. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/229261>. Acesso em: 20 maio 2025.

O CESARISMO DE ESTADO NO BRASIL DE 2017: O LUGAR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

CAESARISM OF STATE IN BRAZIL IN 2017: THE PLACE
OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

CESARISMO DE ESTADO EN BRASIL EN 2017: EL LUGAR
DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Hermenêutica Constitucional;
2.1 Força Normativa da Constituição; 2.2 Estado So-
cial na Sociedade Aberta; 3. 2016: Uma atualização
do cesarismo; 3.1 Sofismas e silogismos, a caminho
da transmutação constitucional; 3.2 Micro poderes de
César; Conclusão; Referências.

RESUMO:

A experiência nazista de manipulação da Cons-
tituição de Weimar (MIRANDA, 1990) aponta a
necessidade de uma hermenêutica democrática e re-
publicana para redefinir a estrutura e a Filosofia do
Estado. O Brasil antidemocrático surgido em 2016
como Ditadura Inconstitucional, em 2017 ignora e
vilipendia séculos de construção normativa do Di-
reito Ocidental e do Estado de Direito. Pelo método
hipotético dedutivo e pela pesquisa bibliográfica, de-
fende-se a hermenêutica constitucional contra o Ce-
sarismo de Estado, conclui-se pela necessidade dos
princípios e valores da Constituição como horizonte
interpretativo.

ABSTRACT:

The Nazi experience of manipulating the Wei-

Como citar este artigo:
SCHERCH, Vinícius,
MARTINEZ, Vinício.
"O cesarismo de estado
no Brasil de 2017: O
lugar da hermenêutica
constitucional".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 189-207.

Data da submissão:
05/10/2023
Data da aprovação:
20/10/2025

1. Universidade Federal
de São Carlos - Brasil
2. Universidade Federal
de São Carlos - Brasil

mar Constitution (MIRANDA, 1990) points to the need for a democratic and republican hermeneutics to redefine the structure and philosophy of the State. The antidemocratic Brazil that emerged in 2016 as an Unconstitutional Dictatorship, in 2017, ignores and vilifies centuries of normative construction of Western Law and the Rule of Law. Through the hypothetical-deductive method and bibliographic research, constitutional hermeneutics is defended against State Caesarism, concluding with the need for the principles and values of the Constitution as an interpretive horizon.

RESUMEN:

La experiencia nazi de manipulación de la Constitución de Weimar (MIRANDA, 1990) señala la necesidad de una hermenéutica democrática y republicana para redefinir la estructura y la Filosofía del Estado. El Brasil antidemocrático surgido en 2016 como una Dictadura Inconstitucional, en 2017 ignora y vilipendia siglos de construcción normativa del Derecho Occidental y del Estado de Derecho. Mediante el método hipotético-deductivo y la investigación bibliográfica, se defiende la hermenéutica constitucional frente al cesarismo de Estado, concluyéndose en la necesidad de los principios y valores de la Constitución como horizonte interpretativo.

PALAVRAS-CHAVE:

Cesarismo; Constituição; Ditadura Inconstitucional; Estado de Direito; Força Normativa da Democracia.

KEYWORDS:

Caesarism; Constitution; Unconstitutional Dictatorship; Rule of Law; Normative force of democracy.

PALABRAS CLAVE:

Cesarismo; Constitución; Dictadura Inconstitucional; Estado de Derecho; Fuerza Normativa de la Democracia.

1. INTRODUÇÃO

As interfaces que permeiam o mundo real/virtual não são boas, nem más, nem neutras; mas, sobretudo, políticas. Desse modo, as relações éticas (ou não) e jurídicas – legítimas ou não – seguem o mesmo curso. Nem toda legislação será protetiva da liberdade que se requer à Internet, por exemplo. As relações sociais (Ética) não estão avessas aos avanços do Poder Econômico, em outro caso.

Por sua vez, as relações políticas, tanto expressam a autonomia e a livre organização dos usuários, como temos nas redes sociais, quanto se prestam ao fascismo cultural que se apodera do senso comum no século XXI – ou quedam inertes ao Poder Judiciário que desconhece a técnica de envolvida: criptografia.

Sob esse prisma, desenvolvem-se institutos jurídicos igualmente ameaçadores ou repressivos à liberdade de fruição da comunicação ampliada pelas tecnologias interativas. Politicamente, avizinha-se um tipo de Estado de Emergência Natural, em que a liberdade é cedida frente à “suposta” necessidade de segurança, invasão da privacidade e da intimidade, controle societal.

No conjunto, apresentam-se mais claramente os contornos definidos no século XX, por Deleuze (1992), de uma “sociedade de controle”. Os aspectos, pode-se dizer negativos, avultam-se – como visto nas várias tentativas de ataques ao Marco Civil da Internet – e, por isso, recebem uma atenção e alertas maiores.

Mais do que um trabalho descritivo da transmutação constitucional que se opera em hermenêutica regressiva, o objetivo aqui é apresentar a Constituição como uma reserva de valores capaz de se contrapor ao Cesarismo de Estado, especialmente, a partir das ideias de Konrad Hesse e Peter Häberle. Para isso, foi usado o método hipotético-dedutivo – tratando do problema específico da utilização de institutos jurídicos de forma repressiva generalizada – e a técnica de pesquisa bibliográfica para apresentar os conceitos centrais do artigo.

A divisão do trabalho se deu em duas partes, primeiramente trazendo o aporte teórico a respeito de uma hermenêutica constitucional como instrumento apto ao controle preventivo e para a solução de questões que envolvem a aplicação da Constituição em casos concretos e depois foi abordado o fenômeno do Cesarismo de Estado, em suas

atualizações a partir de 2016, no cenário brasileiro, para enfim chegar a um aspecto conclusivo sobre o problema enfrentado neste artigo.

2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Cabe trazer inicialmente a hermenêutica constitucional, que não significa uma simples leitura e interpretação do texto da Constituição, mas é uma verdadeira investigação dos processos interpretativos, uma busca sistemática e determinada pelo sentido e alcance do enlace linguístico com os anseios do povo.

Toda a deontologia constitucional passa pela hermenêutica, que impõe à interpretação a observação de métodos e fenômenos que desencadearam a produção normativa, assim “o ato de interpretar, ademais, não se situa no vácuo, mas em uma sociedade determinada, sob condições econômicas, sociais e ideológicas específicas, além de impregnada de diversos valores” (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2016, p. 110).

Existem inúmeras técnicas para interpretar, no entanto, a legitimidade da interpretação somente é verificada se, a partir da hermenêutica, são observados os limites e alcances das palavras em conformidade com o espírito da Constituição. Não se trata de estabelecer a interpretação, mas uma interpretação, dentre tantas que podem ser extraídas e válidas, de acordo com o processo hermenêutico.

Reconhece-se a importância da hermenêutica jurídica, mas não lhe é deferida imunidade às críticas ou ainda um status absoluto. Com frequência, há a necessidade de se recorrer aos processos interpretativos na busca para soluções complexas e variáveis de acordo com as peculiaridades, pois a Constituição possui conceitos abertos e indefinições. Importa afirmar que a hermenêutica não pode servir para anular a tensão entre o texto e o sentido de sua concreta aplicação, quando se pauta apenas em dicotomias: sujeito-objeto, metafísico-real, que leva a erros de cognição, desvios epistemológicos e impinge uma crise sobre os processos e métodos de interpretação.

A crise que atravessa a hermenêutica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do século XX. Hermenêutica foi sendo transformada em termo “da moda”, quase um enunciado performativo (STRECK, 2016, p. 171).

Os modelos clássicos de dissecação de textos, não conseguiram superar críticas a essa separação de sujeito e objeto, ou de interpretação em partes, pois justamente o que visam evitar é o que acontece, deixam prevalecer a discricionariedade em um momento se tem a vontade pura do hermeneuta, em outro a vontade pura da lei, resultado disso é o fracasso na concretização dos efeitos da Constituição conforme a Constituição, “o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão de horizontes para si mesmos” (STRECK, 2016, p. 182).

Não há como estabelecer uma hermenêutica constitucional sem um processo investigativo da ideologia da Constituição, ou seja, existe um partido constitucional¹ que deve ser levado em consideração. A Constituição, afinal, não se compõe somente de regras, mas é dotada de princípios e valores. Neste sentido, “é preciso, portanto, assumir inteiramente as decisões políticas fundamentais (políticas em sentido amplo) expressas pelos princípios constitucionais e extrair do discurso destes todo o apelo argumentativo, sem se deixar iludir por desvios retóricos” (ROTHENBURG, 2003, p. 79).

A importância que se quer dar para a hermenêutica constitucional é justamente aquela que evita a lesão da consciência da Carta Política, que evita seu regresso aos tempos de interpretações espúrias e que inviabilizam a realização do todo constitucional:

Por consequência, faz-se mister resgatar um múnus desatendido e imposto pelo constitucionalismo contemporâneo e sua hermenêutica de princípios, que é a hermenêutica da legitimidade e da constitucionalidade material, hermenêutica dos direitos fundamentais pluridimensionais, com prevalência normativa de valores, do quilate daqueles estampados na dignidade da pessoa humana, e na inviolabilidade da soberania, em face de políticas de governo lesivas aos interesses da nação. (BONAVIDES, 2001, p. 62)

O lugar da hermenêutica constitucional, se desdobra no reconhecimento da força normativa e das potencialidades da Constituição, não encarando-a como um mito, mas como utopia no sentido de:

uma Constituição-mito polariza em seu torno as lembranças, as memórias, procurando sobretudo encarnar simbolicamente uma certa ideia, normalmente histórica e tradicio-

nalista de Constituição. Mas a Constituição pode, ao invés, encontrar-se impregnada de um mito mais moderno. Quando a modernidade desse mito atinge o futuro, e sobretudo o sem-tempo e o sem-lugar, se projecta para algures e um mais-além de características muito inovadoras (mesmo que não sejam irrealizáveis ou quiméricas), nesse caso, a Constituição será mais utopia. (CUNHA, 2007, p. 183)

Com a ressalva de que a Constituição-utopia não pode se tornar em uma Constituição-promessa, a hermenêutica constitucional é um elemento essencial para a atribuição de concretude à Constituição.

2.1 Força Normativa da Constituição

O termo “Constituição de Papel” cunhado por LASSALLE (1985) é peça inaugural – ou provocativa – do ensaio de Konrad Hesse (1991), para expressar a força normativa da Constituição. Por força normativa entende-se que:

a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p. 15)

No mesmo tempo em que ocorrem os fenômenos sociais e políticos, a Constituição se situa como uma reserva ideológica perene que é influenciada e influenciadora do meio real. Contudo, não há que se confundir a Constituição com um texto fechado e acabado, nem maleável a qualquer tipo de sentido que lhe possa ser dado. O nó górdio da hermenêutica se desata diante da força normativa da Constituição, em seu aspecto orientador:

A força normativa de uma Constituição pode aquilatar-se pela sua capacidade de beber suficientemente nas raízes da constituição material (ou em algo que lhe presida ...) ao ponto de o seu texto (constituição formal) ter uma capacidade de vigência prática efectiva e realmente ao mesmo tempo (parece) conformada com e conformadora da sociedade. (CUNHA, 2007, p. 176)

Desse aspecto vinculativo-circular entre a realidade e a Constituição, regido pela sua força normativa, é que se extrai a síntese do combate à hermenêutica regressiva, que se opõe ao Estado Democrático e Social de Direito:

Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva e capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. (HESSE, 1991, p. 25)

Na sequência de Konrad Hesse (1991), precursor da luta pelo direito democrático, Häberle (2016) deve ser tido como clássico na luta contra o nato-fascismo.

O pensamento do jurista alemão Peter Häberle (2008) é um marco – em si um clássico contemporâneo – na divisa da defesa democrática do direito. Sua perspectiva culturalista de que o direito deve ser exercido e interpretado em consideração aos anseios e significados aditados pelo povo é inquestionável.

A defesa dos direitos inatingíveis, posto que fundamentais, em regime democrático e republicano deve ser recuperada com urgência a fim de que melhor entenda as mudanças recentes no Brasil.

2.2 Estado Social na Sociedade Aberta

De acordo com Häberle (1997, p. 12), a teoria da interpretação constitucional sempre esteve muito ligada a um modelo interpretacional reduzido a uma “sociedade fechada”, concentrando-se na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados e deixando escapar questões abordadas pelas ciências sociais e teorias jurídico-formais, preju-

dicando a relação entre a Constituição e a realidade Constitucional.

Partindo desta afirmação, fica evidente uma situação de tangenciamento na atividade de interpretar a Constituição, ou seja, todos estão direta ou indiretamente envolvidos – já que afetados pela Constituição no plano real –, mas nem todos são ouvidos. Com isso, a interpretação tradicional considera tão somente aqueles juridicamente vinculados às corporações, em sua essência, tão somente o Poder Judiciário tem domínio da atividade interpretativa.

A concepção de uma Constituição aberta e pluralista capaz de conduzir o direito aos múltiplos caminhos das necessidades da sociedade contemporânea se faz necessária, pois “os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material” (HÄBERLE, 1997, p. 41-42). Ou seja, o desenvolvimento da ideia de força normativa de Hesse (1991) alcança plenitude com os complementos multiculturais que abundam na democracia, como anuncia Häberle, sendo a sociedade, em suas variadas camadas e concepções, detentora da capacidade de desenvolver o direito material, portanto, dando substância à forma constitucional.

A Constituição axiológica e deontológica é pluralista, opondo-se ao modelo constitucional totalitário, integrista e fundamentalista; em que não fiquem à sombra valores como: diversidade; cidadania ativa; soberania autonômica. Desse modo, sua obra acaba por se converter num gigantesco poema-sinfônico do constitucionalismo democrático (uma “reserva teoricamente possível”).

Como seguidor de Hesse (1991), Häberle (2008) vê o vigor ou a força normativa subjacente à Constituição como se fora sua síntese cultural. De onde também transborda o eixo de sua base conceitual: “realidade; possibilidade; necessidade”. Há um nítido esforço por resultar em uma mescla entre cultura e direito (Justiça Constitucional), informando os conteúdos, as formas e os limites em que atuam, realisticamente, a normatividade jurídica constitucional concernente ao Estado Social e à cidadania (HÄBERLE, 2016).

Esta argumentação, especificamente da luta pelo direito democrático, foi ofertada em conferência no dia 22 de outubro de 1980 à Sociedade Jurídica de Berlin. Häberle traduzia o sentido de uma “interpretação

mediante acréscimo mental” e “acontecimento no plano do texto”, a fim de que a moral democrática e republicana elevada se consubstancie em materialidade constitucional – e tão logo – um importante instrumento de proteção societal. Por seu turno, foi essa visão culturalista da cidadania como intérprete legítima da ordem constitucional que inspirou Bonavides (2016, p. 16) a formular uma espécie de trilogia: “– a força normativa da sociedade (Ferdinand Lassalle); – a força normativa da Constituição (Konrad Hesse); – a força normativa da doutrina (Peter Häberle)”.

No segmento, a Constituição Viva – desde Lassalle (1985) a Ehrlich (2001) – revigorou-se como força normativa do Processo Civilizatório. A jurisprudência de Ehrlich não poderia ser um retrato dos que se apegam ao *status quo* e um desafio às contradições da realidade social, como se o Estado-Juiz já não fosse resultado do próprio controle normativo sobre os poderes. Se não fosse por esse prisma não haveria força normativa da Constituição capaz de se impor como inerente incremento ao Direito Ocidental que impulsionou o Processo Civilizatório até a entrada do século XXI. Para que o direito se revelasse como realidade social, nesse ritmo, a conjugação dos princípios jurídicos deveria encontrar-se com uma hermenêutica que não desafiasse o poder social.

De certo modo, foi essa concepção ideológica (no bom sentido de “bom senso”) que norteou a reconstrução do Direito Constitucional a partir de 1946-48. Nessa confluência de ideal humanitário e libertário é que o direito se encontrou com a força normativa da doutrina: aliando a ciência social e jurídica ao ideário de um direito democrático e republicano. Somente desse modo a força normativa da doutrina não é uma quimera ideológica de respaldo ao *establishment* do capital. Só assim a Constituição não é uma viúva à espera do poder.

O **medium-direito** precisa ser entendido como parte da luta do “mundo da vida” ao requerer/enfrentar o monopólio legislativo e coercitivo, em benefício da globalidade dos interesses sociais, exigindo-se muito mais legitimidade do que mera legalização².

Por isso, tanto as regras morais, como as leis jurídicas, são ‘gerais’, em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, na medida em que se dirigem a muitos destinatários, não permitindo, pois, exceções³; em segundo lugar, porque excluem privilégios ou discriminações na aplicação (HABERMAS, 1997, p. 194 – grifou-se).

Assim, mais próximo de Arendt (1991), do que de Weber (1979), em Habermas (1997) o “poder comunicativo” exige uma legitimação democrática, consensual e constante, quando ocorre um encontro real e legítimo entre a “normatização discursiva do direito” e a própria “formação comunicativa do poder”. Se isso de fato ocorre, é porque aí se verifica a síntese do princípio democrático: “o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito” (HABERMAS, 2003, p. 191). Trata-se de reestruturar o espaço público, agora não mais como extensão da esfera privada, mas capaz de compreender que além de um aspecto procedimental “a democracia é mais do que um fundamento para a validade e legitimidade do direito, em si própria ela tem que figurar como direito” (SCHERCH, 2017, p. 141).

É certo que a política faz parte da cultura; porém, quando se refere à ampla articulação entre direito, grupos de poder, sociedade civil (em que se insere o mundo da vida) e sempre com objetivo de “dominar o poder”, é natural que se verifique no Político uma forma especial de se manifestarem as relações humanas. Em relação ao Estado de Exceção (AGAMBEN, 2004), pode-se, por exemplo, distinguir cultura (a que seria própria ao fascismo) e política: se por esta observarmos a inerente Razão de Estado como *ultima ratio* ou “última vontade dos reis⁴”. Na prática do poder – muitas vezes entendido como cesarismo, em que novamente se reparte e distribui tons e subtons para a cultura fascista (GRAMSCI, 2000) – os direitos fundamentais são observados como impedimento ao poder e, desse modo, são consumidos pelo poder. Os direitos de terceira geração⁵ (sobretudo, se vistos como propriamente Direitos da Humanidade) sofrem hoje de restrições veladas ou com mais afronta pelo mundo todo – no que é, certamente, mais um sério golpe contra o mundo da vida.

3. 2016: UMA ATUALIZAÇÃO DO CESARISMO

O César, por assim dizer, não é exatamente um indivíduo, e sim o conjunto das instituições que deveriam zelar pela Constituição, mas que agem em conformidade com o “mercado” e o capital especulativo. É de se destacar que “o cesarismo sempre expressa a solução ‘arbitrária’, confiada a uma grande personalidade, de uma situação histórico-política caracterizada por um equilíbrio de forças de perspectiva catastrófica, nem sempre tem o mesmo significado histórico” (GRAMSCI, 1980, p. 71).

O Cesarismo Regressivo (GRAMSCI, 2000) em termos de direitos,

garantias e liberdades constitucionais é o resultado prático da articulação dos poderes que se voltam contra os interesses populares e atacam diretamente os direitos fundamentais constitucionais. A ação do Executivo para dismantelar a Constituição, com total aval do Legislativo e a inação do Judiciário diante dos mesmos fatos, é a coroação incontestada dos “tempos excepcionais”⁶, que retira a pluralidade e a força normativa da Constituição.

Nessa toada do **Cesarismo de Estado** é que 44 senadores investigados no STF – de um total de 81 senadores, ou seja, mais da metade da Casa⁷ –, adquirem legitimidade para decidir o futuro da nação, evocando titularidade para aniquilar direitos trabalhistas e sociais.

De fato, do ponto de vista da moral republicana, sequer poderiam estar em seus cargos – até que provassem sua inocência – e, assim, qualquer metamorfose constitucional dessa magnitude deveria ser aprovada (ou não) por meio de consulta popular (art. 14 da CF/88). Por outro lado, membros do STF tanto acusam o Judiciário de manipular o direito para garantir a posse (prisão provisória) de reféns para efeitos políticos⁸, quanto são alvos de pedido de impeachment (pela Procuradoria Geral da República) por falta de isenção judicial⁹. Mas, esses mesmos membros são acusados do mesmo feito: sobretudo de um nepotismo direto que incide em proventos econômicos auferidos da condução do malfeito¹⁰.

Não se pode abolir 30 anos de direitos constitucionais fundamentais sem ouvir o povo, ainda mais se a votação dos senadores é, no mínimo, suspeita. Do modo como está sendo conduzido o processo de desmonte das garantias constitucionais, tem-se a certeza de que agora eles votam para pagar a conta do mercado: os financistas do Caixa 2.

Ao tempo em que, sob a inegável desconfiança de partidarização do Judiciário, procuradores incluem ou excluem delações premiadas em determinadas ações. Tal trilogia de poderes que não dá respostas claras ao povo, judicialmente, e acomete a sociedade de danos irreparáveis em direitos humanos fundamentais, é o cerne do **Cesarismo de Estado**¹¹. Neste rol, indaga-se o que significa o Judiciário proibir movimentos sociais e centrais sindicais de protestarem contra o dismantelamento do Estado de Direito¹².

3.1 Sofismas e silogismos, a caminho da transmutação constitucional

Juristas ainda não se renderam ao pensamento analítico que, desde 2016, enfrenta-se uma “nova” Hermenêutica Constitucional – como mu-

tação constitucional – e, também desse modo, propostas de Assembleia Nacional Constituinte revogam as garantias, as liberdades e os direitos fundamentais, bem como apontam para a própria substituição da Constituição Cidadã, se rendem à Transmutação Constitucional. Por Transmutação Constitucional entende-se a atividade hermenêutica que:

é oposta, contrária (em função do quadro ideológico que representa a partir de 2016), ao sentido evolucionista, como se tem presente no caso das gerações de direitos humanos. Será uma relação antagônica quando a conflituosidade e animosidade ganharem um nível muito superior de beligerância (violência política que acarreta convulsão social), antecipando-se à negação presente da dignidade humana, porque os discursos ou ideologias estão em franco e aberto conflito: as visões de mundo se tornaram insuportavelmente diversas. (MARTINEZ; *et al*, 2018)

Quando se apoia uma forma qualquer de Constituinte “originária e independente” – e ao fazer eco à aprovação de Propostas de Emenda à Constituição (PECs) que desconstituem direitos fundamentais (por exemplo, PEC 287: fim da aposentadoria pública) – é porque se alinha o sofisma (silogismo), mentira, com a intenção de anular a eficácia garantística da própria CF/88.

O argumento (sofisma) é de que a Constituição Federal é “prolixa e detalhista”, provocando disfuncionalidades sistêmicas (ao capital) e desarranjos institucionais, e restou portadora de irrealismos jurídicos na concessão (e consecução) de direitos inatingíveis¹³. A textura da Constituição é aberta e demanda a interpretação conforme seus valores e objetivos reconhecendo, sobretudo, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

Na prática, para o silogista do direito de senso comum, a Constituição não funciona porque apresenta direitos demais. Em sua lógica, acabando com os direitos (“excessivos”), especialmente sociais e ambientais, o funcionamento estará garantido. No que também é óbvio, pois sem ter o que regrear¹⁴ não é necessário o próprio regramento, que decai ao criacionismo, uma característica da transmutação constitucional:

A natureza jurídica se completa – ainda mais se vista como ato de mero criacionismo – com a excludente de direitos e de garantias constitucionais resguardadas por meio de cláusulas

pétreas. Como analogia jurídica (ou antinomia) pode-se alegar, por fim, que a ironia política foi substituída pelo cinismo jurídico: a analogia que se empobrece como paródia de si mesma. (MARTINEZ; *et al*, 2018)

Contra o silogismo, no entanto, basta seguir a lógica simples (aristotélica): quantos mandados de prisão não foram cumpridos? Será argumento válido – o descumprimento dos mandados de prisão – para o Estado decretar o fim das prisões e da própria pena de reclusão ou detenção? Quantos corruptos estão soltos? Não punir a todos os corruptos implica em que se deve transacionar ou abolir o crime de corrupção?

No país, ao invés de se transformar a realidade – criminosa, em termos de crimes sociais – lançam-se apelos oportunistas (desequilibrados em negação ao bom senso) para que se modifique a lei (Constituição) e se mitiguem direitos fundamentais.

3.2 Micro poderes de César

A Constituição Federal de 1988 encetou em alguns setores públicos a concepção de que os mesmos são “o poder dos poderes”. O poder em excesso aproximou alguns, aqueles com gana de mais poder, dos demais poderes¹⁵. Porém, mesmo entre os que não sonham com poder de mando político, as teias de aproximação, blindagem e cooptação (ideológica ou coercitiva) não se fazem menores. No geral, com formação nas classes A e B, os membros do Ministério Público e da magistratura assim avaliam os demais: com rendimentos mensais que ultrapassam cem mil reais, em 2016¹⁶, sua visão de mundo sobre a política e os demais cidadãos é amordaçada de senso crítico¹⁷. É uma situação de *apartheid* político:

São recorrentes as tentativas de monopólio das decisões estatais e de diminuir a participação e a soberania popular, principalmente quando as matérias acabam por atingir grande parte das pessoas, senão todas. Isso se deve a uma prática que visa, muitas vezes, utilizando-se do arquétipo da legislação, impor a qualquer custo o interesse particular sobre o público de forma aparentemente legal. (SCHERCH, 2017, p. 147)

Na mesma linha, argumenta-se com clareza que uma delação premiada que apanha presidente, ex-presidente, presidente do Senado Federal, outros tantos parlamentares e mais outros tantos servidores públicos – capaz, portanto, de abalar a República – mas sem nomear um magistrado,

não seja delação real. A afirmativa ganha ainda mais notoriedade quando quem a faz já presidiu o Conselho Nacional de Justiça¹⁸.

Ao que parece, o caminho da transmutação constitucional está em curso, desviando-se de toda a “boa hermenêutica”, pautada em grandes obras que instruem a busca pelos sentidos da Constituição, rendendo-se aos encantos do poder:

uma vez que a trajetória da reversão constitucional – em que pesem os abalos acometidos – está apenas em sua fase inicial. Portanto, tanto pode avançar quanto refluir. A cidadania que se operou, ainda que incerta e imprecisa em 1988, transitava pelo ideário de que o direito e, especialmente, a Constituição – como Carta Política que serve ao direito que emancipa do jugo do poder e do capital – tinham uma rota identificada.

Um típico caminho que poderia ser muito bem alinhado ao pluralismo em construção na hermenêutica constitucional em que o povo é o legítimo intérprete dos preceitos legais e éticos (HÄBERLE, 2008). Porém, a partir de 2016, o barco tomou outra deriva e o povo deixou de ser o timoneiro – efetivamente, substancialmente – da navegação no mapa do direito civilizatório que se procurava implementar no país. (MARTINEZ, *et al*, 2018)

Em uma prática de hermenêutica regressiva, os micropoderes, notadamente nas mãos de várias, são capazes de descaracterizar a Constituição e, ainda que falte fundamento para legitimar as interpretações que se traduzem em decisões de “micro efeitos”, se reunidos as consequências, é possível encontrar a figura de César com um impacto máximo no processo de efetivação dos compromissos constitucionais.

Por fim, como espécie de heresia institucional, a Transmutação Constitucional, a partir do próprio nome, configura-se como a alteração da Carta Magna, que, mesmo pelas vias regulares, chamadas legais, incide de encontro à ideia e aos valores pregados pela própria Constituição (incluso União), no caput de seu Artigo 1º: “[...] constitui-se em um Estado democrático de direito [...]”. Não mais. E com o retraimento da Política se esvai também o húmus vital da Carta Política.

Este fenômeno se caracteriza, ainda e principalmente, pelos (re)cortes de direitos que deveriam ser inatingíveis e irrevogáveis, pois são aqueles fundamentais, que podem sim ser

modificados, mas, neste caso, ampliados, nunca simplesmente reduzidos ou aniquilados. (MARTINEZ, *et al*, 2018)

Esta relação de poderes atomizados, que antes deveria servir de combate ao absolutismo, se reveste de um efeito anestésico da percepção da degradação constitucional em seu aspecto *erga omnes*, sob um efeito catalisador de transmutação e transposição de sentidos nos casos concretos:

É o que ocorre no Brasil hoje, embora se tenha diálogo, comunicação estabelecida entre as pessoas e entre estas e os representantes, o consenso não é alcançado, com isso, os indivíduos reconhecem a existência do outro no plano objetivo, no entanto, não partilham do mundo social, pondo em posição de desvantagem as decisões públicas. (SCEHRCH, 2017, p. 148)

O resultado desta prática, desta falta de reconhecimento (ou de legitimidade) das decisões públicas é denunciante da venda global do espaço público, a aspiração kantiana de que a dignidade se sobrepõe ao preço foi abandonada, para dar lugar a uma espécie de mercado da atividade estatal, sobretudo se arvorando na forma política de decidir conforme o comprador/beneficiário.

4. CONCLUSÃO

O domínio do público sobre o privado sempre foi estrutural¹⁹ e, portanto, é uma exceção o Princípio do Predomínio do Público sobre o Privado. Com a crise política nacional trazida em 2016, diante da incapacidade de separar público e privado, agremiações partidárias já surgem sob o comando de CEOs – gerentes institucionais ou de marketing – a exemplo do Partido Novo que desde o nascimento tem a marca de ser gerenciado como se fosse uma empresa²⁰.

Tal afirmação percebe-se, inclusive, no cenário internacional com a eleição de Trump nos EUA, que dá a tônica da gestão que mistura desproporcionalmente negócios e Poder Político: a Política S/A²¹. Opera-se na conta política que deve dar lucros, haja vista que o financiamento público de campanhas foi abandonado por quem deveria zelar pela coisa pública, em sinal evidente de que a privatização dos partidos políticos e da cadeia de comando deve seguir pelo financiamento privado²².

O Poder Político brasileiro precisa, pois, ser “desprivatizado”. Não haverá em espécie e nem na forma uma Constituição democrática se não

se desfizer o atentado constitucional que implodiu os direitos fundamentais individuais e sociais.

A partir de uma ideia a respeito da Constituição aberta, multicultural e pluralista, o papel da hermenêutica delineia-se vinculada à força normativa da Constituição e a utilização dos processos interpretativos que observam os valores e princípios constitucionais que mantêm seu ideário firmado na construção de uma sociedade aberta, livre, justa e solidária.

Quando se tem a tarefa de interpretar a Constituição deferida a toda a sociedade, especialmente os órgãos titulares dessa tarefa (Poder Público), ostentam o dever de combater às tendências regressivas, suprimindo as subjetividades e a inoperância de um texto normativo puro, deixando-se conduzir pelos horizontes constitucionais.

Embora tudo aconteça em sincronia, a separação entre o interesse privado e o interesse público se dá na medida da busca pela efetividade do processo civilizatório, compreendendo as consequências gerais do exercício hermenêutico em tempos nos quais vige a seletividade da aplicação dos sentidos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.
- ARENDT, H. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- BASE PARA UMA INADIÁVEL DISCUSSÃO. O Estado de São Paulo, 11/04/2017, p. A3.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.
- BONAVIDES, Paulo. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **Textos clássicos na vida das Constituições**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. Malheiros, São Paulo: 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral**: uma perspectiva luso-brasileira. São Paulo : Método, 2007.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**, 1972-1990. Rio de Janeiro : Ed. 34, 1992.

EHRlich, Eugen. **O estudo do direito vivo**. IN : FALCÃO, Joaquim & SOUTO, Cláudio. Sociologia & Direito. 2ª ed. São Paulo : Pioneira, 2001.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. (Org. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2000.

GRAMSCI, Antonio. **Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno**. Traducción y notas: José Arieó. Madrid: Nueva Visión, 1980.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid : Tecnos, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Textos clássicos na vida das Constituições**. São Paulo: Saraiva, 2016.

HABERMAS, J. **Técnica e Ciência como “Ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1997.

HÄBERLE, Peter. **A Inclusão do Outro - estudos de Teoria Política**. São Paulo: Ed. LOYOLA, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, F. **Que é uma Constituição**. 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. **Teoria Geral do Estado de Direito de Exceção**. Pesquisa de Pós-Doutorado em Ciências Políticas. UNESP/Marília, SP: [s.n.], 2017.

MARTINEZ, Vinício Carrilho; FROCEL, Jéssica; SCHERCH, Vinícius Alves. Transmutação constitucional na Carta Política. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5340, 13 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64015>. Acesso em: 16 maio 2018.

MIRANDA, Jorge (Org.). **Textos Históricos do Direito Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.

RIBEIRO, R. J. **A última razão dos reis: ensaios sobre filosofia e política**. São Paulo: Companhia das letras, 1993.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tiragem. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SCHERCH, Vinícius A. A legitimidade das decisões políticas: uma análise à luz da democracia deliberativa de Jürgen Habermas. In: **XXVI Encontro Nacional do CONPEDI em Brasília - Distrito Federal**. Constituição e Democracia I. Florianópolis - SC: CONPEDI, 2017, p. 130-150.

STRECK, Lenio. Hermenêutica, analítica e argumentação. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; MAGRAF, Alencar Frederico. **Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia**. Curitiba: Ministério Público, 2016.

VIANNA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Belo Horizonte : Itatiaia ; São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo ; Niterói, RJ : Editora da Universidade Federal Fluminense, 1987.

WEBER, MAX. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1979.

'Notas de fim'

1 Por partido constitucional entendemos a conjugação de vontades, valores e princípios que ensejaram a Constituição, é o seu aspecto programado, o que ideologicamente visa construir enquanto um documento político-identitário de um país.

2 Até porque, nesse aspecto há um duplo movimento nas sociedades atuais: a “judicialização da política” e a “politização do Judiciário”. Se por um lado é benéfico como dinâmica da sociedade moderna, é péssimo por outro, porque leva ao esgotamento das perspectivas: o anseio popular não traduz e nem se resume no enfrentamento jurídico da política e suas quimeras.

3 A não ser, é claro, que essas regras gerais sejam as próprias leis de exceção, no exemplo retumbante da Lei Marcial ou da imposição das sutilezas legais do Estado de Exceção.

4 RIBEIRO, 1993.

5 Entenda-se aqui, que uma geração de direitos não fagocita, digere – mas tão-somente subsume – as anteriores, tal qual os filhos incorporam a carga genética dos pais. No direito isso é claro quando se observa que os direitos individuais (de primeira geração) são transformados, ampliados (dialecticamente) e o interesse individual e excludente ressurge, subsumido, na forma de direitos individuais homogêneos.

6 Entretanto, é preciso não esquecer (e nem duvidar) que Caio Júlio César foi morto pela aristocracia romana que o empunhara de poder, apunhalado pelas costas.

Calígula também foi morto pela Guarda Pretoriana.

7 Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/senado-tem-re-corde-de-investigados-mais-da-metade-dos-senadores-responde-a-acusacoes-criminais-no-stf/> Acesso em: 16 mai. 2018.

8 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1882315-lava-jato-faz-refens-para-tentar-manter-apoio-diz-gilmar-mendes.shtml> Acesso em: 16 mai. 2018.

9 Disponível em: <http://painel.blogfolha.uol.com.br/2017/05/09/pedido-de-impe-dimento-de-gilmar-mendes-eleva-tensao-no-stf-e-joga-pressao-sobre-carmen-lucia/> Acesso em: 16 mai. 2018.

10 Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/filha-de-janot-advoga-tambem-para-a-odebrecht-fim-da-lava-jato/> Acesso em: 15 mai. 2018.

11 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1879694-delator-chave-e-excluido-de-peticao-contralckmin.shtml> Acesso em: 15 mai. 2018.

12 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1879898-em-liminar-juiz-proibe-cut-de-realizar-ato-do-dia-do-trabalho-na-paulista.shtml> Acesso em: 15 mai. 2018.

13 Prolixa e detalhista, a Carta de 1988 envelheceu rapidamente e provoca não pequeno desarranjo institucional com suas disfuncionalidades, em especial por seu irracionalismo na concessão de direitos impossíveis de serem exercidos na prática [...] Uma vez alcançada a maturidade democrática, o País está agora em condições de produzir uma Constituição serena, realista e funcional, apta a proporcionar um marco jurídico adequado aos tempos atuais (Base para uma inadiável discussão, 11/04/2017).

14 Na terceirização o trabalhador vende o próprio CNPJ.

15 Disponível em: <http://apublica.org/2016/12/teias-de-influencia-o-ministerio-publico-e-o-governo-paulista/> Acesso em: 16 mai. 2018.

16 Disponível em: <http://apublica.org/2016/12/direito-ou-privilegio/> Acesso em: 16 mai. 2018.

17 Disponível em: <http://apublica.org/2016/12/como-democratizar-o-ministerio-publico-de-sao-paulo/> Acesso em: 16 mai. 2018.

18 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogasparsi/2016/12/1845067-calmon-apimenta-vatapa-ao-dizer-que-faltam-juizes-na-delacao-da-odebrecht.shtml> Acesso em: 16 mai. 2018.

19 Clãs e partidos não diferem substancialmente uns dos outros: nem uns, nem outros representam, do ponto de vista do Estado, organizações ou estruturas para fins de interesses coletivos, ao modo das pequenas organizações administrativas das 'aldeias agrárias (VIANNA, 1987, p. 254).

20 Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/partido-novo-quer-privatizar-o-brasil-veja-entrevista/> Acesso em: 16 mai. 2018.

21 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/clovisrossi/2017/01/1846163-trump-inaugura-a-era-da-politica-sa-com-gestao-publica-e-negocios-colados.shtml> Acesso em: 16 mai. 2018.

22 Disponível em: <http://painel.blogfolha.uol.com.br/2017/01/01/presidente-do-tse-gilmar-mendes-vai-estimular-congresso-a-rever-sistema-eleitoral-do-brasil/> Acesso em: 16 mai. 2018.

**A VULNERABILIDADE
SOCIOAMBIENTAL NO
MUNICÍPIO AMAZÔNICO
DE BOA VISTA - RORAIMA:
ANÁLISE DA DELIMITAÇÃO
DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO
PERMANENTE PELO CÓDIGO
AMBIENTAL MUNICIPAL DE 2024**

SOCIO-ENVIRONMENTAL VULNERABILITY IN
THE AMAZONIAN MUNICIPALITY OF BOA VISTA,
RORAIMA: ANALYSIS OF THE DELIMITATION OF
PERMANENT PRESERVATION AREAS UNDER THE 2024
MUNICIPAL ENVIRONMENTAL CODE

LA VULNERABILIDAD SOCIOAMBIENTAL EN EL
MUNICIPIO AMAZÓNICO DE BOA VISTA, RORAIMA:
ANÁLISIS DE LA DELIMITACIÓN DE LAS ÁREAS DE
PRESERVACIÓN PERMANENTE SEGÚN EL CÓDIGO
AMBIENTAL MUNICIPAL DE 2024

SUMÁRIO:

Introdução; 1. O processo de ocupação em áreas de preservação permanente urbanas e a res-
posta do Estado na (des)proteção no município
amazônico de Boa Vista - Roraima; 1.1 As ocupa-
ções irregulares e o tratamento estatal; 1.2 Planeja-
mento e gestão urbana em Boa Vista; 2. Impactos
do Código Ambiental Municipal: aspectos ambien-
tais e jurídicos; 2.1 Impactos no meio ambiente; 2.2
Impactos no ordenamento jurídico; 3. Reflexões
propositivas para a garantia ao direito à moradia
digna e ao meio ambiente equilibrado; Considera-
ções finais; Referências.

Como citar este artigo:
SANTOS, Beatriz,
SOUZA, Gabriela,
SILVA, Sheila,
JESUS, Wanderson,
OLIVEIRA JÚNIOR,
Zedequias,
."A vulnerabilidade
sociambiental no
município amazônico
de Boa Vista -
Roraima: Análise
da delimitação das
áreas de preservação
permanente pelo
código ambiental
municipal de 2024".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 209-240.

Data da submissão:
02/08/2025
Data da aprovação:
20/10/2025

- 1. Universidade Federal
de Roraima - Brasil
- 2. Universidade Federal
de Roraima - Brasil
- 3. Universidade Federal
de Roraima - Brasil
- 4. Universidade Federal
de Roraima - Brasil
- 5. Universidade Federal
de Roraima - Brasil

RESUMO:

As ocupações irregulares em Áreas de Preservação Permanente (APP) impõem a discussão acerca do conflito entre o direito à moradia e a proteção ambiental. O estudo fundamenta-se nas alterações introduzidas pela Lei Complementar Municipal nº 25/2024 de Boa Vista/RR, quanto às áreas de preservação permanente. A metodologia empregada é qualitativa, com base em revisão bibliográfica e coleta de dados de entidades governamentais de Roraima. O presente artigo busca analisar a flexibilização das normas de preservação ambiental, avaliando a atuação do poder estatal e os impactos negativos da legislação municipal, propondo meios alternativos para a garantia do direito à moradia adequada e de um meio ambiente equilibrado.

ABSTRACT:

The irregular occupations in Permanent Preservation Areas (PPA) raise the discussion about the conflict between the right to housing and environmental protection. The study is based on the changes introduced by Municipal Complementary Law No. 25/2024 of Boa Vista/RR concerning permanent preservation areas. The methodology employed is qualitative, grounded in bibliographic review and data collection from governmental entities in Roraima. This article seeks to analyze the relaxation of environmental preservation standards, evaluating the performance of state authorities and the negative impacts of municipal legislation, and proposing alternative means to ensure the right to adequate housing and a balanced environment.

RESUMEN:

Las ocupaciones irregulares en Áreas de Preservación Permanente (APP) plantean la discusión sobre el conflicto entre el derecho a la vivienda y la protección ambiental. El estudio se basa en las modificaciones introducidas por la Ley Complementaria Municipal nº 25/2024 de Boa Vista/RR, en relación con las áreas de preservación permanente. La metodología empleada es cualitativa, basada en revisión bibliográfica y recopilación de datos de entidades gubernamentales de Roraima. Este artículo busca analizar la flexibilización de las normas de preservación ambiental, evaluando la actuación de las autoridades estatales y los impactos negativos de

la legislación municipal, proponiendo medios alternativos para garantizar el derecho a una vivienda adecuada y a un medio ambiente equilibrado.

PALAVRAS-CHAVE:

Meio ambiente; planejamento urbano; direito à moradia; impacto ambiental.

KEYWORDS:

Environment; urban planning; right to housing; environmental impact.

PALABRAS CLAVE:

Medio ambiente; planificación urbana; derecho a la vivienda; impacto ambiental.

INTRODUÇÃO

A fixação das cidades, desde a formação dos primeiros núcleos civilizatórios da Antiguidade, ocorre de maneira constante e, ao mesmo tempo, desfavorável ao meio ambiente, uma vez que ocorreram, além do convívio e da utilização dos espaços geográficos, degradações ambientais (Paes, 2021). Isso porque o processo de urbanização, se não acompanhado de um planejamento que busque atender as diretrizes do ideal de uma cidade sustentável, acaba provocando uma expansão urbana desordenada, visto que a ocupação do espaço historicamente ignorou elementos naturais (Silverol, 2019).

Planejar é o método que oferece maior possibilidade de cumprimento dos parâmetros ambientais. No caso da cidade amazônica abordada neste estudo, em 1944 foi implementado o Plano Urbanístico de Boa Vista, promovido pelo engenheiro Darcy Aleixo Derenusson. Esse foi o primeiro projeto voltado à capital de Roraima, que na época era o Território Federal do Rio Branco (Souza, 2015).

O Plano Diretor vigente em Boa Vista, regulado pela Lei Complementar nº 924/2006, encontra-se atualmente em processo de revisão desde janeiro de 2023. Essa atualização demonstra a pertinência do tema, devido a sua relevância na atualidade (Boa Vista, 2023).

Ainda que tenha nascido como uma cidade planejada em 1944, atualmente, após 81 anos do primeiro planejamento, a capital enfrenta

problemas com ocupações espontâneas e irregulares, que são inadequadas para o meio ambiente saudável. Tal realidade ocorre porque, como conceitua Silverol (2019), o crescimento demográfico foi, e ainda é, um dos elementos preponderantes na intensificação das ocupações desordenadas relacionados à expansão acelerada do espaço urbano.

Dessa forma, o poder público, prevendo o crescimento populacional, deve implementar ações para fazer cumprir o planejamento urbano conectado com as diretrizes do ordenamento jurídico ambiental vigente. E é em torno desse panorama o enfoque do presente estudo. Ante esta conjuntura, foi delimitado como objeto de análise a importância das faixas marginais de Áreas de Preservação Permanente - APPs de Boa Vista.

Nesse prisma, será abordada a inovação legislativa Lei Complementar nº 25 de 2024, que se trata do Código Ambiental Municipal de Boa Vista – CAMBV. Houve uma alteração que estabeleceu uma metragem reduzida das faixas marginais de perímetro urbano para ocupações consolidadas em APPs no município (Boa Vista, 2024). A partir dessa normatização, é possível inferir a insuficiência do Estado em conter a problemática. Isso porque o poder público limitou-se apenas a legitimar essas ocupações, tornando-as regularizadas para fins técnicos ignorando o compromisso com os princípios da sustentabilidade em harmonia com planejamento urbano e o meio ambiente.

A problemática da pesquisa se sustenta na necessidade de conservação ecossistêmica, sob pena de acentuar crises ambientais e reduzir ainda mais a qualidade de vida nas cidades. Os resultados obtidos com o estudo devem apontar o confronto entre direito fundamental à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente, que constituem uma relação conflitante de interesses sociais. Ao analisar os impactos das novas diretrizes instituídas, será possível constatar a sensível modificação da realidade fática do município, bem como a inconstitucionalidade das normas em comento, que estão em desacordo com preceitos legais, decisões judiciais e princípios ambientais.

A análise realizar-se-á a partir de revisão bibliográfica-documental, artigos, doutrinas e material de cunho científico disponibilizado na internet. Trata-se de um estudo de caráter exploratório no que tange ao levantamento de ações do Órgão do Ministério Público do Estado. Visa-se um propósito descritivo, uma vez que proporcionará uma nova visão acerca

da temática já conhecida. Quanto à abordagem, será utilizada a qualitativa, assim como os procedimentos e técnicas acima mencionados.

A pesquisa organiza-se em três perspectivas sobre o tema. Inicialmente, procedeu-se à contextualização dos conflitos persistentes, examinando as tensões entre o direito à moradia digna e as abordagens adotadas pela administração municipal, destacando as contradições entre as demandas por moradia digna e as práticas institucionais. Na sequência, examina-se o alcance das recentes alterações normativas, avaliando seus desdobramentos tanto no campo ambiental, quanto no ordenamento jurídico, mediante análise comparada de dispositivos legais e jurisprudenciais. Por fim, o terceiro capítulo dedicou-se à avaliação crítica das políticas públicas implementadas, propondo reflexões construtivas e alternativas de ação frente à complexidade da problemática em exame.

1. O PROCESSO DE OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE URBANAS E A RESPOSTA DO ESTADO NA (DES) PROTEÇÃO NO MUNICÍPIO AMAZÔNICO DE BOA VISTA - RORAIMA

Sobre o contexto histórico da formação do município amazônico de Boa Vista, espaço este que é o centro do estudo deste trabalho, é importante observar que a capital do estado de Roraima teve seu desenvolvimento do espaço urbano caracterizado por dois momentos distintos. No primeiro, observou-se uma ocupação populacional lenta, compreendendo seus 100 (cem) primeiros anos de existência. No segundo, a cidade se firmou, impulsionada principalmente por um forte projeto de povoamento, trazendo circunstâncias que modificariam definitivamente os traços urbanos da capital (Silva, 2015).

Conforme aponta Veras (2012), o consequente aumento populacional alterou, em grande parte, a configuração socioespacial da cidade de Boa Vista, visto que nem todos tinham onde morar, levando-os a ocupar irregularmente terrenos em áreas ambientalmente frágeis, principalmente próximo a lagos e igarapés da capital. Esse processo ocupacional não foi acompanhado por um planejamento urbano adequado, de modo que a acomodação se deu com desrespeito às faixas de proteção. Isso resultou na construção dos mais variados tipos de moradia às margens desses afluxos, ou seja, em APPs.

Urge mencionar que o processo de urbanização se intensificou no Brasil a partir da segunda metade do século XX. Não é, portanto, uma particularidade de Boa Vista, mas sim parte do processo de desenvolvimento de vários estados amazônicos (Silva, 2015). Adicionalmente, Melo (2023) alerta que outro ponto relevante no aumento populacional e no consequente desarranjo urbano da cidade está relacionado à questão migratória que aflige a capital de Roraima, trazendo ainda mais desafios para o planejamento urbano municipal.

Em Boa Vista, grande parte da densidade demográfica está concentrada na região oeste. Isso gera, por consequência, a precarização da situação de moradia dessa população menos favorecida, que se vê obrigada a ocupar lugares impróprios para habitação, sem mesmo se atentar às áreas de proteção ambiental, estando grande parte dos imóveis em situação irregular (Menezes; Costa, 2007).

Segundo Melo (2023), tal situação não é vista na região leste da capital, por exemplo, uma vez que conta com melhor infraestrutura. Além disso, é a região que concentra a população com maior nível de renda entre as demais do município amazônico em estudo.

O problema relatado quanto à ocupação espacial nas áreas de proteção ambiental é evidente. Sendo, pois, necessária a aplicação de medidas acautelatórias eficazes e capazes de promover o adequado enfrentamento desse complexo problema, dado que tais ações prejudicam o espaço ambiental natural (Oliveira Júnior, 2014). Diante disso, cabe principalmente ao poder público municipal tomar providências para conter esses danos, justamente por ser premissa constitucional em seu art. 30, VIII, que o município promova um ordenamento territorial planejado e a proteção ambiental urbana por meio de medidas que evitem ou minimizem os efeitos das referidas ocupações (Brasil, 1988).

1.1. As ocupações irregulares e o tratamento estatal

O direito a uma moradia digna é assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, sendo tratado no capítulo que versa sobre a política urbana como forma de garantir o bem-estar social dos habitantes, frente ao desenvolvimento e a função social das cidades. Para Ignácio (2019), esse direito constitucional tem por fonte a Declaração Universal dos Direitos Humanos, podendo ser classificado

como um dos direitos fundamentais aos seres humanos, mas não só; é também uma espécie de direito econômico, social e cultural.

Reiteram Menezes e Costa (2007) que, por se tratar de um direito fundamental, é dever do Estado Brasileiro fazer cumprir o disposto no texto constitucional, principalmente aos menos favorecidos. No entanto, isso nem sempre ocorre. Essa demanda está entre as várias formas de desigualdade social escancaradas no país, pois a precariedade de condições adequadas para a saudável vivência da população esbarra também na escolha do lugar de habitação. Em muitos casos, essa população se vê obrigada a ocupar espaços inadequados para se abrigar, como as APPs, indo de encontro ao direito a um meio ambiente equilibrado, que também é direito de todos.

Dessa forma, faz-se necessário pressionar o poder público municipal a fim de promover as regulamentações já impostas, de acordo com a norma jurídica. Esse poder deve obedecer ao princípio da legalidade e promover ações voltadas para o planejamento e desenvolvimento da cidade, garantindo aos populares as prerrogativas atinentes ao princípio da dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988). Tudo isso com vistas ao cumprimento das premissas constitucionais.

Ultrapassando essa reflexão, segundo Menezes e Costa (2007), o processo acelerado de urbanização de Boa Vista fez surgir novos bairros, muitos deles por iniciativa governamental ou imobiliária. Contudo, nesse processo também se incluem as ocupações ilegais, popularmente conhecidas como invasão, seja em áreas públicas ou privadas. Urge destacar que há fatores que tornam esse processo ainda mais complexo, principalmente o fato de a população encontrar respaldo, assim como estímulo em anos eleitorais, oportunidade em que candidatos facilitam a demanda por moradia, sem preocupação alguma com o meio ambiente ou com o mau uso dos recursos naturais em espaços urbanos.

Nesse contexto, ao se tratar do novo CAMBV, objeto de estudo deste trabalho, e mormente a redução da faixa marginal de APPs, percebe-se que o que já era um problema ante ao crescimento desordenado da capital e a consequente habitação de pessoas em áreas de proteção ambiental pode piorar ainda mais a situação dessas reservas. Da análise da nova legislação, pode-se notar uma possível legalização de tais habitações irregulares por parte do poder público municipal, indo de encontro à legislação

federal, por exemplo, que é a normativa a ser seguida pelos demais entes federados (Boa Vista, 2024).

A capital possui uma legislação capaz de regular a complexidade que envolve a questão ambiental relacionada à habitacional. A própria Lei Orgânica Municipal, que trata da organização e política da capital, determina a elaboração de outras legislações mais específicas para melhor regulamentação da questão urbanística, como o Plano Diretor Estratégico e Participativo, além de leis que versem sobre parcelamento do solo e uso e ocupação do solo urbano (Boa Vista, 1992).

Apesar de tais obrigações impostas pela Lei terem sido cumpridas, observa-se uma negligência por parte do ente, uma vez que, mesmo quando o município aplica a sua legislação, isso ocorre de forma descontínua e pouco eficaz. Ou seja, a municipalidade não exerce seu poder de polícia contra essas atividades ilegais, demonstrando a convivência do poder público contra um problema tão emergente e prejudicial a toda população (Menezes; Costa, 2007).

A questão omissiva do município já foi objeto de demandas judiciais, sendo ensejada principalmente pelo Ministério Público do Estado de Roraima – MPRR, através da propositura de ações civis públicas.

Por meio de dados coletados junto ao Órgão, vislumbrou-se que o MPRR, por meio da Promotoria de Justiça e de Defesa do Meio Ambiente - 2ª Titularidade, entre 2020 e 2024, demandou a municipalidade em pelo menos 30 proposições judiciais, tanto em ações originárias de obrigação de fazer e não fazer, quanto em ações de cumprimento de sentença. Isso comprova a gestão omissiva do ente público municipal.

Um dos argumentos utilizados nas Ações Civis Públicas, uma delas sob número 0807877-82.2018.8.23.0010, que trata de obrigação de fazer e não fazer, bem como de danos morais coletivos, proposta pelo MPRR, é que a municipalidade tenta legitimar ocupações irregulares. Isto é, existe regulamentação jurídica impeditivas dessas ações, mas a gestão municipal opta por não cumpri-las. O *parquet* estadual aponta que a demolição administrativa representa uma medida eficaz contra a construção de moradias em APPs. No entanto, observou-se que os agentes municipais, em cumprimento de recomendações vindas do departamento jurídico do ente, não realizavam as demolições por receio de incorrer em abuso de autoridade, o que representaria, de pronto, um retrocesso ao meio ambiente

(Roraima, 2018).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça – STJ julgou o recurso especial nº 1.714.536/RJ, sob relatoria do Ministro Afrânio Vilelade, referente a um caso de dano ambiental por reforma e ampliação de imóvel em APP. No caso, o infrator fora notificado, mas a conduta delituosa foi continuada, afrontando, portanto, o poder público. Destacou-se que o agente não pode exercer por mão própria o que entende ser seu direito, quanto mais para violar bem jurídico ambiental que é objeto de especial proteção normativa. A decisão final do recurso determinou a demolição de parcela do imóvel que foi objeto de autuação, por ter sido construída em APP, bem como a subsequente restauração integral da área (Brasil, 2025).

Adicionalmente, outra questão relevante é a dos empreendimentos imobiliários, que necessitam da aprovação da Prefeitura do município para serem legalizados e, por vezes, também nascem em APPs. Para Oliveira Júnior (2021), embora sujeitos a inundações ou outros problemas ambientais, tais empreendimentos são autorizados a implementarem suas atividades, que visam o lucro, em detrimento do espaço utilizado. Tudo isso ocorre com aval do poder público municipal, mesmo com risco concreto ou potencial de degradação do ambiente natural, prejudicando, portanto, a cidade e os habitantes como um todo.

Em suma, os parâmetros do novo diploma legal em comento, onde consta a redução das margens em APPs, impõem riscos à vegetação nativa, recursos hídricos e ao solo. A partir da redução, a conclusão que se faz é que o município além de ir de encontro às normativas federais sobre meio ambiente, acaba agora por legalizar a construção de moradias em APPs. A nova legislação traz medidas bem abaixo dos 30 metros previstos no Código Florestal Brasileiro – CFB, o que será objeto de análise nos capítulos seguintes deste trabalho (Brasil, 2012).

1.2. Planejamento e gestão urbana em Boa Vista

Historicamente, a falta de rigor na aplicação das leis por diversos gestores públicos municipais de Boa Vista resultou em um espaço ambiental frágil. Desse modo, observa-se que sempre prevaleceu a ausência, o descaso e a conivência do poder público municipal frente às ocupações irregulares, trazendo consequências irreversíveis para o meio ambiente de forma geral. O gestor municipal tem conhecimento da legislação vigente,

ao passo que os moradores que habitam essas regiões, muito provavelmente, a desconhecem. Outrossim, os invasores, além de se escusarem dos ditames legais que protegem tais áreas, também não sabem dos riscos que correm ao morar nesses locais (Ignácio, 2019).

Noutro giro, os novos ditames trazidos pelo CAMBV podem promover segurança jurídica para a população, com a regularização das ocupações irregulares em áreas urbanas consolidadas. No entanto, essa medida carrega uma intrínseca contradição. Embora a intenção seja atender a uma demanda social premente por moradia e oferecer garantias legais a comunidades já estabelecidas, a concretização dessa política, sem o devido rigor técnico e ambiental, expõe o ambiente a condições desfavoráveis à sua preservação (Boa Vista, 2025).

Para tanto, a flexibilização de normativas protetivas e as modificações trazidas por ocupações irregulares podem acarretar inundações, avanço na deposição de resíduos, propagação de doenças, perda da vegetação, bem como da fauna da região. Essas consequências não se referem apenas a fatos de anos remotos, mas também a um período recente, resultado de um expansionismo urbano desordenado, sem planejamento e sem amparo legal no plano diretor da cidade. Logo, o que era para ser uma solução para a questão habitacional pode, assim, amplificar os desafios ecológicos e socioambientais já enfrentados pela cidade de Boa Vista (Galdino et al, 2019).

A capital Boa Vista, atualmente, passa por um processo de revisão do seu Plano Diretor. Essa normativa é composta por políticas públicas para o município, com destaque para a geografia, o aspecto urbano e os planejamentos para a cidade, sendo essencial para o bom desempenho da gestão urbana e territorial conduzida pelo Governo Municipal (Boa Vista, 2024). A intenção do Plano Diretor, quando construído ou revisado, é direcionar ações de melhoria no que se refere à condição e à qualidade de vida dos habitantes (Silva, 2015).

A prefeitura de Boa Vista disponibiliza, por meio eletrônico, em seu sítio oficial, uma aba específica para expor as tratativas referentes a remodelação do Plano Diretor, o qual tem como finalidade atualizar a legislação urbanística da cidade, de modo a atender as obrigações legais e as normas de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano. Na mesma aba, constam a agenda para reuniões comunitárias, os contatos para melhores

esclarecimentos, bem como as propostas e fases, revelando abertura para a participação popular como um todo (Boa Vista, 2024).

Com a remodelação do Plano Diretor, espera-se que a gestão municipal se atenha mais aos problemas socioambientais aqui presentes, bem como faça cumprir a legislação posta, de forma a coibir tais ações, principalmente de construção de moradias irregulares em APPs. Para Silva (2015), a preservação do ambiente natural é fruto de ações de múltiplos agentes, mas que deve ser coordenada pelo poder político, pois este possui capacidade técnica mais acentuada para definir os objetivos prioritários do município, com a participação de todos os cidadãos e demais entidades, governamentais ou não.

2. IMPACTOS DO CÓDIGO AMBIENTAL MUNICIPAL: ASPECTOS AMBIENTAIS E JURÍDICOS

O cerne da discussão trazida neste estudo consiste na elaboração de um panorama que possibilite a reflexão das repercussões geradas pela implementação do CAMBV de 2024. Dentre essas consequências, destaca-se o meio ambiente como principal alvo atingido, vez que a postura adotada pelo Estado perante intervenções em APPs afeta diretamente os esforços pela preservação ambiental.

Além disso, a Lei Complementar nº 25/2024 merece especial análise em comparação com a legislação federal vigente, de modo a compreender o que precedeu os novos parâmetros de faixas marginais de APPs, bem como apontar eventuais contradições dentro do ordenamento jurídico (Boa Vista, 2024).

2.1. Impactos no meio ambiente

A história da humanidade aponta que os primeiros assentamentos urbanos costumavam se estabelecer próximos às margens dos rios, aproveitando-se da facilidade do acesso aos recursos hídricos (Paes, 2021). Entretanto, nos dias de hoje, o que se constata é a consolidação de ocupações irregulares, as quais estabelecem um paradigma ecológico-social ao imporem, simultaneamente, a degradação de componentes ambientais essenciais e o impasse jurídico entre a garantia constitucional habitacional e o dever da proteção ecossistêmica (Colombo, 2007).

Diante dessa conjuntura, é cabível apontar neste estudo os vetores

de impacto ambiental inerentes a esse contexto. Para tal, cabe trazer inicialmente a Resolução nº 20 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama, a qual estabelece o impacto ambiental como sendo “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia decorrente das atividades humanas” (Brasil, 1986). Sob esta conceituação, serão abordadas as alterações que resultem em consequências que afetam direta ou indiretamente o meio ambiente.

Desse modo, o objetivo desta subseção é apresentar a degradação provocada em APPs urbanas de faixas reduzidas. Isso porque, a metragem estabelecida no CFB em seu inciso I do art. 4º é: “as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente [...] desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de 30 (trinta) metros, em zonas urbanas” (Brasil, 2012). Essa métrica, no entanto, foi redefinida através da alteração do CAMBV em estudo reduzindo as faixas para 10 e 15 metros (Boa Vista, 2024).

A regulamentação legislativa com foco nas faixas marginais de APPs se alicerça na importância de proteção dessas áreas e na quantidade e proporção dos impactos ambientais negativos que potencialmente podem ser gerados a partir da subversividade dos parâmetros estabelecidos. Sendo assim, torna-se pertinente versar sobre os danos que emergem desse cenário.

Em Boa Vista observa-se a consolidação de núcleos urbanos em torno de bacias hidrográficas – igarapés e rios. Essa realidade somente se concretizou em decorrência da degradação da vegetação local para dar lugar às instalações humanas, tal como ocorre em diversas ocupações das demais regiões (Ribeiro, 2018). Nesse ensejo, o primeiro impacto ambiental que merece destaque é, invariavelmente, a supressão da cobertura vegetal.

A vegetação da qual se trata é as denominadas matas ciliares, que, conforme conceituada por Barsano e Barbosa (2019, p. 88), entende-se como “qualquer formação vegetal natural situada às margens de cursos d’água [...] como as localizadas em APPs”. Essas formações vegetais, conhecidas por diversos nomes, como matas ciliares, matas de galeria e florestas ripárias, possuem características distintas, mas compartilham funções ecológicas semelhantes.

Elas atuam na proteção de corpos d'água, como rios, lagos, córregos e represas, por meio da manutenção da estabilidade geomorfológica das margens. Entre as principais funções dessa vegetação, há o destaque da proteção do solo e a influência no equilíbrio térmico da região (Araújo; Oliveira; Alves, 2015).

Em se tratando da proteção do solo, a remoção da vegetação modifica processos ecológicos e vulnerabiliza os corpos d'água à lixiviação (remoção de nutrientes do solo), levando à redução da biodiversidade e comprometendo serviços ecossistêmicos vitais para ambientes aquáticos (Aguilar Júnior; Parron; Ferreira, 2013).

A vegetação também regula o escoamento superficial e a infiltração da água no solo, principalmente levando-se em conta que tal regulação é prejudicada devido às grandes áreas de solos impermeabilizados, característica de zonas urbanas. Desse modo, essas impermeabilizações aumentam os casos de enchentes, inundações e alagamentos urbanos, assim, provocando também o assoreamento fluvial. Esse é um fenômeno natural de acúmulo de sedimentos nos leitos, mas que se intensifica por atividades humanas (Ribeiro, 2018).

Como as ocupações irregulares abrigam majoritariamente moradores em situação de vulnerabilidade socioeconômica, a problemática das inundações que ocorrem todos os anos na cidade de Boa Vista se torna um fator de risco humanitário no período de inverno devido aos alagamentos das APPs. Tal circunstância constitui, por isso, um fator relevante para exigir a atenção do poder público municipal (Oliveira Júnior, 2021).

Nesse passo, o processo de assoreamento – caracterizado pelo acúmulo de sedimentos (terra, pó, areia e rochas) no leito dos corpos hídricos – é intensificado tanto pelo lançamento de efluentes domésticos quanto pela interferência antrópica. Essa interferência introduz rejeitos, entulhos, lixo e outros detritos nos cursos d'água, o que compromete gravemente a qualidade da água ao reduzir a condição respiratória tanto de peixes quanto da fauna aquática e, potencialmente, causa mortandade de espécies aquáticas (Barsano; Barbosa, 2019).

Outro ponto a se mencionar é a respeito do escoamento superficial, que também depende do terreno pouco compactado para infiltração da água. Dessa forma, é a vegetação que desempenha o papel de proteção contra processos erosivos, uma vez que reduz a velocidade do escoamento

por meio da retenção física proporcionada pelas raízes e pela cobertura do solo, formada pela serrapilheira – camada de restos vegetais e animais (Castro; Castro; Souza, 2013).

Portanto, constata-se diante do exposto que há um encadeamento de impactos oriundos das ações de remoção da vegetação. Por todos esses fatores mencionados, espera-se que, quanto maior o recobrimento vegetal, menor seja a perda de solo.

Os cursos d'água, enquanto recursos naturais, são diretamente impactados pelas ocupações irregulares instaladas nas faixas marginais de APPs urbanas. Seus ecossistemas veem-se comprometidos não apenas pela supressão da vegetação ripária – cuja função ecológica como filtro natural de poluentes e barreira física contra impurezas é cientificamente reconhecida. O comprometimento estende-se também ao consequente aumento da concentração de contaminantes hídricos, situação que se agrava progressivamente conforme a remoção da cobertura vegetal avança (Rosa, 2010).

Dessa maneira, a poluição das águas é consequência majoritária de atividades antrópicas, sejam elas originadas de atividades industriais, domésticas, comerciais, agropecuárias, entre outras (Santos *et al*, 2012). Bem como, é considerada por Barsano e Barbosa (2019) uma degradação ambiental mais agressiva, pois, dependendo do potencial químico dos efluentes despejados, podem provocar a destruição acelerada dos recursos naturais.

Santos *et al* (2012) são firmes ao constatar que, atualmente, a poluição por efluentes domésticos é o maior problema a ser enfrentado no Brasil. Como uma característica dessa poluição, o aglomerado de partículas formado a partir dos sedimentos despejados pelo ser humano contribui para o aumento da turbidez da água. Nesse ínterim, observa-se que tais partículas bloqueiam a entrada de raios solares na lâmina d'água, interferindo na fotossíntese de plantas e vidas aquáticas. Essa ação reduz os teores de oxigênio do corpo hídrico e compromete toda a biodiversidade (Ribeiro, 2018).

Além da coleta e tratamento de esgoto, que são tidos como os mais óbvios métodos de mitigação da poluição aquática de efluentes domésticos preocupantes em ocupações irregulares, tem-se outro material com potencial contaminante: os tensoativos provenientes de detergentes e sa-

bões. É o intenso uso pela sociedade que confere esse potencial contaminante, uma vez que, segundo Santos *et al* (2012), a biodegradabilidade desses materiais não implica a ausência de impactos ambientais. Tal característica demonstra que esses tensoativos influenciam na eutrofização devido à presença de fosfatos em várias formulações de detergentes e na diminuição do oxigênio dissolvido.

Ademais, a contaminação por sedimentos provenientes de atividades humanas favorece a alteração da qualidade da água para seus múltiplos usos. Esse cenário compromete a situação de populações que utilizam esses recursos hídricos para abastecimento de suas atividades, sendo especialmente crítico para as que a têm como fonte exclusiva de consumo. Uma realidade frequente em algumas ocupações irregulares (Rosa, 2010).

Desse modo, a proteção das APPs auxilia na manutenção da qualidade da água, na conservação da diversidade biológica existente no corpo hídrico e na mitigação de riscos de desastres naturais. Essa proteção se aproxima do objetivo de harmonizar o desenvolvimento urbano com a proteção ambiental, visando proporcionar benefícios ao bem-estar das comunidades humanas e a saúde dos ecossistemas (Oliveira *et al*, 2024)

Em suma, esses foram os apontamentos acerca das consequências ambientais que a redução de faixas marginais impactam o meio ambiente com a permanência da urbanização em áreas de preservação. Diante da análise realizada, pode-se evidenciar que, além do que foi exposto, existem inúmeros outros impactos ambientais envolvidos nessa situação, principalmente devido à interligação entre as ações empregadas e o efeito sequencial dos fatores modificadores do meio ambiente.

Dessa forma, salienta-se que este estudo se concentrou em elencar os impactos principais e mais recorrentes em favor da análise da problemática imposta pela presente pesquisa. Logo, a análise detalhada de determinadas ocupações, com suas respectivas peculiaridades, caberá a um estudo separado.

2.2. Impactos no ordenamento jurídico

Para além dos efeitos lesivos ao meio ambiente, as implicações de ordem jurídico-normativa ganham espaço nesta discussão. Comparando o dispositivo objeto do presente estudo com a legislação federal, o posicionamento dos tribunais e a ordem constitucional, fica evidenciada a

necessidade da reflexão crítica dos consectários da flexibilização das delimitações das APPs.

O CAMBV, por meio do seu artigo 37, § 2º, redefine as faixas marginais das APPs de determinados cursos d’água, considerados integrantes de áreas urbanas consolidadas (Boa Vista, 2024). Considerando o uso predominantemente urbano, as áreas urbanas consolidadas devem obedecer a critérios definidos pela Lei nº 12.651/12, relacionados a infraestrutura básica capaz de garantir um padrão mínimo existencial aos ocupantes desses espaços (Brasil, 2012).

A referida lei municipal instaurou os seguintes parâmetros de APPs:

Tabela 1 - Faixas marginais definidas pelo novo CAMBV

Nome do Rio/Igarapé	Faixa marginal em perímetro urbano para áreas consolidadas
Igarapé Água de Cima	10 metros a partir da margem
Igarapé Carrapato	
Igarapé da Paca	
Igarapé do Frasco	
Igarapé Fogoiô	
Igarapé Jararaca	
Igarapé Mecejana	
Igarapé Mirandinha	
Igarapé Paraviana	
Igarapé Pricumã	
Igarapé Tauari	
Igarapé Tiririca	
Igarapé Uai	
Igarapé Waizinho	
Igarapé Caranã	
Igarapé Caxangá	
Igarapé Grande	

Rio Cauamé	15 metros a partir da margem
Rio Branco	

Fonte: Adaptado de Boa Vista, 2024.

As definições expostas acima consistem na redução das faixas marginais de APPs dos referidos cursos d'água. Essa redução é fundamentada na flexibilização trazida pela Lei nº 14.285/21, que incluiu no CFB (Lei nº 12.651/12), por meio do art. 4º, § 10, a previsão da possibilidade da atuação municipal no sentido de estabelecer limites distintos daqueles previstos pela normativa federal (Brasil, 2021).

Sobre a iniciativa municipal na elaboração da lei, há que se destacar a importância desse ente para a discussão e delimitação dos assuntos de interesse local, visto que é a unidade federativa mais próxima das necessidades do cidadão e a mais capacitada para a compreensão dos problemas e anseios de sua população. Nesse sentido, embora todos os entes federativos compartilhem uma política de ordenamento urbano, é importante “observar e respeitar o papel do Município em sua ampla missão de planejamento, implementação e execução de medidas em prol do interesse público e do metaindividual na circunscrição do seu território” (Oliveira Júnior, 2014, p. 19).

No entanto, uma vez regulamentada a questão das áreas de preservação permanente pelo legislador federal, há que se questionar os contornos da competência legislativa dos demais entes, a exemplo da flexibilização proporcionada pela Lei nº 14.285/21, atribuindo ao município a possibilidade de reduzir as faixas marginais das APPs, mediante o atendimento de critérios postos legalmente (Brasil, 2021).

Tal lei flexibilizadora foi, inclusive, alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.146/DF, na qual partidos políticos refutaram a viabilização de normas menos protetivas em âmbito municipal, se comparadas à legislação federal que valem para o país todo (Brasil, 2022).

Torna-se evidente a violação à ordem constitucional brasileira, uma vez que o artigo 24, incisos VI e VIII, da CRFB/88, dispositivos atinentes à Organização do Estado, preveem a competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito Federal acerca de temas relacionados à tutela do meio ambiente e responsabilização por danos ambientais. Por outro lado, o artigo 30 da Lei Maior institui aos Municípios a atribuição de “su-

plementar a legislação federal e a estadual no que couber” (Brasil, 1988).

Ou seja, a competência legislativa municipal é supletiva, limitando-se a adequar as normas federais para a realidade local, sem ferir os bens jurídicos nacionalmente assegurados. Nessa perspectiva, “os reflexos jurídicos que a APP dos cursos d’água nos espaços urbanos implicam são os mais diversos, dentre os quais se devem suscitar a questão da prevalência legislativa federal sobre o tema” (Oliveira Júnior, 2014, p. 20). A referida afirmação robustece a limitação da competência legislativa do município em relação à legislação federal.

Trata-se de direitos e garantias, tanto individuais quanto coletivos, assegurados constitucionalmente e que, frequentemente, são colocados em confronto, como explicitado nas seções anteriores. Esse conflito gera as mais diversas discussões no âmbito acadêmico, legislativo e jurisprudencial. Aqui, ressalta-se o direito ao meio ambiente e o direito à moradia como embate central desse conflito, motivando a análise da postura estatal diante de entraves que envolvem ocupações urbanas em detrimento da proteção ambiental.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser objeto de preocupação de todos os entes federativos na atualidade. O desenvolvimento nacional sustentável é um dos desafios mais relevantes no estabelecimento de políticas públicas, uma vez que se relaciona à salvaguarda da qualidade de vida das gerações atuais e futuras por meio da preservação dos recursos naturais existentes (Rodrigues, 2025). Contudo, o instrumento normativo municipal foco deste trabalho caminha na contramão das medidas protetivas do meio ambiente, tomando como base os impactos demonstrados no tópico 2.1 - *Impactos no meio ambiente*.

Analisando comparativamente, o CFB instituído pelo legislador federal prevê, em seu artigo 4º, incisos I e II, limites para as Áreas de Preservação Permanente, estabelecendo a largura mínima de 30 metros para as faixas marginais dos menores cursos d’água e lagos naturais (Brasil, 2012). Em clara transgressão à lei federal, o CAMBV estabelece faixas de 10 e 15 metros para rios e igarapés de Boa Vista, identificados nominalmente (Boa Vista, 2024).

A redução das faixas marginais em Boa Vista, capital do estado amazônico de Roraima, não é novidade. A Lei nº 2.247, promulgada em 22 de março de 2022, também estabelecia faixas de preservação menores para

determinados rios e igarapés, incluindo no antigo CAMBV o artigo 127-B (Boa Vista, 2022). A referida lei fora objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, na qual o Prefeito do Município de Boa Vista questionava a concordância com a ordem constitucional vigente (Roraima, 2024).

A corte declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 2.247/22, exaltando o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, ofendido pelo estabelecimento do padrão de proteção ambiental inferior ao da legislação federal (Roraima, 2024). Reconheceu também a insuficiência das faixas marginais reduzidas para garantir a proteção ambiental adequada (Roraima, 2024). Meses após o acórdão do TJRR, o novo CAMBV foi instituído, apresentando disposições semelhantes às outrora declaradas inconstitucionais (Boa Vista, 2024).

Tal declaração de inconstitucionalidade pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Roraima baseou-se no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e nas regras de competência legislativa, previstos também na Constituição Estadual (Roraima, 1991).

Diante do exposto, torna-se cristalina a inadequação do CAMBV, uma vez que afronta a ordem constitucional federal e estadual, a lei federal competente, bem como os princípios relacionados à preservação do meio ambiente equilibrado e aos direitos das gerações atuais e futuras à harmonia na interação entre o ser humano e o ambiente natural.

Nesse sentido, o 2º Titular da PJMA do MPRR realizou perante o Procurador-Geral de Justiça representação para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade do CAMBV, mencionando a contrariedade ao interesse difuso da coletividade e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a garantia do ambiente urbano saudável e da qualidade de vida (Roraima, 2025). De acordo com a manifestação do *parquet* estadual, o município, ao agir em desacordo com as legislações federal e estadual, instituiu lei inconstitucional (Roraima, 2025).

Corroborando os argumentos anteriormente aduzidos e destacando o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, bem como as tentativas anteriores da municipalidade em afrontar o meio ambiente por meio de leis mais brandas quanto às faixas marginais de APPs, o MPRR demonstrou que as legislações municipais que não tratam de assuntos estritamente de interesse local devem observar os parâmetros das esferas

estadual e federal, além de ressaltar a impossibilidade de o legislador municipal editar leis mais flexíveis em matéria de proteção e defesa ambiental (Roraima, 2025).

Dessa forma, a inconstitucionalidade da legislação em foco é inequívoca e já conta com a reação de órgão competente, por meio de averiguação em tramitação interna, para provocar a apreciação da inconstitucionalidade pelo judiciário roraimense, ratificando a evidente necessidade da discussão da problemática em favor da proteção ambiental.

3. REFLEXÕES PROPOSITIVAS PARA A GARANTIA AO DIREITO À MORADIA DIGNA E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Como supracitado, o direito à moradia e ao meio ambiente equilibrado são assegurados constitucionalmente. Isso se dá, respectivamente, através dos arts. 6º e 225 da CRFB/88, marcando a presença dos direitos em um seletor rol de direitos fundamentais (Citolin, 2014).

Nesse contexto, ainda que o direito à moradia tenha sido inserido no art. 6º como um direito social a partir da Emenda Constitucional nº 26/2000 (Mota; Andrade, 2021), destaca-se que já detinha repercussão como direito humano no âmbito internacional. Tal reconhecimento ocorreu tanto pela sua tipificação na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quanto pela sua inclusão na Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, realizada em 1996, que influenciou sua presença na Carta Magna (Rodrigues; Granziera, 2022).

Enquanto isso, a CRFB/88 dispôs sobre a responsabilidade da preservação ambiental, atribuindo-a não apenas ao Poder Público, como também à coletividade, evidenciando assim as primeiras preocupações com o meio ambiente à época (Rosa, 2011). Dessa forma, construiu-se o entendimento de que a disponibilidade de um meio ambiente equilibrado é essencial para a proteção da vida, por assegurar seu valor, dignidade e desenvolvimento pleno (Saldanha, 2016).

No caso da moradia, seu caráter fundamental se reflete em diversas razões, dentre elas sua essência como necessidade primária do homem, representando uma condição substancial para uma vida digna e um direito natural indispensável à saúde, à liberdade e à vida (Mota; Andrade, 2021).

Todavia, é importante destacar que o direito à moradia digna não se realiza de forma isolada, estando inserido no contexto mais amplo do

direito à cidade sustentável. Esse se concretiza por diversos meios, como o acesso à moradia, ao transporte, à educação e pela consideração da função socioambiental da propriedade (Campos, 2020). Nesse cenário, ao versar sobre as ocupações irregulares em APPs, emerge um dilema persistente: como conciliar, de maneira equilibrada, a coexistência desses dois direitos fundamentais?

Na visão de Citolin (2014), o Poder Judiciário, para dirimir o conflito, deve considerar as peculiaridades do caso concreto e, a partir do princípio da proporcionalidade, analisar elementos como convencionalidade e necessidade, a fim de avaliar detalhadamente o caso e oferecer a solução mais adequada para a lide. Ainda, segundo De Paula (2019), o princípio da sustentabilidade, como mecanismo de interpretação da estrutura normativa ambiental, fundamentado em compromissos internacionais e em preceitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento econômico ambientalmente responsável e o direito ao meio ambiente equilibrado, impõe à administração pública, em todas as esferas federativas, a obrigação de orientar suas diretrizes e políticas pela efetiva proteção do patrimônio ambiental público.

Noutro giro, Mota e Andrade (2021) sustentam a inviabilidade da diminuição da importância e aplicabilidade entre os direitos, considerando sua constitucionalidade e caráter fundamental. Por essa razão, em diversas ocasiões, a regularização fundiária de assentamentos irregulares localizados em APP mostra-se inviável diante do elevado grau de degradação ambiental verificado.

Apesar da relevância desses direitos, o Supremo Tribunal Federal – STF vem se manifestando de forma favorável à proteção das APPs. Exemplo disso são os julgados em que declarou inconstitucional norma estadual que autorizava construções em APPs (ADI 4988), negou recursos que invocaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade em favor do direito de propriedade (RE 1227621/11), e manteve decisões que determinaram a demolição de edificações irregulares em áreas protegidas (RE 605.482-AgR/SC e RE 1.217.407/RO), reafirmando a primazia do interesse público ambiental sobre interesses privados (Grangeia; Miguel, 2022).

Nesse prisma, considerando que o expressivo crescimento demográfico humano, as ações humanas e o crescimento econômico dos países impactam na degradação ambiental de forma acelerada (Rosa, 2011), tor-

na-se imperativa a adoção de medidas capazes de mitigar o conflito discutido ao longo deste tópico, visto que ambos os direitos são necessários para a promoção de uma vida digna.

Em primeiro plano, embora a conservação do ecossistema seja priorizada, é relevante destacar que a intervenção ou supressão de vegetação em APP pode ser feita através da regularização fundiária da ocupação irregular (Mota; Andrade, 2021). No entanto, conforme o CFB, essa flexibilização normativa deve atender a determinados requisitos. Para exemplificar, a intervenção deve ter prévia autorização e se dar nos casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto (Massadas; Calixto; Borges, 2022).

Em vista desse caráter excepcional, nota-se que, ainda assim, são necessárias políticas públicas, como a amplificação de programas habitacionais, que sejam capazes de atender à população vulnerável socioeconomicamente e que sirvam como prevenção a ocupações irregulares. Entende-se por políticas públicas, um conjunto de decisões que desenvolvem ações pertinentes, com finalidade específica e buscando atender a uma demanda coletiva (Mota; Andrade, 2021).

Nesse viés, a implementação de políticas públicas direcionadas à garantia do direito à moradia pode não apenas assegurar um direito fundamental, como também minimizar ou evitar danos ao meio ambiente. Urge destacar que a implementação isolada de políticas ambientais, desconsiderando a dimensão habitacional, tende a agravar simultaneamente os problemas socioambientais. A remoção de famílias sem a devida atuação integrada do Poder Público, por meio da oferta de habitação ou medidas equivalentes, resulta em vulnerabilidade social e possível reocupação de outras áreas protegidas, ampliando o risco de novos danos ambientais (Rodrigues; Granziera, 2022).

Além disso, a atuação dos municípios é essencial para a efetivação da legislação ambiental, especialmente na proteção das APPs, pois desempenham um papel essencial ao integrar, de forma decisiva, a estrutura de gestão territorial. Dessa maneira, devido à proximidade com as populações locais e ao conhecimento direto das dinâmicas e problemas ambientais específicos de cada região, os municípios tornam-se os primeiros a identificar e reagir diante de situações de degradação (Ferreira, 2019).

Nesse contexto, torna-se necessária a adoção de novos modelos de

fiscalização, bem como o aprimoramento da gestão dessas áreas. Isso se justifica pelo fato de que a ausência de planejamento e supervisionamento contribui para danos materiais e riscos à saúde e à vida das populações em áreas de ocupação irregular, sendo imprescindível que o poder público intensifique a fiscalização em conformidade com os parâmetros legais e fomenta estudos sobre os impactos das intervenções humanas no ambiente urbano, com vistas ao desenvolvimento de mecanismos mais competentes de controle e prevenção (Araujo, 2021).

À vista disso, é essencial que os municípios realizem fiscalizações eficazes para assegurar o cumprimento das normas ambientais e prevenir ocupações irregulares, riscos à saúde pública e danos ao meio ambiente. Tais ocupações, muitas vezes impulsionadas por fatores socioeconômicos, evidenciam a carência de políticas públicas preventivas, especialmente no campo habitacional. Assim, destaca-se a necessidade de programas que garantam moradia digna à população de baixa renda, promovendo justiça social e equilíbrio entre direitos fundamentais, interesses coletivos e individuais no espaço urbano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto neste estudo, torna-se perceptível que o estabelecimento do novo Código Ambiental Municipal pela Lei Complementar nº 25/2024, provoca intensas repercussões de ordem jurídica e ambiental, capazes de justificar o questionamento da adequação e conveniência da norma. Os impactos negativos advindos da redefinição das faixas marginais de APPs em determinados cursos d'água no município amazônico de Boa Vista, capital do estado de Roraima, expõem a vulnerabilidade socioambiental à qual a população está submetida.

Ao proporcionar a ampliação da intervenção em APPs, a esfera legislativa do ente municipal legaliza parte das ocupações já existentes às margens de determinados rios e igarapés, expondo à degradação, consequentemente, todo o ecossistema a eles relacionado. Assim, a questão envolve o confronto entre direitos constitucionais, em que a regularização das construções em regiões anteriormente protegidas, nas áreas urbanas consideradas consolidadas, se dá em detrimento do direito ao meio ambiente equilibrado, assegurado às presentes e futuras gerações.

A ausência de um planejamento urbano satisfatoriamente prepara-

do para lidar com a expansão urbana na capital de Roraima caracteriza a omissão da gestão municipal perante as dificuldades de alcance de moradias dignas pelos habitantes mais vulneráveis do município. Além da falta de preparação e gerenciamento em face do crescimento desenfreado das habitações irregulares, destaca-se a inércia da Administração Pública em interromper a sua propagação, por meio da medida administrativa de demolição de tais edificações, que seria a medida mais eficaz para enfrentar tal problema.

Ao invés de reajustar o planejamento urbano e fazer valer o poder estatal no combate às intervenções em APPs, Boa Vista, por meio do legislador municipal, optou por flexibilizar as normas protetivas ambientais. O que era pra ser uma garantia de moradia para muitos cidadãos acabou por se tornar um grande risco ao ambiente natural e, a longo prazo, ao bem-estar da própria população local, na medida em que os efeitos lesivos ao meio ambiente retornam à sociedade na forma de eventos danosos relevantes.

Somado a isso, o arcabouço jurídico-normativo pré-existente ganha especial destaque na análise do novo código ambiental, dado que a ordem constitucional, a legislação federal e o entendimento dos tribunais brasileiros caminham no sentido de coibir os retrocessos na seara ambiental, sendo incabível instrumento normativo que provoque regressão em matéria de proteção ao meio ambiente.

Em face do exposto, o presente trabalho buscou realçar os embates que surgem não somente no âmbito legislativo, como também no campo dos direitos fundamentais dos indivíduos, ao se perpetuar as ocupações irregulares em APPs. Além disso, restou evidente que o dilema entre o meio ambiente e a moradia, isto é, entre o coletivo e o pessoal, pode ser solucionado diante de um Poder Público, por meio da apresentação de um planejamento urbano adequado, que ordene e discipline a ocupação do espaço, garantindo dignidade aos habitantes, sempre com o olhar voltado para a preservação de um meio ambiente equilibrado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR; Terencio Rebello de; PARRON, Lucília Maria; FERREIRA, Maria Teresa. *Análise da retenção de nutrientes agrícolas lixiviados para o lençol freático pela vegetação ripária*. In: Simpósio Brasileiro de

Recursos Hídricos, n. 20, 2013, Bento Gonçalves. Água, desenvolvimento econômico e socioambiental. Porto Alegre, RS: Associação Brasileira de Recursos Hídricos, 2013. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/alice/handle/doc/972418>. Acesso em: 07 jun. 2025.

ARAÚJO, Iraciara Santos de; OLIVEIRA, Ivanoel Marques de; ALVES, Ketiane dos Santos. *Silvicultura - Conceitos, Regeneração da Mata Ciliar, Produção de Mudas Florestais e Unidades de Conservação Ambiental*. Rio de Janeiro: Érica, 2015. E-book. p.63. ISBN 9788536521756. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788536521756/>. Acesso em: 06 jun. 2025.

ARAUJO, Kesya Garcia Lacerda de. *As construções irregulares em áreas de preservação permanente em zonas urbanas na cidade de Goiânia e o desrespeito ao meio ambiente equilibrado*. 2021. 54 f. Monografia Jurídica (Curso de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS), Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/3587>. Acesso em: 15 jul. 2025.

BARSANO, Paulo Roberto; BARBOSA, Rildo Pereira. *Meio Ambiente - Guia Prático e Didático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Érica, 2019. E-book. p.76. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788536532257/>. Acesso em: 23 jun. 2025.

BOA VISTA. Prefeitura de Boa Vista, 2024. Disponível em: <https://boavista.rr.gov.br/plano-diretor/agenda>. Acesso em: 19 jun. 2025.

BOA VISTA (Roraima). *Lei Complementar nº 25, de 07 de Novembro de 2024*. Dispõe sobre o código ambiental do município de Boa Vista e revoga a Lei Complementar Nº 513/2000. Diário Oficial do Município de Boa Vista, 18 de Novembro de 2024. Disponível em: https://sapl.boavista.rr.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2024/4566/lei_complementar_no25_de_07_de_novembro_de_2024-exe-_dom_6233.pdf. Acesso em: 14 mai. 2025.

BOA VISTA (Roraima). *Lei Ordinária nº 2.247, de 22 de Março de 2022*. acrescenta na lei nº 513 de 10 de abril de 200 o parágrafo 2º do art. 127 e arts. 127a e 127b que dispõe sobre políticas de proteção, do controle e proteção do meio ambiente e da melhoria da qualidade de vida de boa vista e dá outras providências. Diário Oficial do Município de Boa Vista, 28 de Março de 2022. Disponível em:

dores-_dom_5592.pdf. Acesso em: 14 mai. 2025.

BOA VISTA (Roraima). *Lei orgânica do Município de Boa Vista nº 037, de 11 de Julho de 1992*. Disponível em: <https://www.boavista.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/04/Lei-Organica-do-Municipio-Boa-Vista.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2025.

BOA VISTA (Roraima). *Revisão do Plano Diretor Estratégico e Participativo de Boa Vista e Legislação Urbanística Complementar: Produto 1 – Plano de Trabalho*. Boa Vista: fev. 2023. Disponível em: <https://boavista.rr.gov.br/plano-diretor/produtos>. Acesso em: 14 mai. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2025.

BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 25 mai. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 14 mai. 2025.

BRASIL. *Lei nº 14.285, de 29 de dezembro de 2021*. Altera as Leis nos 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, 11.952, de 25 de junho de 2009, que dispõe sobre regularização fundiária em terras da União, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, para dispor sobre as áreas de preservação permanente no entorno de cursos d'água em áreas urbanas consolidadas. Brasília, DF: Senado Federal, 30 dez. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14285.htm. Acesso em: 11 mai. 2025.

BRASIL. *Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 20, de 18 de junho de 1986*. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Diário Oficial da União: Brasília, 1986. Disponível em: https://conama.mma.gov.br/?option=com_sisconama&task=arquivo.download&id=745. Acesso em: 06 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.714.536/RJ. Relator: Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 4 fev.

2025, Diário de Justiça Eletrônico em 10 fev. 2025. Disponível em: / https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701344448&dt_publicacao=10/02/2025. Acesso em: 19 jun. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.146/DF*. Decisão Interlocutória. Lei nº 14.285, de 2021, que altera o novo Código Florestal, dentre outras normas. Eventual violação ao regime de legislação concorrente e aos princípios que regem a proteção ao meio ambiente. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília, 27 abr. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6387022>. Acesso em: 25 jun. 2025.

CAMPOS, Gustavo de Menezes Souza. *O direito a cidades sustentáveis e a ocupação de áreas de preservação permanente em áreas urbanas consolidadas para fins de moradia*. 2020. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/17788>. Acesso em: 12 jun. 2025.

CASTRO, Martha Nascimento; CASTRO, Rodrigo Martinez; SOUZA, Patrícia Caldeira de. A importância da mata ciliar no contexto da conservação do solo. *Revista UniAraguaia*, v. 4, n. 4. Local, 2013. Disponível em: <https://sipe.uniaraguaia.edu.br/index.php/REVISTAUNIARAGUAIA/article/view/172>. Acesso em: 07 jun. 2025.

CITOLIN, Eduardo Tonin. Ocupação irregular de áreas de preservação permanente e o direito fundamental à moradia. *Revista da AJURIS*, [S. l.], v. 41, n. 133, 2014. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/236>. Acesso em: 19 jun. 2025.

COLOMBO, Cliana Regina. *Ocupações irregulares em área de preservação é possível a convivência harmoniosa entre população de baixa renda e meio ambiente natural?*. Anais da Semana de Mobilização Científica. Pró-reitoria de Graduação - Universidade Católica do Salvador. 2007. Disponível em: <https://ri.ucs.br/items/ae561dce-87de-45ac-bdbb-b53982227bf7>. Acesso em: 07 jun. 2025.

DE PAULA, Rodney Pereira. *O direito de propriedade e a devida proteção às áreas de preservação permanente urbana – conflitos e controvérsias*. 2019. 118 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Santa Catarina, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.univali.br/handle/123456789/12345>.

lioteca.univali.br/pergamumweb/vinculos/pdf/Rodney%20Pereira%20de%20Paula.pdf. Acesso em: 20 jul. 2025.

FERREIRA, Rodrigo de Oliveira. O necessário olhar pelos municípios para as áreas de preservação permanente em zonas urbanas. *In: Congresso Internacional de Direitos Humanos*, 16, 2019, Campo Grande, Mato Grosso do Sul. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <https://cidh2019.word-press.com/grupos-de-trabalho-2/10-desenvolvimento-local-sustentabilidade-e-direitos-humanos/>. Acesso em: 15 jul. 2025.

GALDINO, Lúcio Keury Almeida; SILVA, Adriano Lucena da; LUZ, Gilcimar Maysonave da; PAULA, Gean Guilherme Ferreira de. Análise geo-histórica da ocupação humana e impacto ambiental no Igarapé Grande, em Boa Vista-RR. *Revista Geonorte*, v. 10, n. 36, p. 01-16, 2019. DOI: 10.21170/geonorte.2019.V.10.N.36.A01.16. Disponível em: www.periodicos.ufam.edu.br/index.php/revista-geonorte/article/view/6026. Acesso em: 15 maio. 2025.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz; MIGUEL, Alexandre. Direito à moradia x direito ambiental: um estudo de caso sobre o julgamento de ocupação de Área de Preservação Permanente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. *Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre*, Acre, v. 2, n. 2, p. 12-29, 2022. Disponível em: <https://periodicos.tjac.jus.br/index.php/esjudtjac/article/view/16>, Acesso em: 19 jun. 2025.

IGNÁCIO, Rozane Pereira. *Direitos à Moradia e à Preservação Ambiental em Boa Vista*. Coleção Comunicação e Políticas Públicas, v. 53. Elói Martins Senhoras, Maurício Elias Zouein (organizadores). Boa Vista: Editora da UFRR, 2019. Disponível em: <https://livros.ioles.com.br/index.php/livros/catalog/view/38/81/123-1>. Acesso em: 14 mai. 2025.

MASSADAS, Júlia; CALIXTO, Isabelle; BORGES, Henrique. Controvérsias ambientais e fundiárias em torno de intervenções irregulares em Áreas De Preservação Permanente. *Revista de Direito Notarial, Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo*, São Paulo, v.4, n.1, p. 118-144, jan./jun., 2022. ISSN: 2675-9101. Disponível em: <https://ojs-rdn.galoa.net.br/index.php/direitonotarial/article/view/57>. Acesso em: 11 maio. 2025.

MELO, Alexandre Soares de. Desafios da regularização fundiária urbana em Boa Vista - RR. *Anais do Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Públicas*, volume 5, 2023. Disponível em: <https://anepecp.org/ojs/index.php/br/article/view/51>. Acesso em: 11 maio. 2025.

MENEZES, Maria Ecilene Nunes da Silva; COSTA, José Augusto Vieira. Urbanização do setor sudoeste de Boa Vista-RR e implicações ambientais na microbacia Igarapé Grande-Paca. *Revista Acta Geográfica*, Ano I, vol.1, 2007. ISSN 1980-5772. Disponível em: <https://revista.ufrb.br/actageo/article/view/131/346>. Acesso em: 11 mai. 2025.

MOTA, Ana Clara Alexandre Alves; ANDRADE, Mariana Dionísio de. O posicionamento do TJCE sobre o direito à moradia para famílias de baixa renda retiradas de áreas de preservação permanente. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, São Paulo, v. 25, n. 42, p. 277-304, 2021. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/10218659.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2025.

OLIVEIRA, João Paulo de; PERINI, Brayam Luiz Batista; VIEIRA, Celso Voos; FRANCA, Priscila Ferraz; MAIA, Bianca Goulart de Oliveira. Estudo das áreas de Preservação Permanente de microbacia em Joinville/SC visando a regularização das ocupações pela legislação municipal. *Revista de Gestão e Secretariado*, [S. l.], v. 15, n. 7, p. e4022, 2024. DOI: 10.7769/gesec.v15i7.4022. Disponível em: <https://ojs.revistagesec.org.br/secretariado/article/view/4022>. Acesso em: 19 jun. 2025.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zedequias de. Áreas de Preservação Permanente Urbana dos Cursos D'água: responsabilidade do poder público e ocupação antrópica à luz do novo código florestal e seus reflexos jurídicos. Curitiba: Editora Juruá, 2014. Disponível em: <https://www.juruua.com.br/bv/conteudo.asp?id=23608&pag=1>. Acesso em: 14 mai. 2025.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zedequias de. *Espaço protegido: uma discussão a partir da Área de Preservação Permanente ripária do rio Cauamé na área de expansão urbana de Boa Vista-Roraima* / Zedequias de Oliveira Júnior. Boa Vista, 2021. 227 f. : il. Inclui Apêndices. Orientador: Prof. Dr. José Frutuoso do Vale Júnior. Coorientador: Prof. Dr. Edson Damas da Silveira. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Roraima, Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais. Disponível em: <http://repositorio.ufrb.br:8080/jspui/handle/prefix/835>. Acesso em: 14 mai. 2025.

PAES, Gabriel. Ascensão e queda ecológica das civilizações. *Revista Relações Exteriores*. 2021. Disponível em: <https://relacoesexteriores.com.br/queda-ecologica-civilizacoes/>. Acesso em: 28 jun. 2025.

RIBEIRO, Rafaela Lucena. *A degradação da mata ciliar no Rio Salgado em Lavras da Mangabeira - CE: a invasão urbana e seus efeitos devastadores*.

dores / Rafaela Lucena Ribeiro. Cajazeiras, 2018. 45f. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Henrique de Melo Brandão. Monografia (Licenciatura em Geografia) UFCG/CFP, 2018. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/7458>. Acesso em: 06 jun. 2025.

RODRIGUES, Albert Silva; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. O papel do poder público na tutela do meio ambiente e da moradia digna: assentamentos irregulares situados em Áreas de Preservação Permanente (APP). *Revista Eletrônica Leopoldianum: Estudos e Comunicações da Universidade Católica de Santos*, Santos, v. 48 n. 135, p. 7-19, 2022. ISSN 0101-9635. DOI: <https://doi.org/10.58422/releo2022.e1315>. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/1315>. Acesso em: 20 jun. 2025.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Coleção Esquematizado: Direito ambiental / Pedro Lenza (coord.). 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva Jur, 2025. E-book. ISBN 9788553628209. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553628209/>. Acesso em: 09 mai. 2025.

RORAIMA. *Constituição do Estado de Roraima*. Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. Boa Vista - RR, 31 dez. 1991. Disponível em: <https://al.rr.leg.br/wp-content/uploads/2021/08/Constituic%CC%A7a%C-C%83o-Estadual-ate%CC%81-a-Emenda-Constitucional-n.-075-Redac%CC%A7a%CC%83o-Final-09.03.21.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2025.

RORAIMA. Ministério Público Estadual. *Ação Civil Pública de obrigação de fazer e obrigação de não fazer c/c indenização por dano moral coletivo*. Promotor de Justiça Zedequias de Oliveira Júnior - 2º Titular da Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente. Boa Vista - RR, 27 jul. 2018.

RORAIMA. Ministério Público Estadual. *Representação ao Procurador-Geral de Justiça para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Promotor de Justiça Zedequias de Oliveira Júnior - 2º Titular da Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente. Boa Vista - RR, 04 jun. 2025.

RORAIMA. Tribunal de Justiça de Roraima (Tribunal Pleno). *Embarcos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 000934-17.2022.8.23.0000*. Voto. Relator Desembargador Ricardo Oliveira. Boa Vista - RR, 02 set. 2024. Disponível em: https://sapl.boavista.rr.leg.br/media/sapl/public/anexonormajuridica/2022/7/adi_-9000934-17.2022.8.23.0000-_lei_2.247-2022.pdf. Acesso em: 25 jun. 2025.

ROSA, Mardióli Dalla. A relevância ambiental das áreas de preservação permanente e sua fundamentação jurídica. *Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas*, Macapá, n. 3, p. 83-95, 2011. ISSN: 2177-1642. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/planetaamazonia/article/view/531/341>. Acesso em: 19 jun. 2025.

ROSA, Mardióli Dalla. *Fundamentos jurídicos das matas ciliares e sua importância na tutela jurídica dos cursos d'água*. 101 f. Orientador: Prof. Dr. Alindo Butzke. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade de Caxias do Sul, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/527>. Acesso em: 19 jun. 2025.

SALDANHA, Evely Bocardi de Miranda. *A atuação do Ministério Público diante do conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, nas áreas de Preservação Permanente Urbanas em Cáceres-MT*. 2016. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2016. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/9557>. Acesso em: 18 jun. 2025.

SANTOS, Sonia dos; OLIVEIRA, Luciana Camargo de; SANTOS, Ademir dos; ROCHA, Julio César; ROSA, André Henrique. *Poluição aquática*. In: Meio ambiente e sustentabilidade / Org.: André Henrique Rosa, Leonardo Fernandes Fraceto, Viviane Moschini-Carlos. Porto Alegre: Bookman, 2012. E-book. p.33. ISBN 9788540701977. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788540701977/>. Acesso em: 22 jun. 2025.

SILVA, Rildo Dias da. *Duas décadas de autonomia política: estudo de caso sobre as políticas públicas de gestão ambiental urbana no município de Boa Vista/Roraima no período de 1990 a 2010 e suas repercussões para o desenvolvimento regional*. / Rildo Dias da Silva. – 2015. 487 f. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Ernesto Filippi. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Porto Alegre, BR-RS, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/116632>. Acesso em: 12 mai. 2025.

SILVEROL, Aline Carneiro. *Cidade e Sustentabilidade*. In: Geografia urbana [recurso eletrônico] / Org.: Aline Carneiro Silverol; Gabriela Rodrigues Gois; Jhonatan dos Santos Dantas e Mait Bertollo [revisão técnica]

ca: João Paulo Delapasse Simioni]. Porto Alegre: SAGAH, 2019. *E-book*. p.226. ISBN 9786556900964. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556900964/>. Acesso em: 24 jun. 2025.

SOUZA, Felipe Melo de. *A forma urbana do centro de Boa Vista/RR a partir das influências do primeiro plano urbanístico*. 2015. 105f. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufr.br:8080/jspui/handle/prefix/47>. Acesso em: 09 mai. 2025.

VERAS, Antonio Tolrino de Rezende; SOUZA, Vladimir de. Panorama Socioambiental do Igarapé Caranã, Boa Vista-Roraima (Overview socio-environmental of the Caranã stream, Boa Vista-Roraima). *Revista ACTA Geográfica*, Boa Vista, v.6, n.12, p.85-95, mai.-ago. de 2012. Disponível em: <https://revista.ufr.br/actageo/article/view/951>. Acesso em: 09 mai. 2025.

LIMITES PARA A COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO DAS CORTES INTERNACIONAIS QUANTO À DECISÕES JURISDICIONAIS

LIMITS TO UNDERSTANDING THE ROLE OF
INTERNATIONAL COURTS WITH RESPECT TO
JUDICIAL DECISIONS

LIMITES PARA COMPREENDER LA ACTUACIÓN DE LAS
CORTES INTERNACIONALES EN RELACIÓN COM LAS
DECISIONES JURISDICCIONALES

SUMÁRIO:

Introdução 1. Compreensão da atuação subsidiária das Cortes Internacionais de Direitos Humanos; 1.1 Princípio da subsidiariedade; 1.2 Soberania Estatal; 1.3 Exceções ao esgotamento de recursos internos; 1.4 Cláusula Federal; 2. Filosofia do Direito e o Direito Internacional; 2.1 Teoria voluntarista; 2.2 Teoria unitária; 2.3 Teoria unitária e o Direito Internacional; 3. Limitação da soberania pelos elementos de Direito Internacional Público; 3.1 Função contra majoritária do Poder Judiciário; 4. Exame sob os cânones da disciplina processual; 4.1. A sentença judicial como ato estatal de soberania; 4.2 Conceito de mérito da demanda; 4.3 Elementos identificadores das demandas, segundo o Processo; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O artigo pretende verificar, a partir dos cânones do Processo, a compreensão do princípio da vedação da quarta instância, delimitador do conhecimento de demandas pelas Cortes Internacionais de Direitos

Como citar este artigo:

BALEOTTI,
Francisco,
BAHDUR, Daniela.
"Limites para a
compreensão da
atuação das cortes
internacionais quanto à
decisões jurisdicionais".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 241-263.

Data da submissão:

04/10/2023

Data da aprovação:

03/10/2025

1. Universidade Estadual de Londrina - Brasil
2. Universidade Estadual de Londrina - Brasil

Humanos, em especial pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Verifica-se, a partir dos elementos do Direito Internacional dos Tratados, da adesão aos Tratados e dos limites impostos pela Carta Fundamental de cada Estado. A aplicação dos cânones processuais à atuação das Cortes Internacionais entende-se como possível, dada a atuação jurisdiccional, desenvolvido o processo judicial e sujeita às categorias gerais do Processo como método de atuação judicial para solução de conflitos.

ABSTRACT:

The article aims to examine, based on the canons of Procedural Law, the understanding of the *principle of prohibition of a fourth instance*, which limits the jurisdiction of International Human Rights Courts, particularly the Inter-American Court of Human Rights. This analysis is carried out through the elements of International Treaty Law, the adherence to Treaties, and the limits imposed by each State's Fundamental Charter. The application of procedural canons to the operation of International Courts is deemed possible, given their judicial nature, the development of judicial proceedings, and their subjection to the general categories of Procedure as a method of judicial action for conflict resolution.

RESUMEN:

El artículo pretende verificar, a partir de los cánones del Derecho Procesal, la comprensión del *principio de prohibición de la cuarta instancia*, que delimita el conocimiento de las demandas por parte de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, en especial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se verifica a partir de los elementos del Derecho Internacional de los Tratados, de la adhesión a los Tratados y de los límites impuestos por la Carta Fundamental de cada Estado. La aplicación de los cánones procesales a la actuación de los Tribunales Internacionales se entiende como posible, dada su actuación jurisdiccional, desarrollado el proceso judicial y sujeto a las categorías generales del Proceso como método de actuación judicial para la resolución de conflictos.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito processual; Direito internacional; fundamentos do direito;

sistema judiciário; Cortes internacionais.

KEYWORDS:

Procedural law; International law; Foundations of law; Judicial system; International courts.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Procesal; Derecho Internacional; Fundamentos del Derecho; Sistema Judicial; Cortes Internacionales.

INTRODUÇÃO

1. COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A atuação das Cortes Internacionais é limitada por princípios estabelecidos nos Tratados que as instituem e em seus Estatutos. Além desses limites, tem-se também aplicáveis princípios regentes do Direito Internacional à atuação das mesmas e, entre eles, apresenta-se o da subsidiariedade, emanado dos princípios da soberania e da igualdade (FEIJÓ, 2014, p. 47).

1.1 Princípio da subsidiariedade

Este impõe que a Jurisdição Internacional só pode atuar quando o Estado não oferecer ao indivíduo proteção suficiente e eficiente contra lesões a Direitos Humanos, como também estipula que às Cortes Internacionais não é dado rever ou cassar decisões internas emanadas do Judiciário de cada Estado (DE MEDEIROS, s.d., p. 84); quer-se dizer: à Jurisdição Internacional somente se permite atuar no sentido de verificar se a decisão emanada do Judiciário nacional conforma-se ou não aos ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos e ainda quando a pessoa já houver procurado proteção e reparação junto ao Estado sem sucesso (DE OLIVEIRA, s.d., p. 2).

Adira-se a isso o fato de que, entre as condições de admissibilidade das denúncias diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, encontra-se o esgotamento das instâncias internas dos Estados, como disposto no artigo 46.1.ºa da Convenção Americana de Direitos Humanos¹. Ou seja; nenhuma denúncia terá seu mérito admitido a julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sem que o denunciante tenha

antes se valido da jurisdição interna do Estado denunciado. Reforça tal constatação a alínea “b”, do inciso 1, do mesmo artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos². A conjunção de tais requisitos então nos traz a conclusão de que, além de se utilizar de todos os meios jurisdicionais internos disponíveis, o denunciante também deverá comprovar que a ofensa foi definitivamente apreciada pelo judiciário do Estado denunciado, tanto que o prazo prescricional para apresentação da denúncia se conta a partir do momento em que o denunciante tenha ciência da última decisão possível em relação à ofensa reclamada.

Essas condições de admissibilidade tornam patente que a jurisdição internacional somente pode atuar quando insuficiente a proteção oferecida internamente, quando omisso o Estado denunciado ou quando os meios que põe a disposição do denunciante sejam inexistentes ou inaptos a sua proteção e que a decisão interna apresentada não protege adequadamente o denunciante.

Ocorre que tal princípio não pode ser tomado de modo absoluto, ou seja, a limitação das Cortes Internacionais não pode ser entendida no sentido de que a pessoa tenha realmente procurado e percorrido todos os procedimentos possíveis e apontados pelo Direito interno de cada Estado, até sua última instância judicial, e que nesse sentido a decisão obtida seja definitiva – o que é patente na redação do inciso 2, do antes referido artigo 46 de Convenção Interamericana de Direitos Humanos³, que impute responsabilidade ao Estado denunciado por obstar injustamente o acesso do denunciante aos meios internos de jurisdição, eximindo-o de cumprimento efetivo das vias jurisdicionais internas.

1.2 Soberania Estatal

Como expressão da soberania dos Estados, como antes dito, tal princípio impõe aos denunciantes que cumpram certas condições para que possam recorrer à proteção internacional, como também impõe que a Jurisdição Internacional não possa atuar como juízo de revisão de decisões internas, nem de cassação das mesmas; assim se desenha o problema em discussão (RAMOS, 2016, p. 78-81).

Não fosse bastante o que acima se afirmou, o Brasil como Estado-parte de uma Convenção, em especial relativa ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, exarou anuência à relativização da sua soberania,

de acordo com art. 5º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁴. Tal dispositivo em combinação ao artigo 29 da Convenção Americana⁵ corrobora que a noção de historicidade dos direitos humanos não comporta a possibilidade de que as normas consagradoras de direitos desapareçam do ordenamento jurídico ou tenham seu escopo de proteção reduzido.

Vigora, portanto não só como princípio, mas de forma positivada a proibição do retrocesso.

Outra questão é a aquisição pelo indivíduo de personalidade internacional, para que possa efetivar esta condição de sujeito de direitos e obrigações (responsabilização pessoal) há o efeito colateral de um novo alargamento da relativização da soberania estatal.

A criação de sistemas regionais em coexistência e de caráter complementar aos direitos internos geraram estas características, que são a capacidade de extrair valores e compatibilizar ideias provenientes de fontes de produção diferentes, típicas da pós-modernidade jurídica.

1.3 Exceções ao esgotamento de recursos internos

No nosso caso a construção, não jurisprudencial mas interpretadora dos conceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, é realizada não somente através das sentenças prolatadas em casos concretos, mas também através das Opiniões Consultivas dirigidas à Corte, seja pelos Estados membros, seja pela própria Comissão. A exemplo da Opinião Consultiva nº 11/1990⁶, que trata das Exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos solicitada pela Comissão, a qual esclareceu quanto a interpretação de “impedimento de fato” para o acionamento do Sistema Interamericano em duas hipóteses: primeiro, em virtude da impossibilidade de acesso pela miserabilidade do requerente e; segundo, se inexistir advogado por temor a represálias. Nestas duas hipóteses há a possibilidade de acesso direto aos tribunais internacionais, pois há impedimento de fato de efetivação da Convenção.

Importante salientar a Opinião Consultiva nº 21/2014⁷, que além de tratar do questionamento principal em relação às crianças e adolescentes em situação migratória, afirmou a qualidade de normas paramétricas das opiniões consultivas para o controle de convencionalidade.

Não há a cassação de sentenças⁸ domésticas, mas o direcionamento internacional das futuras decisões, a fim de que o Estado, mesmo que só

em suas instâncias superiores, promova o controle de convencionalidade e não seja responsabilizado por decisões não convencionais de seus tribunais, além de ser obrigado a cumprir as recomendações preventivas dos organismos internacionais de reiteração/perpetração das ilicitudes correlatas.

O caso do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, julgado pelo Tribunal de São Paulo em outubro de 2018, está em desconformidade com a Convenção quando baseia a sentença na prescrição⁹ da pretensão punitiva, pois a família teria aguardado 22 anos para acionar o Estado de forma não justificada. Ocorre que os recursos internos ainda não foram esgotados e caso não decidam os tribunais superiores de forma diversa do acordão exarado, será este mais um caso a ser denunciado em desfavor do Brasil perante a Corte Interamericana.

Há ainda a considerar mais um elemento, a nosso ver fundamental para ampliar a compreensão da questão.

1.4 Cláusula Federal

O artigo 28 da Convenção Americana de Direitos Humanos institui a chamada “Cláusula federal” e, em seu parágrafo 1 estatui que, diante da Convenção o Estado parte será tomado como uma unidade, não sendo relevante a forma de sua organização política ou administrativa¹⁰.

Assim, não importa a origem da decisão lesiva a Direitos Humanos, se de natureza administrativa ou judicial; se da União ou de seus entes federados, a sua lesividade pode e deve ser examinada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não estando nenhuma destas decisões imunes a tanto, sendo também desimportante que se reconheça ou não a ela definitividade, pois, diante das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, o Estado é visto de forma unitária, sendo o governo central o responsável pela reparação da lesão ocorrida, pois, para a Jurisdição Internacional a decisão interna do Estado conforma-se em fato e fato lesivo a Direitos Humanos (RAMOS, 2016, p. 382).

2. FILOSOFIA DO DIREITO E O DIREITO INTERNACIONAL

Em relação ao Princípio da Igualdade aplicado à legitimidade jurídica dos tribunais internacionais cabe esclarecer a base científica desta obrigatoriedade, explicitada na filosofia do direito se analisadas tanto as Teorias de Hart (voluntarista ou da autolimitação) quando de Dworkin

(teoria unitária).

Herbert Hart analisou a questão da soberania no sentido de que o Estado soberano é um Estado dotado de autonomia e que o uso equivocado da soberania colocaria o Estado acima de quaisquer regras, acima da própria lei, se não fosse obrigado mesmo que de forma voluntária a submeter-se à ordem jurídica internacional (MARCONDES; STRUCHINER, 2017, p. 95).

2.1 Teoria voluntarista

A teoria voluntarista ou teoria da autolimitação, explicitada por Hart, “tenta conciliar a soberania (absoluta) dos Estados com a exigência de regras vinculantes do direito internacional, tratando todas as obrigações internacionais como se fossem autoimpostas pelos Estados, semelhantes às obrigações resultantes de uma promessa ou compromisso. Na verdade, essas teorias equivalem, no direito internacional, às teorias do contrato social na teoria política (HART, 2009, p. 289). A legitimidade do direito internacional e a necessidade de submissão dos Estados à ordem internacional estaria desta forma assentada dentro da filosofia do direito positivista preponderante.

A despeito desta doutrina consagrada, ousa-se aqui afirmar a visão de Ronald Dworkin como a teoria adequada para justificar a legitimidade dos tribunais internacionais. Para tanto, cabe salientar que a lógica dos tribunais internacionais não é a meramente positivista, mas a liberal. Na obra, “Levando os direitos a sério” a teoria unitária, que é uma teoria jurídica liberal, entendido o liberalismo de Dworkin baseado na igualdade e não na liberdade. Corresponde, portanto, aos ideais de uma teoria política particular, necessariamente liberal.

2.2 Teoria unitária

A teoria unitária faz jus aos ideais do liberalismo onde há justificativa de transferência parcial da soberania estatal para uma esfera internacional, sem o comprometimento da autonomia entre Estados e soberania no âmbito interno.

A razão de legitimidade dos tribunais internacionais não é exclusivamente jurídica e não obedece a lógica de direito interno, mas ordem jurídico-política, na medida em que justificadas pelo liberalismo intrínseco

em suas concepções.

Todavia, trata-se aqui de uma “nova” teoria do direito em substituição daquela dominante, qual seja, a hartiana (teoria da autolimitação).

Uma das crenças centrais do liberalismo é a de que indivíduos possuem determinados direitos e esses direitos não são dependentes do que a legislação lhes confere. Esses direitos são anteriores e independentes da lei, seriam “direitos naturais”, não no sentido metafísico clássico, mas de que eles não estão definidos por convenção e são referenciais de julgamento das leis. Se estas são boas ou ruins, justas ou injustas em critério não necessariamente utilitarista, mas se protegem ou não tais direitos.

Daí adviria a falha do positivismo puro e a necessidade de acoplamento da teoria política do liberalismo à teoria dworkiana do direito, de certa forma antiutilitarista. A teoria unitária se justifica, pois, “o maior bem possível para o maior número” não protege o indivíduo como se espera numa sociedade liberal, sendo o raciocínio utilitarista sozinho para o direito necessariamente violador de direitos, em especial na relação entre Estados e em defesa de indivíduos em violações estatais contra seus próprios nacionais de âmbito humanitário.

A base da teoria de Dworkin (2002, p. 23-72) é a união da linguagem política e jurídica dentro da sua concepção moral de política liberal, conformando-se assim na teoria aplicável à geopolítica atual que justifica a existência dos tribunais internacionais para além e a despeito das legislações internas dos Estados formadores da comunidade internacional.

Os tribunais internacionais nasceram justamente sobre a base política liberal dominante no século XX e são erroneamente interpretados sob a égide do positivismo clássico dos séculos XVIII e XIX.

A centralidade da tese dos direitos legitima o caráter e princípio de colaboração entre Estados, já consagrado no direito internacional em prol da manutenção do equilíbrio das relações e manutenção da paz. O peso moral dos objetivos políticos liberais, trazido pela tese dos direitos de se validar e justificar a própria existência do Estado e seu monopólio da força passa, necessariamente, na contemporaneidade, pela submissão aos tribunais internacionais, pelo crivo de parâmetros mínimos de governança e respeito aos direitos humanos, que pela sua

própria natureza, não se exaurem.

O cerne do liberalismo em Dworkin, ao contrário do que o próprio nome “liberalismo” possa indicar, não é a liberdade, mas a igualdade. Afirma ainda que não existiria nenhum direito à liberdade, mas à igualdade. O que se tem são liberdades, no plural, e cada uma delas se traduz em um direito específico, e não liberdade no geral.

O único direito geral que teríamos é o direito à igualdade, e este, central para o liberalismo, definido em duas manifestações: igual respeito e igual consideração. Igual respeito se traduz em implementar igual respeito diante do mesmo valor de cada ser humano; e igual consideração se refere ao modo de implementação de recursos e proteções sensível às diferenças para o alcance da igualdade de oportunidades.

Se um liberal, na visão de Dworkin, tivesse que fundar uma nova sociedade, deveria começar assegurando o direito fundamental de igualdade na distribuição dos recursos e na elaboração das leis.

Essa igualdade tem em consideração os diferentes objetivos dos indivíduos, uma distribuição que considere a valores morais individuais e capacidades dos indivíduos, pois o mercado e a democracia não seriam instrumentos perfeitamente igualitários, mas produzem distorções e não resultam em satisfação geral, nem sequer da maioria sem o reequilíbrio pelo direito.

A possibilidade de formar-se uma tirania da maioria e de um mercado em verdade desigualador precisa ser contido, para que não se tornem justos estes instrumentos liberais em instrumentos violadores da igualdade. Essa proteção contra o mercado e a democracia seriam um conjunto de direitos que não podem ceder, sob qualquer hipótese, para as metas sociais. Os direitos protetores dos indivíduos funcionariam como “escudos de proteção” para promover a igualdade através do mercado e da democracia, e não violá-la.

Aplicar, portanto, a teoria unitária de Dworkin para os tribunais internacionais se adequa justamente por ter sido criada com uma redefinição do liberalismo, ou o tipo de liberalismo ainda sustentável nos Estados Unidos e nos países europeus no pós guerra fria, e o fato de que grande parte dos tribunais internacionais são justamente implementações estadunidenses/europeias, como grandes arquitetos desta ordem jurisdicional internacional, embora nem sempre se submetam

às suas criações exatamente pela errônea ideia de necessidade de auto-limitação voluntária.

2.3 Teoria unitária e o Direito Internacional

A teoria unitária transposta para o direito internacional incorpora política e direito, fortalecendo os Estados como sujeitos de direito dentro do ordenamento em prol dos indivíduos que governam, em simultaneidade colaborador da igualdade entre Estados, a igualdade de Dworkin, protetiva e asseguradora de vocações diversas de cada Estado dentro de suas peculiaridades. Aqui não há qualquer voluntarismo, mas submissão à ordem internacional, incluindo os tribunais, para que todo o sistema da comunidade das nações se mantenha equilibrado. A vontade fora exarada pelo ente Estado quando aderiu aos organismos internacionais reguladores, e não poderia escolher rol específico de regras a que se submete sem promover um completo desequilíbrio de forças de natureza jurídica e geopolítica. Dworkin avança ainda na seara das intervenções humanitárias, que se justificariam a despeito das decisões dos órgãos de segurança das organizações internacionais, por se justificarem no princípio fundamental da igualdade como cerne da sociedade liberal, o que se demonstraria ainda mais gravoso e arbitrário que a própria discussão de subsunção aos tribunais internacionais.

Como núcleo chave do direito pós-moderno estão os Direitos Humanos como o ápice da limitação estatal efetivada pela responsabilização internacional. Não é, portanto, uma 4ª Instância somada às instâncias domésticas, mas sim a primeira e única instância, onde especialmente o Estado pode ser limitado internacionalmente, caso não possua capacidade própria de garantir dentro de seu território, por suas instituições, a observância aos direitos humanos; e, fora dele, caso promova, incite, financie, apoie ou estimule de qualquer forma a violação¹¹. A responsabilização é simplesmente o mecanismo de garantia da legalidade dos direitos domésticos expandido ao âmbito internacional.

3. LIMITAÇÃO DA SOBERANIA PELOS ELEMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Entretanto, há que se entender a questão diante dos ditames do Direito Internacional e aqui avulta a importância do Convenção de Viena

sobre o Direito dos Tratados. Dita Convenção afirma em seu artigo 26 o princípio *Pacta Sunt Servanda*¹² e, em seguida, o artigo 27 estipula o método de solução do conflito normativo ocorrente entre as normas de direito interno do Estado Parte e o Direito Internacional oriundo dos Tratados¹³.

Somadas, tais disposições compõem um quadro que nos parece assim desenhado: desde a ratificação do Tratado pelo Estado Parte encontra-se ele submetido às disposições do pacto, devendo cumpri-lo com estrita boa-fé - tome-se aqui boa-fé no seu sentido objetivo - e, também deve adequar seu Direito interno às disposições oriundas do mesmo Tratado (RAMOS, 2016, p. 381 e ZIPPELIUS, 1997, p. 87-88).

Tal quadro, em nosso sentir, nos permite verificar que a adesão de certo Estado aos pactos internacionais provoca, irremediavelmente, limitação da soberania deste Estado, não podendo ele atuar, inclusive produzindo norma interna, sem respeitar os parâmetros estabelecidos no Tratado.

Ora, tal entendimento se justifica na ideia de que a personalidade jurídica de Direito Internacional é atribuída ao Estado, ou seja, é o ente jurídico Estado aquele ao qual se imputa personalidade jurídica, e não a seus órgãos internos de exercício de poder, tanto é que a Convenção de Viena em seus artigos 2, “c”, “e” e “f” ; 6 e 7, “1” e “2”, referem-se continuamente a “Estado” e a sua representação, falando inclusive em “obrigar-se” e em “capacidade de se obrigar”, sem qualquer menção à forma de organização interna.

A conclusão a que chegamos corrobora-se no disposto no artigo 46 da mesma Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁴, posto que demonstra claramente que a adesão dos Estados aos tratados só pode acontecer na medida em que atuem dentro dos parâmetros estipulados por normas constitucionais, uma vez que estas são normas de “importância fundamental” e estipuladoras da competência para adesão e conclusão dos tratados por cada Estado.

Como bem esclarece Zippelius (1997, p. 85-86), a ideia de soberania ilimitada hoje não mais se justifica diante dos padrões atuais de Direito Internacional, conformando-se a soberania apenas e tão somente como ideia de igualdade de exercício dessa soberania no sentido de criar para si obrigações internacionais, vinculando-se validamente ao

cumprimento das mesmas, sem poder opor a isso seu direito interno.

3.1 Função contra majoritária do Poder Judiciário

De nossa parte temos ainda mais um elemento a acrescentar que, diante da necessidade de proteção aos Direitos Humanos avulta em relevância e esta se encontra na chamada “função contra majoritária” do Poder Judiciário.

Tal função - em termos simples - conforma-se na atribuição conferida ao Poder Judiciário, principalmente nas instâncias constitucionais, de proteção das minorias contra a vontade irrefreada da maioria e que se encontra na raiz do dever estatal de proteção e preservação dos Direitos Humanos, pois, como sabido com clareza solar, o exercício incontido do poder majoritário pode facilmente convolar em opressão, expondo as minorias até à eliminação; e cabe ao Judiciário, dentro de um Estado Democrático de Direito, justamente impor freios a tanto.

Logo, cabe ao Estado através da função judiciária de Poder atuar justamente garantindo proteção aos Direitos Humanos e, na medida em que se vincula validamente aos pactos internacionais, devendo atuar no sentido de conferir-lhes efetiva proteção judicial, expondo o exercício de tal função de poder aos ditos pactos; e isto irremediavelmente implica em redução de exercício da soberania estatal, inclusive no sentido de regular a maneira como interpreta e aplica o seu Direito interno, uma vez que não pode opô-lo aos pactos internacionais firmados¹⁵.

4. EXAME SOB OS CÂNONES DA DISCIPLINA PROCESSUAL

Antes de examinar a questão sob a ótica dos fundamentos do processo comum, é necessário rememorar alguns dos conceitos básicos de tal disciplina.

4.1. A sentença judicial como ato estatal de soberania

A sentença judicial, como decisão de conflitos, carrega consigo, e só poderia ser assim, conteúdo imperativo, com força impositiva para, não só às partes do processo, como para todos os demais.

É certo que, entre os atos de poder do Estado, encontram-se as decisões judiciais, tanto que, pela notória técnica da repartição de funções de poder do Estado, encontra-se a função judiciária, exercida pelo Poder

correspondente, a quem é incumbida a tarefa de solucionar os conflitos interindividuais e mesmo aqueles entre indivíduos e o próprio Estado, além dos interesses/direitos difusos.

A solução das contendas ocorridas na sociedade, após solucionadas, devem pautar-se obrigatoriamente pela decisão judicial que as examinou e apontou a solução considerada conforme o Direito interno vigente no Estado prolator da decisão, submetendo as partes envolvidas no conflito e impondo a todos o respeito a tal solução (LIEBMAN, 1985, p. 4).

Como diz Liebman (1985, p. 123),¹⁶

A sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado, para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente. Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam.

Não é por acaso que o instituto da “coisa julgada” tem dignidade constitucional e é elevado à categoria de garantia individual, pondo a salvo as pessoas abrangidas pela decisão de quaisquer modificações posteriores àquilo que a sentença judicial declarou ser o direito¹⁷.

Repare-se que o valor atribuído à decisão judicial é tão elevado que a Constituição Federal lhe reveste de imutabilidade após seu trânsito em julgado, limitando inclusive o Estado de a atingir por atividade legislativa, exercendo assim uma função de bloqueio da atividade legislativa, impedindo o seu exercício no que toca à decisão cristalizada.

Adira-se a isso a natureza de norma jurídica que reveste as decisões judiciais.

É clara a dicção legal de que a sentença judicial conforma-se em norma jurídica individualizada, como prescreve o art. 503, “caput”, do Código de Processo Civil¹⁸.

Tal disposição legal é de importância capital se somada à antes referida “cláusula federal” e da visão unitária do Estado, a justificar-se no

entendimento das cortes internacionais de a norma interna estatal ser apenas fato a ser considerado quando da verificação da responsabilidade estatal pela lesão a Direitos Humanos, e suporta o pensamento de que a existência de coisa julgada quanto à decisão interna em nada obsta o exame da responsabilidade do Estado quanto à ofensa, não isentando nem mesmo o exercício da função jurisdicional do exame de sua regularidade quanto a proteção aos mesmos.

4.2 Conceito de mérito da demanda

Antes de se pretender conceituar o que se chama “mérito” das demandas, é necessário um breve regresso ao que se convencionou designar “natureza jurídica do processo”. De parte a controvérsia acerca de tal noção, costumeiramente se designa o processo como uma relação jurídica que se estabelece entre as partes (autor e réu) diante do órgão estatal judicial (o juiz). Tal relação determina os âmbitos objetivo e subjetivo da eficácia da decisão judicial, ou seja, quais os limites dentro dos quais a decisão estatal de solução do conflito terá eficácia e se estabelecerá como o parâmetro jurídico a nortear dali em diante as relações entre as pessoas envolvidas no conflito solucionado.

Sabe-se que a autoridade da sentença como ato estatal e a coisa julgada que a protege somente pode ser apontada para as partes envolvidas na relação jurídica processual¹⁹, o que se denomina “limites subjetivos da coisa julgada”. Em relação àquilo que expressamente o juiz decide, ou sejam, as questões sobre as quais as partes debatem e que são objeto da decisão judicial designa-se “limite objetivo da coisa julgada” e que estabelece seu conteúdo material.

Esclarecendo, a decisão judicial somente atua em relação ao conflito levado a julgamento, pelas pessoas que são partes no mesmo conflito. Entretanto, o conceito de “mérito” da demanda, não é assim tão simples.

Não se conforma ele apenas nos fatos referidos pelas partes, mas envolve também o suporte jurídico dos mesmos, ou seja, a relevância jurídica de tais fatos, pois é assim que o juiz decidirá se houve ou não lesão ao bem jurídico reclamado pelo autor do pedido (ou da demanda), entendendo o pedido como procedente ou não.

Diz-se dessa qualificação jurídica dos fatos, feita pelo autor, “causa de pedir” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 777).

O mérito do pedido, portanto²⁰ conforma-se, segundo a melhor doutrina, naquilo que se costuma denominar “pedido” e de sua qualificação jurídica que se demonstram segundo os fatos levados a juízo e segundo a implicação jurídica dos mesmos. Ou seja, o mérito do pedido apresentado dentro do processo não se limita apenas aos fatos que se entendem ofensivos ao Direito; a lesão alegada deve ser demonstrada segundo as normas jurídicas vigentes e a esta implicação denomina-se comumente “causa de pedir”.

É imprescindível o exame do conceito de mérito nas decisões judiciais, posto que, como referido acima, é acerca dele que se forma a “coisa julgada” aderente àquelas²¹.

Tem-se, pois, que o conteúdo a que se deve prender a decisão judicial compõe-se não somente do fato lesivo, mas também das razões jurídicas que qualificam o fato como lesivo e, portanto, sua ilicitude. É quanto a isto que a decisão judicial deve prender-se e tornar-se definitiva.

Tem-se pois que a jurisdição estatal, ao decidir certo conflito, o faz segundo as normas de direito nacional (quicá, interno), aplicando à solução do conflito que lhe é apresentado tais normas do ordenamento nacional, ou seja, o Direito criado e aplicado pelo Estado do qual é órgão, não o fazendo com suporte nas normas do Direito Internacional, ou seja, o suporte jurídico da decisão não se encontra na normação alóctone, mas na normação autóctone, pois o mérito da demanda levado a julgamento conforma-se segundo a causa de pedir buscada nesta mesma ordem jurídica, ou seja, o direito nacional.

Neste ponto localiza-se principal distinção. Enquanto no plano da decisão judicial nacional se verifica a existência ou não de lesão à ordem jurídica interna e segundo as normas desta mesma ordem jurídica, no plano da decisão judicial internacional o que se verifica é se, segundo as normas do Direito Internacional oriundo das Convenções de Direitos Humanos, aquela decisão, como ato de força estatal, encontra-se conforme a elas, pois, como antes ressaltado, por consequência da Cláusula Federal, a decisão judicial é entendida como ato do Estado ofensor e, como tal, deve por ele ser suportada; tem-se, pois, que a distinção de mérito das causas afasta a oponibilidade da coisa julgada nascida da decisão nacional, não estando coberta por ela.

4.3 Elementos identificadores das demandas, segundo o Processo

Estabelecido o conceito de mérito e firmada a natureza da sentença judicial como ato estatal de soberania, é imprescindível que se elucide a questão relativa à identificação (individação) de cada demanda posta em juízo.

Segundo os doutrinadores, estes elementos são: as partes, o pedido e a causa de pedir. Poder-se-ia dizer, as demandas são identificadas segundo seus partícipes e seu mérito.

Tal entendimento é fulcral na discussão, pois nos possibilita entender a diversidade entre demandas que se dá entre aquelas postas sob a jurisdição nacional e a jurisdição internacional.

Como demonstramos acima, a decisão judicial interna opera entre as partes da demanda e não é diferente na jurisdição internacional, posto o caráter contencioso que aqui também existe, mas é justamente na percepção de tais elementos que se localiza a solução do debate.

Diferem aqui, em primeiro lugar, as partes. Diante da jurisdição interna, em se tratando de demandas cíveis, haverá um autor que poderá variar em sendo um particular ou o Estado e, no polo oposto da relação processual, isto se repete, podendo aí figurar tanto um particular como o próprio Estado; mas note-se que aqui se examina a questão unicamente sob o prisma dos conflitos instaurados em um plano exclusivamente individual.

Quando houver demanda de natureza penal, a situação se agrava, pois não se confere ao particular, salvo restritas situações em que se permite a atuação do particular no polo ativo desta natureza de ações judiciais²²; a titularidade da ação penal é reservada sempre ao Estado, através do Ministério Público e, ainda aqui, os conflitos permanecem sob o prisma individual.

Não é isso o que ocorre frente à jurisdição internacional, pois aqui isso não se repete; aqui teremos invariavelmente o Estado figurando no polo passivo da demanda instaurada, variando, conforme a corte, o polo ativo²³. Mas, note-se que somente terá legitimação passiva o Estado, assim, as partes diferirão. Em se tratando de demandas instauradas frente a jurisdição internacional, especialmente diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a vítima, quando muito, ocupará a condição de assistente litisconsorcial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, segundo o artigo 23, 1 do Regulamento da Corte²⁴, a quem é reservada a legitimação ativa para a propositura de demandas frente a Corte.

Logo, a decisão sempre se operará em relação ao Estado, como litigante passivo.

Também há que se ressaltar aqui a peculiar condição em que o Estado figura no polo passivo. Não ocupa ele apenas a condição de réu, mas também, considerando a natureza dos compromissos que assume ao referendar os Tratados, o Estado também terá a condição de interessado na reconstituição da ordem jurídica ofendida por seu ato, pois é ele também partícipe da comunidade internacional, sendo interessado na manutenção da ordem rompida pela lesão aos Direitos Humanos; então poder-se-ia dizer que, além de figurar no polo passivo da demanda, o Estado também ocupará a condição de terceiro interessado na reparação à vítima da lesão, devendo “assisti-la” na demanda, fornecendo-lhe inclusive apoio material e jurídico.

Veja-se que temos uma peculiar situação de formação da relação processual no plano internacional, onde o Estado ofensor, além de ocupar a condição de réu, deve também, por força da característica das obrigações assumidas nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, atuar no polo ativo, inclusive assistindo à vítima na obtenção da proteção pedida.

O interesse do Estado não é necessariamente vencer a demanda, exceto em casos em que poderá comprovar de forma cabal não haver qualquer violação de Direitos Humanos por ação ou omissão estatais. Situações estas que, na prática, já seriam solucionadas em apreciação da demanda pela Comissão Interamericana.

Portanto, caso o Estado tenha sido demandado pela Corte/Tribunal internacional, como no nosso caso em que é exarada uma sentença, é certo que já há elementos probatórios robustos para gerar não só uma nova postura estatal em relação às vítimas demandantes diretamente afetadas, mas também mudanças governamentais/administrativas como políticas públicas a serem adotadas e/ou aperfeiçoadas no futuro, com vistas a coibir qualquer reiteração de conduta violadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condenação estatal na esfera internacional, conforme explicitado, não é comparável ao processo doméstico, seja na esfera fática (mérito da demanda), seja na esfera jurídica.

Os tribunais internacionais são, em última instância, órgãos de aper-

feiçãoamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, por consequência, dos direitos fundamentais no âmbito interno. São auxiliares na interpretação legal e na fixação de parâmetros e limites de ação dos Estados não só em relação aos seus nacionais, mas em relação a qualquer indivíduo sob a sua jurisdição territorial.

Os argumentos trazidos perpassam explicações sobre a compreensão necessária da natureza dos tribunais internacionais, os fundamentos jusfilosóficos, a função do judiciário nacional e os cânones processuais domésticos e internacionais que corroboram a afirmativa inicial de que não há que se falar em “quarta instância” em processos internacionais.

São os tribunais internacionais que fixam, em âmbito global, parâmetros interpretativos, mesmo que quando vistos como terrenos alternativos de criação do direito. Criação significando subsunção das normas aos fatos, nos moldes do realismo jurídico, verdadeira forma de determinação do direito.

Isto, através de sentenças que devem ser executadas por seus próprios “condenados”, no caso de Estados-nacionais, numa confluência de forças em prol do desenvolvimento do direito para a manutenção da estabilidade das relações internacionais e consequente proteção do ser humano. Único “sujeito de direitos” que detém a qualidade de ser um fim em si mesmo, diferentemente do que ocorre com Tribunais, Estados, Organizações Internacionais e todas as outras ficções jurídicas criadas pelo ser humano e para o ser humano.

Assim, sem o abandono dos cânones processuais, restou demonstrado o papel dos Tribunais Internacionais no cumprimento do fim último justificador de suas criações, qual seja, a realização fática do direito internacional pactuado em concertação entre os Estados formadores da comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 4ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 23ª tiragem. São Paulo: Elsevier Editora, 2004.

DE MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **A execução das**

Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e execução das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional///index.php/API/article/view/3515/3637>. Acesso em: 31 jul. 2019.

DE OLIVEIRA, Diogo Pignataro. Aplicação das sentenças de Cortes Internacionais no Brasil: a busca pela efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Constituição e Garantia de Direitos**, v. 4, n. 2, p. 1-14. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicao-e-garantiadedireitos/article/view/4355/3554>. Acesso em: 31 jul. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. Teoria e a Prática da Igualdade. Tradução: Jussara Simões. 4ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEIJÓ, Camilla de Freitas. **O Princípio do Esgotamento de recursos internos no contencioso interamericano de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GALAMAGA, Adam. **Philosophie der Menschenrechte von Martha C. Nussbaum**: Eine Einführung in den Capabilities Approach. Marburg: Tectum Verlag, 2014.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. O direito talmúdico como precursor de direitos humanos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 856, 6 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7470>. Acesso em: 20 set. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 3ª reimpressão. Petrópolis: Editora Vozes.

Legislação de Direito Internacional. Organização: Aziz Tuffi Saliba 13. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LÜDERSSEN, Klaus. **“Daß nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerech-**

tigkeit ercheine” Schiller und das Recht Insel. Frankfurt am Main und Leipzig: Insel Verlag, 2005.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito:** de Platão a Frederick Schauer. 1ª reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Alberto. **Viagem ao Direito do Terceiro Milênio:** justiça, globalização, direitos humanos e tributação. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça:** deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

SCHNEIDER, Wolf. **Große Verlierer:** Von Goliath bis Gorbatschow. 2. Auflage. Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag, April 2007.

SEN, Amartya. **A ideia da Justiça.** 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos.** Brasília: FUNAG, 2013.

WEIL, Prosper. **O Direito Internacional no Pensamento Judaico.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1985.

ZIEGLER, Jean. **Das Imperium der Schande:** Der Kampf gegen Armut und Unterdrückung. 2. Auflage München: Wilhelm Goldmann Verlag, Juni 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

'Notas de fim'

1 Assim vazado: Artigo 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

2 Assim dizendo: b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva.

3 Com os seguintes dizeres: 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

4 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

5 Art. 29 - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

6 Ver ainda: Opinião Consultiva Nº 14/1994, sobre a Responsabilidade do Estado pela edição e aplicação de leis domésticas que violam a CADH, solicitante a Comissão IDH; Opinião Consultiva Nº 16/1999 sobre a Pena de morte e o direito a assistência consular (direito a informação), garantias do devido processo legal, solicitante o México; e, Opinião Consultiva Nº 17/1999, sobre o Direitos da criança, interpretação dos arts. 8 e 25 da CADH, solicitante a Comissão IDH.

7 Tema: Obrigações dos Estados em situações que envolvam direitos das crianças e adolescentes em situação de migração. Solicitantes: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Resposta: A Corte IDH decidiu de maneira unânime que os Estados devem observar e respeitar o direito dos menores de 18 anos em situação de migração. Em especial, sob os aspectos: 1. do Princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; 2. da sua proteção; 3. do Princípio do superior interesse da criança (best interest of child). Deveres peculiares: Notificação da abertura do processo migratório e o direito a que esse processo seja conduzido por uma autoridade especializada no assunto; Direito a ser ouvido e participar das diferentes fases processuais (direito de presença) Ser assistido(a) por um tradutor e interprete; Direito à notificação consular, nos moldes da opinião consultiva nº 16; Direito a ser assistido por um representante legal e ser "julgado" num prazo razoável; Dever de designação de um tutor, caso desacompanhado; Observância do princípio do superior interesse da criança. Ainda: Que a privação da liberdade de crianças migrantes só pode ser imposta em casos excepcionais e pela observância do princípio do non-refoulement para menores de 18 anos.

8 Em grande parte dos casos de violações ocorre, não o sentenciamento equivocado pelo direito interno, mas sim a omissão estatal ou mesmo a perpetração de ilegalidades intencionais por agentes do Estado como política de governo.

9 O Brasil não assinou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de

Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.

10 1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

11 Ver: Caso Diamantes de Sangue, Charles Taylor.

12 Assim: Artigo 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

13 Com esses dizeres: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

14 Estipulando: Artigo 46. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé.

15 [...] a Carta de 1988 inova, ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. Esta orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e o racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do artigo 4º, incisos II, III, VII e IX. [...] A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 70.

16 LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 123, grifo do autor.

17 Nesse sentido o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a COISA JULGADA e o inciso LVII, assim vazado “ninguém será considerado culpado até o TRÂNSITO EM JULGADO de sentença penal condenatória” (grifo nosso).

18 Nestes termos: Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

19 Não é por outra razão que o Processo Civil prevê modos de atuação de pessoas alheias ao conflito mas potencialmente atingidas pela solução da demanda, pelo mecanismo que se denomina “intervenção de terceiros”, possibilitando que estes possam garantir-se quanto aos efeitos da decisão que não lhes respeita diretamente, mas que pode, por qualquer razão jurídica, estender-lhes seus efeitos.

20 Deixa-se de parte a discussão entre as chamadas teorias “da individuação” e “da substanciação” quanto à causa de pedir, posto que, para o deslinde do tema presente, basta entender que por ambas o mérito se compõe dos fatos e de seus fundamentos (causa de pedir).

21 Basta ver na nota acima a conjunção “questão principal expressamente decidida”, para que se tenha exata noção da importância do conceito.

22 Queremos nos referir aqui às chamadas “ações penais privadas”, onde em determinadas figuras penais de delitos contra a honra, se outorga apenas ao particular a iniciativa de instauração da demanda criminal, pois mesmo nas chamadas “ações penais condicionadas”, quando se exige a representação criminal, a titularidade da propositura

da mesma ainda é reservada ao Ministério Público.

23 Na Corte Interamericana, por exemplo, os indivíduos não têm legitimidade ativa para proposição de demandas face aos Estados, tendo-a apenas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou os Estados Partes.

24 1. Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados poderão apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo.

DESENVOLVIMENTO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

SOCIAL DEVELOPMENT AND THE PRINCIPLE OF
CONTRIBUTIVE CAPACITY

DESARROLLO SOCIAL Y EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD
CONTRIBUTIVA

SUMÁRIO:

Introdução; 1. A tributação e seus limites constitucionais; 2. O princípio da capacidade contributiva e o desenvolvimento social; Conclusões; Referências.

RESUMO:

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da solidariedade social, segundo o qual todos, na medida de suas possibilidades, contribuem para a manutenção e desenvolvimento da sociedade, visando à ação da coletividade em prol de um propósito maior. Então como é aplicado o princípio da capacidade contributiva em face ao desenvolvimento social? Este princípio será atendido quando aplicado minimamente em relação aos impostos, variando a tributação de acordo com a essencialidade do produto, isto é, itens considerados essenciais deverão ser tributados sob alíquota menor do que aqueles considerados de luxo ou supérfluos. Assim, justifica-se o estudo pela relevância e contemporaneidade da temática, concomitante ao interesse pelo desenvolvimento social. Visa-se analisar a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva almejando o desenvolvimento social. Para aferir o que foi exposto, será utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, presente em bibliografias pertinentes à temática. Conclui-se, preliminarmente, que a função de distri-

Como citar este artigo:

DURÃES, Cintya,
RIBEIRO, Maria,
FACHINI, Elaine.
"Desenvolvimento
social e o princípio
da capacidade
contributiva".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 265-282.

Data da submissão:
05/10/2023

Data da aprovação:
03/10/2025

1. Universidade de
Marília - Brasil

2. Universidade de
Marília - Brasil

3. Universidade de
Marília - Brasil

buição de riquezas desempenhada pela tributação dá origem ao princípio da capacidade contributiva, destinada previamente a setores mais necessitados da sociedade, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais, atendendo as demandas sociais e promovendo o desenvolvimento social.

ABSTRACT:

The 1988 Federal Constitution enshrines the principle of social solidarity, according to which everyone, to the extent of their possibilities, contributes to the maintenance and development of society, aiming at collective action in favor of a greater purpose. Thus, how is the principle of contributive capacity applied in relation to social development? This principle is fulfilled when it is minimally applied to taxes, varying taxation according to the essentiality of the product—that is, items considered essential should be taxed at a lower rate than those deemed luxurious or nonessential. Therefore, the study is justified by the relevance and contemporaneity of the topic, as well as by the interest in social development. The aim is to analyze the applicability of the principle of contributive capacity with a view to promoting social development. To assess the points discussed, the hypothetical-deductive method will be employed, with a qualitative approach, based on bibliographic research pertinent to the subject. It is preliminarily concluded that the redistributive function of taxation gives rise to the principle of contributive capacity, directed primarily toward the most vulnerable sectors of society, ensuring the realization of fundamental rights, meeting social demands, and fostering social development.

RESUMEN:

La Constitución Federal de 1988 consagra el principio de solidaridad social, según el cual todos, en la medida de sus posibilidades, contribuyen al mantenimiento y desarrollo de la sociedad, buscando la acción colectiva en pos de un fin superior. Entonces, ¿cómo se aplica el principio de capacidad contributiva al desarrollo social? Este principio se cumple con una aplicación mínima a los impuestos, variando la tributación según la esencialidad del producto. Es decir, los artículos considerados esenciales deben tributar a una tasa menor que los considerados suntuarios o superfluos. Por lo tanto, el estudio se justifica por la relevancia y actualidad del

tema, sumada al interés en el desarrollo social. El objetivo es analizar la aplicabilidad del principio de capacidad contributiva al desarrollo social. Para evaluar esto, se utilizará cualitativamente la metodología hipotético-deductiva, según se encuentra en la bibliografía relevante sobre el tema. La conclusión preliminar es que la función de distribución de la riqueza que desempeñan los impuestos da lugar al principio de la renta imponible, que se asigna prioritariamente a los sectores más necesitados de la sociedad, garantizando así el ejercicio de los derechos fundamentales, satisfaciendo las demandas sociales y promoviendo el desarrollo social.

PALAVRAS-CHAVE:

Capacidade Contributiva; Desenvolvimento Social; Tributação.

KEYWORDS:

Contributive Capacity; Social Development; Taxation.

PALABRAS CLAVE:

Renta Imponible; Desarrollo Social; Tributación.

INTRODUÇÃO

Atualmente o Estado é compreendido como uma forma de organização social, que detém poderes para garantir aos cidadãos usufruírem dos direitos fundamentais. Em outras palavras, cabe àquele agir em busca do bem comum, destacadamente em relação ao direito à dignidade da pessoa humana como princípio maior do Estado Democrático de Direito. A efetivação de tal princípio deve garantir à pessoa o direito a uma vida digna, refletido por meio de condições mínimas de subsistência, evidenciado através do direito à vida, à saúde, à educação, à moradia, esses imprescindíveis.

Então, como o Estado deve garantir aos indivíduos o acesso aos direitos fundamentais que lhe são concedidos? E como é aplicado o princípio da capacidade contributiva em face ao desenvolvimento social? O princípio da capacidade contributiva é atendido quando aplicado minimamente em relação aos impostos, variando a tributação de acordo com a essencialidade do produto. Para garantir os direitos fundamentais o Estado necessita de uma estrutura que permita atuar para efetivar tais direitos,

ou seja, precisa de recursos financeiros que são obtidos através da tributação, manifestando-se, assim, o Estado Fiscal.

Nessa concepção de Estado Fiscal, o presente artigo tem por escopo analisar o fator do desenvolvimento social, sua importância no contexto atual e, principalmente, o seu alcance no Direito Tributário, pois o desenvolvimento social se relaciona com cada cidadão que paga impostos e, conseqüentemente, com o princípio da capacidade contributiva.

Igualmente, verifica-se que na medida em que o Estado Fiscal aspira à construção de uma cidadania solidária implementando políticas públicas tributárias de inclusão social para atender aos direitos sociais e individuais, promovendo a justiça e a igualdade social, também recupera a legitimidade do Estado moderno.

Assim, justifica-se o estudo pela relevância e contemporaneidade da temática, concomitante ao interesse pelo desenvolvimento social. Para aferir o que foi exposto, será utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, presente em bibliografias pertinentes a temática.

Para tanto, o presente artigo divide-se em dois itens: o primeiro, de caráter descritivo, destaca a tributação no Estado brasileiro e seus limites constitucionalmente impostos; o segundo destaca como o princípio da capacidade contributiva contribui para o desenvolvimento social.

1. A TRIBUTAÇÃO E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS

A organização do homem como sociedade, possibilitando o surgimento do Estado, com a tutela do Poder Público, foi selada através de um Contrato Social no qual, segundo Rousseau (2006, p. 28): “O que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode alcançar. O que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui”. Assim, tendo se organizado em forma de sociedade, o homem colabora com o pagamento de tributos como forma de contraprestação pela defesa de seus direitos.

Com isso, ao longo dos tempos a tributação era entendida como um instrumento de receita do Estado, pois a mesma garante os recursos financeiros para que o Poder Público exerça suas funções. Porém, atualmente, com o modelo do Estado Social tornou-se essencial o uso dos tributos para realizar a função social estatal. Assim, o exercício da tributação é fundamental para os interesses do Estado, pois, segundo Gouvêa (2006, p.

38): “[...] a tributação tem dupla finalidade: a) auferir recursos para que o Estado subsista; e b) garantir a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, os verdadeiros fins do Estado”.

Todos os direitos têm custos, ou seja, necessitam de recursos financeiros para que o Estado possa cumprir com as suas funções básicas como soberania e promoção do bem-estar social. Segundo Machado (2012, p. 24):

A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inevitavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia.

Então, ao Estado compete garantir a eficácia e aplicabilidade dos dispositivos constitucionais e, por conseguinte, “a concretização dos direitos sociais, que consistem em prestações positivas de responsabilidade estatal aptas a proporcionar melhores condições de vida aos cidadãos, com foco na redução da desigualdade social” (PAYÃO, 2016, p. 45).

O Estado, visando o bem estar comum, através da utilização dos tributos arrecadados, deve proporcionar segurança, promover educação e saúde, construir obras de infraestrutura que possibilite o desenvolvimento da economia, buscando conferir aos cidadãos uma vida digna, conforme os ditames previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, seus princípios fundamentais, com destaque a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Os princípios inseridos nesse dispositivo fundamentam as demais normas no ordenamento jurídico, presentes no Estado Democrático de Direito.

A Carta Constitucional ressalta, no artigo 3º, seus objetivos fundamentais, trazendo como finalidades do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais, elencado também no artigo 170, uma série de normas referentes à Ordem Econômica.

A arrecadação de tributos é o meio pelo o qual o Estado busca alcançar os seus objetivos fundamentais previstos no texto constitucional, sobretudo, os do art. 3º da Constituição Federal. A receita pública, composta por receitas derivadas e principalmente por tributos, é fundamental para o desenvol-

vimento econômico, social e cultural do país (RODRIGUES; OLIVEIRA, 2018, p. 66).

Sendo assim, ao Estado é absolutamente essencial arrecadar tributos, para poder realizar o bem comum, em conformidade com a Constituição Federal, diminuindo a pobreza e a marginalização, bem como as desigualdades sociais e regionais. Para atingir seus objetivos, tidos como fundamentais, implica em elevadas expensas, sendo a tributação a mais relevante maneira do Estado auferir seus ganhos. Assim, arrecadar tributos atende sobremaneira ao interesse social.

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. [...], Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho (BARBOSA, 1999, p. 25)

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 expressou em seu artigo 150, inciso II, na tributação sobre a renda, o dever dos contribuintes com os mesmos rendimentos pagar o mesmo valor de impostos, e os contribuintes com rendimentos superiores pagar um valor maior. Aqui reside a finalidade de promover a justiça social, amenizando ou reduzindo os efeitos das desigualdades sociais.

Deve-se ter claro que não existe Estado sem cobrança de tributo, e o poder de tributar é competência exclusiva desse, não podendo ser delegada ao particular. Valadão (2001, p. 223), destaca que: “inegável que o poder tributário decorre do poder estatal. Inegável, também que devem existir, e de fato existem, limitações a esse poder, as quais, via de regra, constam das contribuições”.

Cabe ressaltar, que as limitações ao poder de tributar são consideradas direito do contribuinte, sendo que tributação é vista como uma ingerência do Estado na propriedade que, por previsão expressa, é inquestionavelmente um direito individual, previsto na CF, artigo 5º, XXII. Nas palavras de Bastos (2004, p. 134-136):

O atual Texto Constitucional em seu art. 5º, inc. XVII, que dispõe sobre o rol dos direitos e garantias fundamentais, observa como princípio a garantia do direito de propriedade. Portanto, a propriedade privada é um direito fundamental. [...]. A propriedade tornou-se, portanto, o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público. Neste ponto reside a essência da proteção constitucional: é impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo está ocorrido, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco.

Como enfatiza Costa (2001, p. 80): “o direito à propriedade privada é alcançado direta e imediatamente pela tributação, porque o tributo consiste em prestação pecuniária compulsória, devida por força de lei, implicando a sua satisfação necessariamente redução do patrimônio do sujeito passivo”.

Todavia, existe o princípio geral de direito que consagra a superioridade do interesse da sociedade sobre o particular, na atual Constituição Federal, como por exemplo, garantir o direito de propriedade, submetendo-o, entretanto, à sua função social (CF, art. 5º, XXIII). Com isso, os institutos privados devem ser analisados pela ótica do coletivo, do benefício social, do interesse social.

Assim, infere-se que:

[...] os limites do poder de tributar definidos pela Constituição não se esgotam nos enunciados nela contidos, uma vez que diversas imunidades tributárias se encontram dispostas fora da seção das ‘Limitações do Poder de Tributar’. Requisitos formais ou materiais, limites quantitativos, características específicas deste ou daquele tributo permeiam todo aquele capítulo do Sistema Tributário Nacional, sendo ainda pinçáveis em normas esparsas de outros capítulos da Constituição, como o dos ‘Direitos e Garantias Individuais’, ‘Da Seguridade Social’ e da ‘Ordem Econômica’ (AMARO, 2012, p. 128).

Dessa forma, o direito de tributar deve ser exercido com limitações para não provocar um conflito de interesses individuais e coletivos. Dessas limitações cuidou o texto constitucional. Porém, se possível reduzir todos os direitos do contribuinte a um único, esse seria o direito à segurança jurídica.

Segundo Carvalho (2007, p. 180):

Se num determinado sistema jurídico tributário houver a coalescência de diretrizes como a da legalidade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, da anterioridade etc, dele diremos que abriga o sobreprincípio da segurança jurídica em matéria tributária.

A segurança do contribuinte equivale à sua proteção contra o exercício arbitrário ou excessivo do poder de tributar do Estado. Assim, as exceções às limitações ao poder de tributar são as construídas pelo legislador constituinte originário, não podendo o legislador constitucional derivado criar outras exceções que diminua as garantias já existentes.

Percebe-se que: *“a tributação só será legítima se observar estritamente os limites ditados pela Constituição. Esses limites são fixados em observância aos direitos fundamentais dos cidadãos-contribuintes”* (PEZZI, 2008, p. 57). Porém, deve-se diferenciar as limitações ao poder de tributar, denominadas como princípios tributários, e as imunidades do inciso VI, artigo 150 da Constituição Federal, que constituem cláusulas pétreas.

Na lição de Derzi (2003, p. 14):

A grande massa das imunidades e dos princípios consagrados na Constituição de 1988, dos quais decorrem limitações ao poder de tributar, são meras especializações ou explicações dos direitos e garantias individuais (legalidade, irretroatividade, igualdade, generalidade, capacidade económica de contribuir etc), ou de outros grandes princípios estruturais, como a forma federal de Estado (imunidade recíproca dos entes públicos estatais). São, portanto, imodificáveis por emenda, ou mesmo por revisão, já que fazem parte daquele núcleo de normas irredutível, a que se refere o art. 60, § 4º, da Constituição. Tanto os princípios como as imunidades produzem efeitos similares: limitam o poder de tributar. Mas a cultura jurídica nacional, tradicionalmente, apesar dos efeitos comuns, distingue imunidade de princípio.

Os princípios jurídicos são normas fundamentais tipificadas pelo conteúdo axiológico e pelo de generalidade e abstração, para cumprir o papel fundamental de orientar a interpretação e a aplicação de outras normas. Entretanto, as imunidades são normas aplicáveis a situações específicas, perfeitamente identificadas na Lei Maior. Nesse aspecto, pois, reside a distinção entre os princípios e as imunidades, a generalidade dos princípios contrapõe-se a especificidade das normas imunizantes.

Os princípios tributários pressupõem, assim, a existência de competência tributária; as imunidades, por seu turno, pressupõem a inexistência dessa competência (COSTA, 2001). Ante o exposto, resta agora, adentrar no princípio da capacidade contributiva, verificado em face ao desenvolvimento social.

2. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 propõe a busca pelo desenvolvimento econômico, entendido como um estado de equilíbrio na produção, distribuição e consumo de riquezas, com uma mudança na situação atual da economia nacional. Para um Estado ser considerado desenvolvido não deve manter uma estrutura social caracterizada por vertentes simultâneas de riqueza e pobreza, mas ser marcado pela estrutura harmônica entre o padrão de modernização e a proteção dos valores coletivos (ELALI, 2012).

A capacidade contributiva não constitui apenas um **critério de justiça fiscal** capaz de fundamentar tratamento tributário diferenciado de modo que seja considerado como promotor e não como violador da isonomia. Configura verdadeiro **princípio a orientar toda a tributação**, inspirando o legislador e orientando os aplicadores das normas tributárias (grifos do autor) (PAULSEN, 2017, p. 69).

A política tributária deve ser orientada para o desenvolvimento econômico e justiça social, com estímulo ao trabalho e à produção. Nas palavras de Martins (1992, p. 6-7):

Compensando a redução de encargos pela tributação sobre acréscimos patrimoniais, termina por não provocar desenvolvimento econômico nem justiça social e gera insatisfações de tal ordem que qualquer processo de pleno exercício dos direitos e garantias democráticas fica comprometido.

Para a obtenção de recursos o Estado deve ser estruturado como uma organização, gerando efeitos patrimoniais através de atividades financeiras que arrecadam fundos, com equilíbrio entre receitas e despesas, utilizando o planejamento orçamentário para Justiça Social e obedecer ao Princípio da Capacidade Contributiva, que prescreve que paga mais tributo quem auferir maior lucro ou renda.

Segundo Carvalho (2007, p. 182-183), ao delimitar o momento de

manifestação da capacidade contributiva:

A capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de Direito Tributário. Muitos se queixam, entre nós, do avanço desmedido no patrimônio dos contribuintes, por parte daqueles que legislam, sem que haja atinência aos signos presuntivos de riqueza sobre os quais se proteja a iniciativa das autoridades tributantes, o que compromete os esquemas de justiça, de certeza e de segurança, predicados indispensáveis a qualquer ordenamento que se pretenda racional nas sociedades pós-modernas.

A sociedade sente que o peso dos tributos aumenta, mas não vislumbra retorno satisfatório em forma de serviços públicos de qualidade. Um dos maiores problemas atualmente é a cobrança de contribuições sociais sobre a folha de salários, que somadas aos encargos trabalhistas pode chegar ao patamar de 60,9% do custo médio mensal de uma empresa, dependendo do ramo de atuação, destacam Almeida e Cavalcanti (1995, p. 102).

Diante de insuficiência orçamentária, por gestão ineficiente ou planejamento inadequado, os governos lançam mão da criação de novos tipos de tributos, como é o caso das contribuições, frequentemente utilizadas para incremento das receitas financeiras. Desse modo, todos os contribuintes são onerados com mais um compromisso fiscal incidente sobre seus rendimentos, bens ou consumo, conforme o caso.

Desse modo, a informalidade nas contratações de trabalhadores é recorrente, além da redução na oferta de oportunidades de emprego em todos os setores: indústria, comércio e serviços. Isso significa que o princípio da capacidade contributiva não deve ser aplicado apenas para pessoas físicas, visto que as pessoas jurídicas também precisam ser beneficiadas pelo referido princípio para que tenham condições de manter suas atividades de maneira regular.

Preceitua o §1º do artigo 145 da Constituição Federal que:

§1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e

serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Segundo os ensinamentos de Carazza (1996, p. 60):

O princípio da capacidade contributiva — que informa a tributação por meio de imposto — hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito, pague proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza, deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza.

Para auferir a capacidade contributiva de cada contribuinte existe uma variável que depende da realidade econômica do indivíduo, por isso objetivo e absoluto, por ser variável em conformidade com a renda e os bens do sujeito passivo, viabilizando ou não a contribuição pecuniária de cada um ao bem comum.

Atende-se assim, minimamente, o princípio da capacidade contributiva em relação aos impostos, variando a tributação de acordo com a essencialidade do produto, sendo que aqueles essenciais (alimentação, higiene etc.) deverão ser tributados sob alíquota menor do que aqueles considerados de luxo ou supérfluos (COSTA, 2003).

Para Torres (1999, p. 83): “cada contribuinte deve contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira”, ou seja, cada contribuinte tem que arcar proporcionalmente com as despesas públicas, a fim de que essas sejam aplicadas na erradicação das desigualdades.

Segundo Tipke e Yamashita (2002, p. 31):

[...] o princípio da capacidade contributiva significa: todos devem pagar impostos segundo o montante da renda disponível para o pagamento de impostos. Quanto mais alta a renda disponível, tanto mais alto deve ser o imposto. Para contribuintes com rendas disponíveis igualmente altas o imposto deve ser igualmente alto. Para contribuintes com rendas disponíveis desigualmente altas o imposto deve ser

desigualmente alto.

Porém, a capacidade contributiva de que trata normativo supracitado diz respeito “à disponibilidade de riqueza do contribuinte ou à sua indicação de elementos econômico-financeiros, símbolos presuntivos de riqueza” (COELHO, 1990, p. 37). Assim, capacidade econômica não se confunde com capacidade contributiva. Aquela relaciona-se à disposição de riqueza do indivíduo e esta à aptidão do contribuinte para suportar o ônus do tributo. Nos dizeres de Conti (1997, p. 35):

A capacidade econômica é aquela que todos - ou quase todos - têm. É a aptidão dos indivíduos de obter riquezas - exteriorizada sob a forma de renda, consumo ou patrimônio. Já a capacidade contributiva refere-se à capacidade dos indivíduos de arcar com o ônus tributário, de pagar tributos.

Dessa maneira, a função desempenhada pela tributação exercida através da atividade tributária, decorrente do princípio da capacidade contributiva, destina-se previamente aos setores mais necessitados da sociedade, visando o desenvolvimento social. Amaro (2012, p. 138), expõe:

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo em que terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, na formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício da profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica.

Nesse diapasão, a tributação deve visar as necessidades essenciais da população, com destaque para alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência, entre outros pontos. Na prática, tais posições devem ser efetivadas através de leis de isenção ou com tributações simbólicas.

O poder tributante, ao elaborar a política tributária, deve analisar se o sistema tributário é justo, ou seja, se trata, de maneira igual todos os

contribuintes que se encontram em situação idêntica, e também se está adequado à distribuição de rendas e ao desenvolvimento econômico.

Conforme destaca Bercovici (2003, p. 58):

O desenvolvimento é condição necessária para o bem-estar social, sendo o Estado seu principal condutor por meio de programas e ações, o qual envolve a ampliação de oportunidades individuais e coletivas geradas pelo crescimento econômico, pela observância de valores fundamentais balizados constitucionalmente, como a justiça e a redução da pobreza e das desigualdades.

De acordo com Costa (2003), o fundamento da capacidade contributiva não está nas contraprestações e benefícios à cidadania, mas na busca do desenvolvimento social, ou seja, a carga tributária recaindo sobre os mais ricos, atenua a incidência de impostos sobre os menos favorecidos economicamente. Assim, buscando redistribuir a riqueza de forma igualitária, satisfazendo os direitos sociais e individuais, o Estado busca promover a igualdade social. O princípio da capacidade contributiva é uma expressão do princípio maior da igualdade (art. 5º, II e art. 150, II, ambos da Carta Magna).

Ainda conforme nos ensina Sarlet (2007, p. 118):

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação de poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Nesse contexto é que se relaciona o princípio da capacidade contributiva e os direitos fundamentais, uma vez que se traduz no dever da sociedade em colaborar para que sejam aplicados esses direitos, sendo abrangidas as necessidades humanas para sobrevivência digna.

Observamos que os princípios norteadores de direitos que visam à dignidade da pessoa humana busca proporcionar melhores condições de vida em sociedade, e o respeito entre os seres conviventes. “A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto

de que cada ser humano possui valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo” (BARROSO, 2014, p. 14).

O conceito de dignidade da pessoa humana expresso pela doutrina é:

Dignidade da Pessoa humana é a qualidade intrínseca e definitiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra qualquer cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 311)

Portanto, é papel do Estado orientar-se de modo a preservar a dignidade do indivíduo, e dar condições para efetivação da dignidade. A dignidade preza pelo senso de justiça, devendo, ser adotada pelo operador do direito. Na Constituição tem-se os valores da sociedade, e os mesmos tornam-se princípios, como o da dignidade da pessoa humana. Esses valores servirão como orientação para a mesma sociedade e para o Estado, valores absolutos que não permitem sua flexibilização.

Mesmo existindo uma Carta de direitos reconhecendo o que é fundamental ao homem, a mesma deve ser efetiva. Por causa da efetividade dos direitos constitucionais, que contam com a contribuição de todos, com responsabilidade recíproca de uns para com os outros, entre a ação do Estado para a sociedade, como da sociedade para o ente estatal, ainda não se obteve uma sobrevivência equilibrada.

O problema agudo que enfrentamos é o da eficácia das normas de Declaração de Direitos, principalmente quando se trata de Declaração Universal, por não se poder contar com um conjunto de elementos materiais e formais específicos, de que se lance mão para viabilizar todo o poder e dever das normas expressas, isto é, não existe um aparato próprio que possa valer. O que importa não é a simples inscrição dos direitos fundamentais, mas a realização efetiva e eficaz desses direitos (BARBOSA, 2005, p. 64).

A arrecadação do Estado se faz para satisfação dos direitos fundamentais, configurando seu caráter social, em prol de toda sociedade, para

o bem comum. A contribuição visando o gozo do interesse coletivo configura o desenvolvimento social, porém, tais despesas não deverão ser incisivas, onerando os que pouco conseguem para o seu próprio sustento, estando esses em condições de receber e não de participar, prevalecendo a individualidade sob a óptica do princípio da capacidade contributiva.

Portanto, havendo capacidade contributiva sem prejuízo de uma sobrevivência digna, cabível será a participação para a concreção dos objetivos do Estado para alcançar o bem comum.

CONCLUSÕES

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da capacidade contributiva. Dessa forma todos, na medida de suas possibilidades, contribuem para a manutenção e desenvolvimento da sociedade. Assim o Estado brasileiro adota o modelo de Estado Fiscal, que para a realização dos direitos sociais e individuais dispostos constitucionalmente impõe custos, o que faz surgir a obrigação e a responsabilidade da sociedade em contribuir com as despesas públicas. Portanto, com o Estado Fiscal nasce de forma imprescindível a arrecadação do tributo, surgindo o dever de pagar impostos.

A tributação não é presumida como uma ação compulsória de transferência de riqueza privada para o Estado, mas para, essencialmente, garantir aos cidadãos o exercício dos direitos sociais. Levando-se em conta que a concretização dos direitos básicos da cidadania ser função do Estado, consequentemente todos devem contribuir com a solidariedade social, de acordo com a sua capacidade. Assim, a Constituição Federal tem como objetivo erradicar as desigualdades sociais. Para tanto, utiliza do instrumento normativo previsto em seu artigo 145, §1º, a capacidade contributiva.

O Estado deve incentivar o desenvolvimento social, em conformidade com o artigo 3º e 170 da Constituição Federal de 1988. O conceito de desenvolvimento adotado pelo constituinte é um conceito moderno, o mesmo apresenta o desenvolvimento como crescimento econômico e como direito humano inalienável, criado para atender o bem comum, em face a sociedade que o constituiu. Assim, os principais valores da sociedade, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a livre iniciativa, estão no topo da hierarquia, propagados pelo Estado.

Do mesmo modo, as políticas tributárias pautadas nos direitos fundamentais e, mais do que isso, buscando concretizar o que determina a Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso, III, servem como instrumentos de desenvolvimento e de inclusão social, objetivo este necessário para que o Brasil seja realmente um Estado Democrático de Direito.

Nessa busca pelo bem comum, os princípios constitucionais surgem como fundamentos do sistema normativo e estruturação do Estado brasileiro, pois traduzem os fundamentos e objetivos do Estado e orientam toda a política socioeconômica desenvolvida pelo Poder Executivo.

Dessa forma, o Estado desempenha sua função social atuando nas demandas da Sociedade, objetivando o interesse coletivo, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais, atendendo as demandas sociais, objetivando uma vida digna à pessoa humana, cumprindo sua função social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sandra Cristina Filgueiras de; CAVALCANTI, Carlos Eduardo Gonçalves. As contribuições sociais e a reforma tributária. In AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Orgs.). **Reforma Tributária e Federação**. São Paulo: FUNDAP, 1995, p. 97-128.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oraco_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BARBOSA, Alice Mouzinho. **Cidadania Fiscal**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. **Diário Oficial da União**, 05.10.1988.

CARAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Malheiros, 2001. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DERZI, Misabel. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ELALI, André. **Um Exame da Desigualdade da Tributação em Face dos Princípios da Ordem Econômica**. Disponível em: < www.idtl.com.br/artigos/242.pdf >. Acesso em 20 abr. 2019.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A Extrafiscalidade do Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Econômico e Tributário – Comentários e Pareceres**. São Paulo: Resenha Tributária, 1992.

PAYÃO, Jordana Viana. *Políticas Públicas em Tempos de Crise*. In **Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito UEL – UNIMAR, VII, Londrina, 2016, Anais**. Londrina: UEL, 2016. p. 43-55. Disponível em: < <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/arquivos/ANAIS%20VII%20SEMINARIO%20INTERINSTITUCIONAL%20UEL-UNIMAR/ANAIS%20-%20GT%204%20pdf.pdf> >. Acesso em: 01 mai. 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. **Dignidade da Pessoa Humana: mínimo existencial e limites à tributação no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Hugo Thamir; OLIVEIRA, Antonio Furtado de. A Tributação e o Orçamento Público na Perspectiva de Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 19, n.1, p. 27-50, jan./abr. 2018. Disponível em: < <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/505/267> >. Acesso em: 01 mai. 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Direitos Humanos e Tributação uma concepção integradora. **Direito em Ação**, Brasília/DF, v.2. n.1. set/2001.

DAS RUAS AO PROCESSO PENAL: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (E CNMP) NO CONTROLE DA LEGALIDADE DAS ABORDAGENS POLICIAIS

FROM THE STREETS TO CRIMINAL PROCEEDINGS:
THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE
(AND CNMP) IN CONTROLLING THE LEGALITY OF
POLICE STOPS

DE LAS CALLES AL PROCESO PENAL: EL PAPEL
DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CONTROL DE LA
LEGALIDAD DE LOS REGISTROS POLICIALES

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. As buscas pessoais no direito brasileiro; 2.1 Conceito e classificação das buscas pessoais; 2.2 Fundamento legal e hipóteses de autorização das buscas legais; 2.3 Como verificar as circunstâncias que legitimam as buscas pessoais; 3. Divergências institucionais entre MP e Judiciário: uma análise empírica da jurisprudência do STJ sobre a legalidade das buscas pessoais; 4. Arcabouço legal e ferramentas institucionais do controle externo da atividade policial pelo MP; 4.1 Da fundamentação constitucional à regulamentação no CNMP; 4.2 Das possibilidades de controle da legalidade das buscas pessoais pelo MP: do “difuso” ao “concentrado”; 5. Considerações finais: em busca da racionalização do controle externo no âmbito do MP; Referências.

RESUMO:

O artigo examina o papel do Ministério Público no controle da legalidade das buscas pessoais, práticas centrais em investigações de tráfico de drogas.

Como citar este artigo:

LIMA, Flavia,
ARRUDA, Anne.
"Das ruas ao processo
penal: O papel do
ministério público (e
CNMP) no controle
da legalidade das
abordagens policiais".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 283-317.

Data da submissão:
20/08/2025

Data da aprovação:
20/10/2025

Analisa-se a ausência de diretrizes nacionais, divergências legais/institucionais e a incidência de práticas abusivas. Para tanto, a pesquisa adota abordagem bibliográfica e jurisprudencial, com análise exploratório-descritiva de 92 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (2020-2024). Constatou-se que 57% das buscas foram declaradas ilegais e que, na maioria dos casos, o MP manteve postura favorável à acusação. Propõem-se medidas de uniformização normativa e fortalecimento do controle concentrado pelo CNMP.

ABSTRACT:

The paper examines the role of the Public Prosecutor's Office in controlling the legality of personal searches, a central practice in drug trafficking investigations. It analyzes the absence of national guidelines, legal and institutional divergences, and the occurrence of abusive practices. The study adopts a bibliographic and jurisprudential approach, with an exploratory-descriptive analysis of 92 decisions issued by the Superior Court of Justice (2020–2024). Findings indicate that 57% of searches were declared illegal and that, in most cases, the Public Prosecutor's Office upheld the accusatory stance. The paper proposes normative standardization and strengthening of CNMP's centralized control.

RESUMEN:

Este artículo examina el papel del Ministerio Público en el control de la legalidad de los registros personales, práctica central en las investigaciones de tráfico de drogas. Se analiza la ausencia de directrices nacionales, las divergencias legales e institucionales y la ocurrencia de prácticas abusivas. La investigación adopta un enfoque bibliográfico y jurisprudencial, con un análisis exploratorio-descriptivo de 92 decisiones del Superior Tribunal de Justicia (2020–2024). Se constató que el 57% de los registros fueron declarados ilegales y que, en la mayoría de los casos, el Ministerio Público mantuvo una postura acusatoria. Se proponen medidas de uniformización normativa y fortalecimiento del control concentrado por el CNMP.

PALAVRAS-CHAVE:

Ministério Público; Controle externo da atividade policial; Buscas pessoais; Tráfico de drogas; CNMP.

KEYWORDS:

Public Prosecutor's Office; External control of police activity; Personal searches; Drug trafficking; CNMP.

PALABRAS CLAVE:

Ministerio Público; Control externo de la actividad policial; Registros personales; Tráfico de drogas; CNMP.

1. INTRODUÇÃO

Como o Ministério Público pode contribuir para o controle da legalidade das buscas pessoais, práticas recorrentes em investigações de tráfico de drogas, prevenindo abusos e garantindo *accountability* policial? Essa indagação orienta a reflexão proposta neste artigo, em um cenário no qual as buscas pessoais assumem papel central no processo penal brasileiro, influenciando tanto a persecução criminal quanto a preservação de direitos fundamentais.

Entre as instituições que ganharam maior protagonismo no texto constitucional de 1988 está o Ministério Público (MP), identificado como uma espécie de *ombudsman* não eleito da sociedade brasileira (MACEDO JÚNIOR, 2010). Essa centralidade decorre da pretensão de criar uma instituição independente, capaz de assegurar direitos sociais conquistados e que se mostravam vulneráveis à violação pelo próprio Estado (KERCHE, 2010). Tal arranjo institucional situava-se no contexto da transição democrática, marcado pela superação do regime autoritário.

Nesse movimento, foram depositadas no MP expectativas quanto à defesa da ordem jurídica e dos direitos fundamentais. Reconhecido como “agente dos direitos sociais” (ARANTES, 1999), recebeu funções e prerrogativas incomuns em sistemas estrangeiros. No âmbito penal, destaca-se o desenho institucional que o tornou simultaneamente fiscal da ordem jurídica, titular da ação penal pública e responsável pelo controle externo da atividade policial, conforme dispõe o art. 129 da Constituição.

Apesar da relevância dessas atribuições, a produção acadêmica sobre o desempenho do MP nessa função específica é escassa. Essa lacuna torna-se preocupante diante da discricionariedade que permeia a atuação ministerial e da possibilidade de que determinadas áreas recebam maior atenção que outras. A literatura indica uma priorização da persecução

penal em detrimento da tutela coletiva, fenômeno que Lamenha e Lima (2024) identificam como um “giro de prioridades”. Como observa West (1995 *apud* KERCHE, 2018), as decisões negativas – não investigar, não processar, não intervir – podem ter impacto tão relevante quanto as decisões positivas, influenciando o equilíbrio entre proteção de direitos e eficiência do sistema.

No contexto das investigações de tráfico de drogas, nas quais as buscas pessoais constituem etapa recorrente, a atuação do MP assume dupla dimensão: assegurar a higidez das provas e resguardar direitos fundamentais durante as abordagens. A relevância dessa análise cresce diante de evidências sobre seletividade e ineficácia policial. Relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) em parceria com o Data_Labe (2022) destaca essa problemática, enquanto Wanderley (2017a, p. 77) identifica índices superiores a 90% de abordagens infrutíferas, sem flagrante ou apreensão de objetos ilícitos.

Dados oficiais reforçam essa questão. No segundo semestre de 2023, o número de prisões por tráfico de drogas superou, somadas, as ocorridas por roubo qualificado e roubo simples (SENAPPEN, 2023, p. 102-110). Em paralelo, estudos do IPEA (2023, p. 30, 80) demonstram a centralidade das palavras dos policiais e das buscas pessoais na decretação dessas prisões e condenações judiciais. Esse cenário acentua a necessidade de garantir padrões de legalidade e lisura nas abordagens, sob pena de violação de direitos e comprometimento da eficácia processual.

A jurisprudência tem enfrentado a questão com frequência. A regularidade das buscas pessoais é amplamente discutida, e a constatação de ilegalidade implica a nulidade das provas, repercutindo diretamente na persecução penal conduzida pelo MP (NUCCI, 2020). Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes, tem invalidado abordagens baseadas apenas em critérios subjetivos ou em meras intuições (HC 625274/SP; RHC 158.580/BA), consolidando parâmetros mais rigorosos de legalidade.

A relevância dessa temática também decorre do impacto das abordagens sobre direitos fundamentais, como intimidade, honra e liberdade de locomoção. José Borges de Moraes Júnior (2022, p. 73) aponta a persistência de práticas seletivas da polícia, enraizadas em um histórico que remonta ao período colonial e à ditadura militar. Esse legado autoriza a

exigência de mecanismos estatais mais efetivos para coibir abusos e assegurar *accountability* policial.

Diante desse quadro, torna-se indispensável avaliar como o MP tem desempenhado a função de controle externo da atividade policial e quais instrumentos normativos e institucionais podem aperfeiçoar essa atuação. Trata-se, em última análise, de examinar se o arranjo institucional concebido pela Constituição cumpre sua finalidade no enfrentamento das práticas ilegais em abordagens pessoais.

Para responder à questão proposta, a presente pesquisa é qualitativa, desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico e análise jurisprudencial. No plano bibliográfico, foram consultadas obras doutrinárias, artigos científicos e relatórios institucionais sobre buscas pessoais e controle externo da atividade policial. A pesquisa jurisprudencial consistiu em análise exploratório-descritiva de 92 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, publicados entre 1º de janeiro de 2020 e 1º de janeiro de 2024, selecionados com base na combinação dos termos “tráfico”, “busca pessoal” e “fundada suspeita”, excluídas as buscas domiciliares e veiculares. Essa estratégia buscou identificar padrões decisórios e avaliar a postura ministerial diante do reconhecimento de ilegalidades nas abordagens.

O artigo organiza-se em quatro seções: a primeira discute conceitos, natureza jurídica e normas aplicáveis às buscas pessoais; a segunda examina os parâmetros fixados pela jurisprudência e a atuação do Ministério Público; a terceira analisa os instrumentos normativos e institucionais disponíveis para o controle externo da atividade policial; e a última apresenta propostas para o fortalecimento dessa função, com destaque para o papel do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

2 AS BUSCAS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Conceito e classificação das buscas pessoais

A busca constitui instituto de relevância transversal no direito, operando como meio de obtenção probatória destinado à identificação e localização de objetos, pessoas ou lugares juridicamente significativos. No âmbito processual penal, Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 868) a conceitua como “movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo

penal, realizando-se em pessoas ou em lugares”.

A busca não necessariamente culmina em apreensão de bens, embora comumente a tenha como objetivo principal. Considerando sua execução por agentes estatais, mostra-se pertinente a definição de Clademir Missagia (2002, p. 200), que a qualifica como medida “restritiva de direitos fundamentais (domicílio, propriedade, posse, intimidade, sigilo)”.

Especificamente quanto à busca pessoal, Nucci (2020, p. 876) estabelece a seguinte conceituação:

Pessoal é o que se refere ou pertence à pessoa humana. Pode-se falar em busca com contato direto ao corpo humano ou a pertences íntimos ou exclusivos do indivíduo, como a bolsa ou o carro. Aliás, a busca realizada em veículo (automóvel, motocicleta, navio, avião etc.), que é coisa pertencente à pessoa, deve ser equiparada à busca pessoal, sem necessitar de mandado judicial. A única exceção fica por conta do veículo destinado à habitação do indivíduo, como ocorre com os trailers, cabines de caminhão, barcos, entre outros.

Em conformidade com essa definição, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça¹ consolidaram entendimento equiparando a busca pessoal à busca veicular, ressalvadas as hipóteses em que os veículos são utilizados como espécie de domicílio.

A doutrina estabelece distinção conceitual entre buscas pessoais e “revistas pessoais”, não obstante sejam frequentemente tratadas como institutos sinônimos (FRANÇA, 2023; STJ NOTÍCIAS, 2022). No entendimento de Albuquerque e Alves, as revistas pessoais não se destinam à obtenção de provas ou à apreensão de objetos relevantes para o processo penal, constituindo procedimento administrativo comumente implementado em estabelecimentos prisionais (2015, p. 115).

Os referidos autores sustentam que tais revistas não podem ser confundidas com a busca pessoal disciplinada pelo Código de Processo Penal, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência, mediante tratamento como suspeitos de indivíduos que objetivam apenas visitar familiares encarcerados (ALBUQUERQUE; ALVES, 2015, p. 117). Isso porque a busca regulamentada pelo CPP exige como pressuposto “fundada suspeita” de que a pessoa porta arma proibida ou objetos que constituam corpo de delito (BRASIL, 1941).

Quanto à natureza jurídica, a doutrina tradicionalmente diferencia

as buscas pessoais em duas categorias: preventiva e processual. É precisamente a partir dessa categorização que alguns autores estabelecem correlação entre as revistas pessoais e as buscas de caráter preventivo.

As buscas pessoais preventivas configuram modalidade de exercício do poder de polícia, tendo como finalidade prevenir a prática de condutas nocivas (HOFFMANN, 2017). Caracterizam-se pelo caráter administrativo e realização em fase pré-processual, direcionando-se a condutas que apenas eventualmente configurarão ilícitos penais.

A busca pessoal de caráter processual (ou busca pessoal *strictu sensu*), por sua vez, correlaciona-se a fato investigado já minimamente conhecido pelas autoridades estatais. Seu escopo é a apreensão de objetos que constituem corpo de delito, configurando-se como medida probatória.

Todavia, conforme esclarece Gisela Aguiar Wanderley (2014, p. 107), a diferenciação entre buscas preventivas e processuais é comumente ignorada pelos estudiosos brasileiros, que tendem a tratar toda abordagem policial em espaço público como instituto legalizado pelo art. 244 do Código de Processo Penal.

Ademais, os limites das buscas pessoais de caráter preventivo não são adequadamente delineados pela doutrina. Nesse contexto, emergem diversos debates relativos à categorização e à fundamentação legal dessas buscas, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

2.2 Fundamento legal e hipóteses de autorização das buscas legais

O exercício efetivo do controle de legalidade das buscas pessoais pressupõe, preliminarmente, a identificação das normas que as autorizam. Somente a partir dessa delimitação normativa podem ser adequadamente observados os elementos que legitimam tais medidas.

Já nesse aspecto inicial identificam-se vertentes teóricas distintas. Conforme demonstrado no tópico anterior, a literatura jurídica brasileira diferencia tipologicamente as buscas pessoais em preventivas e processuais. Contudo, nem sempre os estudiosos elucidam o fundamento legal que autoriza as buscas pessoais de caráter preventivo (NASSARO, 2011; ASSIS, 2022). Nesse contexto, alguns autores apontam exclusivamente o art. 144 da Constituição Federal, que disciplina as competências policiais, ou o art. 5º, também do texto constitucional, que elenca a segurança como direito fundamental (LEMGRUBER; FREIRE JÚNIOR, 2022).

Tais dispositivos, entretanto, não contemplam especificamente as buscas pessoais, o que pode configurar violação ao princípio da legalidade estrita, conforme argumentam Gisela Aguiar Wanderley (2014, 2017a, 2017b) e José Borges de Moraes Júnior (2022), particularmente considerando os direitos fundamentais afetados por essas abordagens.

Segundo a referida autora, as buscas pessoais preventivas fundamentadas exclusivamente em norma constitucional de repartição de competências (como o art. 144 da Constituição Federal) contrariam o princípio da legalidade estrita, bem como o postulado da *nulla coatio sine lege* (WANDERLEY, 2017b, p. 1134-1135).

Dessa forma, no entendimento de parcela dos estudiosos, a busca pessoal possui caráter excepcional, sendo imprescindível a observância dos requisitos estabelecidos no art. 244 do Código de Processo Penal, na ausência de legislações específicas que a regulamentem.

Atendo-se ao CPP, uma das possibilidades de realização da busca pessoal refere-se aos casos em que se caracteriza “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito” (BRASIL, 1941). Nessas hipóteses, a busca deve possuir “referibilidade” ao caso penal sob apuração e “instrumentalidade” em relação à correlata persecução penal (WANDERLEY, 2017b, p. 1123).

Isso significa que ela deve pressupor prática delitiva pretérita ou atual, que deve orientá-la. Exemplificativamente, se um policial possui fundada suspeita de que determinado indivíduo porta objeto que constitui corpo de delito, torna-se necessária a delimitação prévia do delito ao qual o objeto se relaciona. Assim, se o requisito da “referibilidade” deve delimitar o objeto da busca, o requisito da “instrumentalidade” deve limitar seu escopo.

Além da configuração da “fundada suspeita” de que a pessoa porta arma de uso proibido ou objeto de corpo de delito, a busca pessoal é admissível apenas nos casos de prisão, nas hipóteses de mandado judicial prévio, ou no curso de buscas domiciliares (BRASIL, 1941). Essas constituem, portanto, as hipóteses de busca pessoal de natureza processual, conforme estabelece o CPP.

Segundo parcela do pensamento jurídico (WANDERLEY, 2017b, p. 1142-1143), excepcionando-se as hipóteses de busca pessoal processual, é admissível a realização de buscas destinadas a interromper danos ou peri-

go concreto atual ou iminente. Nessas circunstâncias, assumem natureza inibitória.

Para a caracterização dessa modalidade de busca é necessário que os policiais se deparem com perigo atual ou iminente ou identifiquem alguém em tal situação. Isso porque a conduta policial, caso a percepção de perigo ou dano não se confirme, encontra amparo nas causas excludentes de ilicitude. Não é qualquer situação, portanto, que enseja a busca pessoal de caráter inibitório, que não se confunde com aquela de caráter preventivo geral.

Restringindo-se as hipóteses legais de busca pessoal às mencionadas, Gisela Aguiar Wanderley (2014, 2017a, 2017b, p. 1145) e José Borges de Moraes Júnior (2022) sustentam que a realização de buscas pessoais fundamentadas em “prevenção geral” carece de embasamento no ordenamento jurídico pátrio, relacionando-se a uma cultura policial brasileira que tende a sujeitar grupos sociais marginalizados.

Por outro lado, a corrente teórica que defende a possibilidade de realização das buscas pessoais de caráter preventivo geral enfatiza a necessidade de garantia da segurança pública. Sustenta, assim, que “o excesso de segurança suprime a liberdade, e a total liberdade suprime a segurança” (LEMGRUBER; FREIRE JÚNIOR, 2022), argumentando que a restrição das possibilidades de buscas pessoais às hipóteses expressamente previstas em lei compromete o direito à segurança.

Adilson Luís Franco Nassaro (2011), nesse sentido, defende que as buscas pessoais devem ser compreendidas como atos discricionários decorrentes do poder de polícia, possuindo os requisitos e atributos próprios de tais atos. Como qualquer ato administrativo, devem ser realizadas por agente competente, evidenciando-se suas finalidades, motivos, objetos e formas. A competência, nessa perspectiva, teria como fundamento o art. 144 da Constituição Federal.

Observa-se tendência dos órgãos de segurança pública de acolher o entendimento segundo o qual as polícias possuem legitimidade para a realização das denominadas “buscas pessoais de prevenção geral”. Exemplificativamente, verifica-se a nota divulgada em 2022 pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado de Segurança Pública (CONSEP), que manifestou entendimento contrário ao do STJ no julgamento do RHC 158.580/BA, sustentando que, se os policiais não realizam buscas pessoais

a partir do recebimento de denúncias anônimas, “o crime se fortalece, impactando diretamente na segurança de todos com o aumento de mortes violentas, furtos, roubos e tráfico de drogas” (GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, 2024).

Alguns autores, como Henrique Hoffmann (2017), Eduardo Godinho e Rodrigo Foureaux (2022), ressaltam a possibilidade de realização de buscas pessoais preventivas de caráter administrativo, fundamentadas em normas jurídicas específicas que lhes conferem legalidade. Citam, assim, o Estatuto do Torcedor (atual Lei Geral do Esporte), o Código de Trânsito Brasileiro e a Legislação de Fiscalização Aduaneira.

Esse entendimento encontra repercussão na jurisprudência do STJ, conforme evidencia o julgamento do HC 625274/SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz:

A denominada “busca pessoal por razões de segurança” ou “inspeção de segurança”, ocorre rotineiramente em aeroportos, rodoviárias, prédios públicos, eventos festivos, ou seja, locais em que há grande circulação de pessoas e, em consequência, necessidade de zelar pela integridade física dos usuários, bem como pela segurança dos serviços e instalações. Embora a inspeção de segurança também envolva restrição a direito fundamental e possa ser alvo de controle judicial a posteriori, a fim de averiguar a proporcionalidade da medida e a sua realização sem exposição vexatória, o principal ponto de distinção em relação à busca de natureza penal é a faculdade que o indivíduo tem de se sujeitar a ela ou não. Em outras palavras, há um aspecto de contratualidade, pois a recusa a se submeter à inspeção apenas irá obstar o acesso ao serviço ou transporte coletivo, funcionando como uma medida de segurança dissuasória da prática de ilícitos. (BRASIL, 2023)

Verifica-se, contudo, que embora algumas legislações apontadas por Henrique Hoffmann (2017), Eduardo Godinho e Rodrigo Foureaux (2022) façam referência a “revistas pessoais” (como a Lei Geral do Esporte, em seu art. 153, inciso III), outras não disciplinam especificamente a prática de buscas pessoais de caráter preventivo, como o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 269, §1º, dispositivo citado pelos referidos autores.

O tema foi objeto de recomendação emitida pelo MPF à força nacional de segurança e às polícias federal e rodoviária federal em 2012, a qual

obteve parecer favorável da AGU (G1, 2012). O MPF recomendou o fim da busca pessoal indiscriminada em passageiros de ônibus que partiam do município de Corumbá-MS, considerando-a inconstitucional.

No âmbito processual penal, a jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que, para a realização de buscas pessoais, salvo nos casos mencionados no julgamento do HC 625274/SP, devem ser observados os requisitos dispostos no art. 244 do CPP. Ou seja, além das buscas pessoais processuais, a jurisprudência do STJ reconhece apenas buscas preventivas que decorram de “contratualidade”, ou que possuam previsões legais específicas, rejeitando as “buscas preventivas de caráter geral”.

Observando-se a centralidade que o art. 244 assume na análise de regularidade das buscas pessoais, outra dificuldade inerente a tal análise diz respeito à delimitação das circunstâncias que caracterizam a fundada suspeita descrita no referido dispositivo legal.

Esse aspecto é amplamente debatido pela literatura especializada e pela jurisprudência. Parcela dos autores (AVENA, 2018; LOPES JÚNIOR, 2020) atribui a dificuldade de aferição da fundada suspeita à imprecisão do art. 244 do CPP, qualificando-o como cláusula genérica de conteúdo vago e indeterminado, que propicia subjetividade do agente público e fomenta seletividade do sistema penal, incidindo preferencialmente sobre a camada economicamente menos favorecida da sociedade (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 824).

No entendimento de Gisela Aguiar Wanderley (2017b), todavia, mais do que deficiência legislativa, há leitura incompleta da lei processual penal por parte dos juristas e dos agentes do sistema de justiça brasileiro, considerando as limitações que a “referibilidade” e a “instrumentalidade” impõem às abordagens policiais.

Diante de todos os posicionamentos expostos, não se verifica consenso no campo acadêmico acerca das normas que autorizam as buscas pessoais, nem sobre a interpretação que deve ser conferida a elas.

2.3 Como verificar as circunstâncias que legitimam as buscas pessoais?

Além da identificação das normas que autorizam as buscas pessoais, outra dimensão que permeia o controle de legalidade dessas medidas refere-se à verificação, nos casos concretos, das circunstâncias legitimadoras descritas nos dispositivos legais. Nesse contexto, pesquisadores (DE

JESUS, 2016, 2020; PRADO; CALDAS, 2020; LEITE, 2019) sinalizam que as circunstâncias consideradas pelos órgãos do sistema de justiça correspondem àquelas descritas pelos agentes de segurança pública.

Essa dependência decorre do fato de que as provas mais frequentes nas ações penais que apuram a prática de tráfico de drogas dizem respeito aos testemunhos dos agentes que efetuaram as prisões em flagrante e aos interrogatórios (IPEA, 2023, p. 63). Diante da presunção de legitimidade dos atos desses agentes, o que se verifica é que suas declarações adquirem especial relevância para os operadores do direito. É o que Maria Gorete Marques de Jesus (2016) denomina “regime de verdade policial”. Dessa forma, torna-se necessário maior rigor na recepção de suas narrativas.

Segundo Prado e Caldas, a presunção de veracidade atribuída às declarações policiais inverte o ônus da prova no âmbito processual penal, constituindo imprecisão técnica, porquanto tal presunção (de caráter relativo) refere-se exclusivamente aos atos administrativos e repercute apenas na esfera administrativa (2020, p. 11), sem transferência para o contexto do processo penal.

Os referidos autores apontam, ainda, que a atuação policial é motivada por pressões e exigências político-institucionais. Nesse sentido, citam a Lei Estadual da Bahia n.º 12.043/2011 e o Decreto n.º 12.556 (que regulamenta a referida lei), que preveem bonificação pecuniária aos policiais por apreensão de armas de fogo. Sustentam, assim, que esses elementos podem comprometer a credibilidade de suas declarações, considerando os interesses envolvidos.

No âmbito do Estado de Pernambuco, verifica-se a Lei n.º 16.170/2017, que dispõe sobre a “Gratificação Pacto pela Vida – GPPV” aos policiais civis e militares. Nos artigos 3º e 7º da referida lei estabelece-se a concessão de gratificação nos casos de apreensão de cocaína e seus derivados, com estipulação de quantidade mínima dos entorpecentes para o merecimento da bonificação.

Nesse contexto, verifica-se recomendação da literatura especializada de criação de mecanismos capazes de aferir a veracidade das declarações policiais, dada a centralidade que possuem no âmbito processual penal, ao narrar as circunstâncias que ensejaram a busca pessoal e a consequente prisão em flagrante.

Isso porque é possível que as circunstâncias descritas pelos policiais

contemplem os requisitos do art. 244 do CPP sem que tenham se mostrado efetivamente presentes no momento da abordagem. Uma razão para tanto pode ser a concessão de gratificações.

Recentemente, em julgados de 2024, o Superior Tribunal de Justiça abordou tal possibilidade, em postura que relativizou o contexto de “regime de verdade policial” anteriormente descrito:

Conforme orientação firmada pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do HC n. 877/943/MS, não se deve ignorar a possibilidade de que se criem discursos ou narrativas dos fatos para legitimar a diligência policial. Daí, por conseguinte, a necessidade de ser exercido um “especial escrutínio” sobre o depoimento policial, na linha do que propôs o Ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO (Tema de Repercussão Geral n. 280). (BRASIL, 2024)

Torna-se pertinente citar, nesse sentido, resultados obtidos na pesquisa realizada por Maria Gorete Marques de Jesus (2016), que identificou elementos sistematicamente omitidos pelos policiais na descrição das abordagens e dos flagrantes, indicando posturas seletivas por eles perpetradas. Um dos policiais entrevistados chega a afirmar que “o policial faz um trabalho psicológico no cara. Esse trabalho psicológico a gente usa muito. O policial não pode ser santo. Ele tem que saber conversar com o promotor e com o ladrão”. (DE JESUS, 2016, p. 100).

Na pesquisa foi observado, ainda, que as “denúncias anônimas”, comumente citadas por policiais na descrição das circunstâncias que ensejaram as buscas pessoais, são oriundas da própria corporação. Delegados, quando entrevistados, manifestaram-se sobre tal prática:

Eles fazem investigação, isto é ilegal, o serviço de inteligência é da polícia judiciária, não dos policiais militares”, alegou o Delegado 4. “Os policiais do P2 fazem denúncia anônima porque não podem aparecer no B.O. que o flagrante foi motivado por investigação da PM, isso é uma ilegalidade”, afirmou o delegado 8. (2016, p. 88-89)

Dessa situação, infere-se a importância de registros capazes de atestar a veracidade das declarações dos agentes de segurança pública, sejam eles concernentes às denúncias anônimas que alegam receber antes das abordagens, ou a demais diligências por eles realizadas previamente às

buscas pessoais.

Alguns estudiosos sugerem a adoção de câmeras corporais por agentes de segurança pública, capazes de registrar as diligências realizadas, bem como o momento de desenvolvimento das buscas. Em meio a tal sugestão, Assis (2011), Lima e Vieira Júnior (2023) destacam o direito à privacidade dos cidadãos abordados, bem como dos policiais, como obstáculo a essa adoção. Para a implantação de políticas públicas referentes ao uso das câmeras corporais há, ainda, obstáculos financeiros, conforme pontuam Claudio Alberto Gabriel Guimarães, Davi Uruçu Rego e Themis Maria Pacheco de Carvalho (2019).

Outra questão que dificulta o controle das situações que ensejam as buscas pessoais refere-se à ausência de dados sobre as abordagens que não desencadeiam instauração de outros procedimentos, como o inquérito policial. Isso porque, nesses casos, nem mesmo as descrições policiais são facilmente identificadas. Ademais, há pesquisas que demonstram a subnotificação das abordagens policiais praticadas com abuso de poder (PINC, 2012). Dentre as razões para tal subnotificação, identifica-se o receio dos cidadãos de denunciar policiais.

O uso de câmeras corporais ou mesmo o registro das buscas pessoais por outras formas pode melhorar essa situação e facilitar o controle da atividade policial. Trata-se de forma de viabilizar o accountability dos membros de uma instituição que exerce a força armada do Estado.

Diante do exposto, restam evidenciadas algumas das dificuldades que permeiam o controle de legalidade das buscas pessoais realizadas em investigações de tráfico de drogas, as quais são evidentemente enfrentadas pelo parquet, no exercício da função que lhe foi atribuída pelo art. 129, inciso VII da Constituição Federal.

3. DIVERGÊNCIAS INSTITUCIONAIS ENTRE MP E JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A LEGALIDADE DAS BUSCAS PESSOAIS

O Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar sobre a legalidade de diversas buscas pessoais, no âmbito dos processos que apuram/apuraram a prática de tráfico de drogas.

Para análise de parte dos julgados, foi realizada busca no sítio eletrônico do STJ, na qual foi utilizado um filtro cronológico (a partir do

qual foram colhidos apenas os acórdãos publicados entre 01/01/2020 e 01/01/2024). Os julgados foram selecionados mediante combinação dos termos ‘tráfico’, ‘busca pessoal’ e ‘fundada suspeita’, excluídas as modalidades domiciliar e veicular (NÃO “veicular” NÃO “domiciliar” NÃO “domicílio”), o que desencadeou a seleção de 92 julgados. O objetivo foi identificar padrões decisórios e mensurar a convergência entre os entendimentos jurisprudenciais e as manifestações ministeriais nos casos de reconhecimento da ilegalidade das buscas.

Um primeiro dado a ser citado, portanto, diz respeito ao número de buscas consideradas ilegais em meio a eles: 53, o que corresponde a um percentual superior a 57%.

Um segundo dado diz respeito ao percentual de casos em que a busca pessoal foi considerada ilegal para as diferentes turmas do STJ: dos 53, 43 (cerca de 81%) foram julgados pela 6ª Turma. Tal dado, sozinho, pode acarretar conclusões precipitadas, porquanto o enquadramento “legal/ilegal” depende das condições dos casos concretos. Nada impede, por exemplo, que a maioria dos casos julgados pela 6ª Turma tenha ensejado o reconhecimento da ilegalidade das práticas policiais e que a maioria dos casos julgados pela 5ª Turma tenha abarcado práticas legais. Nisso, deve-se ressaltar, ainda, que a maioria (54/92, cerca de 60%) dos acórdãos examinados são oriundos da 6ª Turma.

Quando analisadas as circunstâncias de cada caso, contudo, percebeu-se que situações que ensejaram o reconhecimento da ilegalidade das buscas para a 6ª Turma, não ensejaram o reconhecimento da referida ilegalidade pela 5ª Turma (vide RHC n. ° 160857/SP, julgado pela 6ª Turma, e AgRg no HC n. ° 820276/SP, julgado pela 5ª Turma). Isso evidencia, *a priori*, uma dissonância entre os entendimentos de ambas as turmas do STJ, o que pode revelar uma espécie de divergência jurisprudencial.

Nos casos acima citados, as circunstâncias que ensejaram a busca pessoal disseram respeito a i) patrulhamento de rotina em região conhecida como ponto de tráfico de drogas, e ii) a visualização de indivíduo que, com a aproximação dos policiais, empreendeu fuga.

Ademais, notou-se que nos casos julgados pela 5ª Turma foram consideradas legais outras buscas que contaram com tais circunstâncias, acrescidas da descrição de que a pessoa abordada portava uma sacola, ou uma mochila, ou aparentava ter um “volume” no moletom que vestia.

Excetuando-se a tentativa de fuga (que, em alguns casos, diz respeito a uma mera alteração do trajeto seguido pelo indivíduo e que, conforme entendimento recorrente nos julgados, não é razão suficiente para a abordagem policial), o que se observa é que tais características podem dizer respeito a qualquer pessoa que transita por regiões enquadradas como “conhecidas pela prática de tráfico de drogas”, que também podem dizer respeito a uma diversidade de lugares, o que pode afetar desproporcionalmente pessoas que vivem em regiões menos favorecidas.

Ademais, constatou-se que, de todos os 53 casos em que as buscas pessoais foram consideradas ilegais pelo STJ, apenas em cinco deles (HC 832403/RS; HC 817906/SP; HC 737889/SP; HC 742578/SP e HC 732517/SP) o Ministério Público se manifestou de forma favorável ao reconhecimento da ilegalidade das buscas pessoais realizadas, percentual este inferior a 10%. Esse dado pode indicar a existência de uma divergência entre os entendimentos do MP e do STJ acerca das condições de legalidade das buscas pessoais, ou mesmo uma sobreposição da função de acusação em relação às funções de fiscal da ordem jurídica e de controlador externo da atividade policial.

Outro dado que merece ser citado diz respeito à constante citação do art. 244 do CPP nos acórdãos analisados. Isso porque, conforme visto no capítulo anterior, tal dispositivo trata das hipóteses de busca pessoal de natureza processual. Ou seja, das buscas que devem ocorrer quando já se tem algum conhecimento prévio acerca de condutas delituosas, as quais já devem estar minimamente delineadas, a fim de que contem com os requisitos da “referibilidade” e da “instrumentalidade”.

A Corte não pareceu acolher, ao menos no julgamento dos acórdãos ora analisados², a possibilidade de realização de buscas pessoais de “prevenção geral”. Contudo, a quantidade de buscas consideradas ilegais indica uma não observância dos requisitos da “referibilidade” e da “instrumentalidade”, inferidos do art. 244 do CPP, pelos agentes estatais.

Por fim, foi possível perceber alguns pontos enfatizados por ambas as turmas do STJ, o que deslinda um consenso mínimo existente no campo jurisprudencial. Significativa parte dos julgados (31/92), por exemplo, fez menção ao RHC 158.580/BA.

Como o julgado em questão é de 2022 e a presente pesquisa limitou a análise aos casos julgados entre janeiro de 2020 e janeiro de 2024, o nú-

mero de referências ao RHC 158.580/BA se mostra considerável³.

O RHC 158.580/BA estabeleceu parâmetros mínimos que parecem ser reforçados por ambas as turmas. Dentre eles, podem ser citados os seguintes: i) meras informações de fonte não identificada (“denúncias anônimas”) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta não preenchem o *standard* probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP; ii) o encontro de objetos ilícitos após a busca pessoal, independentemente da quantidade, não convalida a ilegalidade prévia.

O acórdão elencou, ainda, três razões principais para a adoção desses parâmetros: i) evitar o uso excessivo das buscas pessoais e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva de direitos fundamentais; ii) garantir a sindicabilidade da abordagem, para que ela possa ser contestada pelas partes e ter a validade controlada *a posteriori* por um terceiro imparcial; iii) evitar a repetição de práticas que reproduzem preconceitos estruturais, como é o caso do perfilamento racial, reflexo do racismo estrutural.

Por fim, diante do consenso mínimo observado no campo jurisprudencial do STJ, torna-se interessante citar que, em diversos casos (vide HC 788084/AL; HC 830071/PR; HC 817710/SP; AgRg no HC 792411/SP; AgRg no HC 766068/SP; AgRg no HC 772174/GO; HC 8045047/RS; AgRg no AgRg no RCH 160690/BA; HC 735271/SP; HC 678067/SP; AgRg no RHC 161806/BA; Resp 1961459/SP), o Ministério Público entendeu pela legalidade das buscas pessoais realizadas a partir de meras informações de fonte não identificada (“denúncias anônimas”) e da alegação dos policiais de que visualizaram “atitudes suspeitas”.

4. ARCABOUÇO LEGAL E FERRAMENTAS INSTITUCIONAIS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MP

4.1 Da fundamentação constitucional à regulamentação no CNMP

O controle externo da atividade policial foi constitucionalmente atribuído ao Ministério Público pelo art. 129, VII da Constituição Federal. Tal dispositivo estabelece a necessidade de criação de lei complementar regulamentadora, configurando, nas palavras de Ávila (2020, p. 1), “norma constitucional de eficácia limitada, já que a Constituição traça um

quadro geral das relações de controle entre Ministério Público e atividade policial, condicionando seu pleno exercício à regulamentação em lei complementar”.

A lei complementar correspondente foi promulgada em 1993, constituindo o “Estatuto do Ministério Público da União”, aplicável subsidiariamente aos parquets estaduais. Além do referido estatuto, a regulamentação do controle externo da atividade policial encontra-se disciplinada pelas leis orgânicas e resoluções de cada MP, bem como pelo poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público, instituição estabelecida em 2004 com competência para o controle externo de 30 unidades do Ministério Público brasileiro.

No que concerne às leis orgânicas dos Ministérios Públicos estaduais, verifica-se, predominantemente, reprodução das disposições estabelecidas na Lei n.º 75/1993, sem desenvolvimentos significativos quanto ao controle externo da atividade policial.

Apenas recentemente, mediante alterações legislativas, observou-se nessas leis a incorporação de promotorias e órgãos de apoio especializados no referido controle. Exemplificativamente, destacam-se as leis orgânicas dos Ministérios Públicos do Acre (Lei Complementar Estadual n.º 291/2014), do Amapá (Lei Complementar Estadual n.º 79/2013) e do Amazonas (Lei Complementar Estadual n.º 11/1993), que contemplam tais inovações institucionais.

Paralelamente, constata-se a criação de órgãos especializados no controle da atividade policial, exemplificados pelo Grupo de Atuação Conjunta Especializada (GACE) de Prevenção e Controle Externo, instituído em 2023, e pelo Centro de Apoio Operacional de Defesa Social e Controle Externo da Atividade Policial, criado em 2021, ambos no âmbito do Ministério Público de Pernambuco.

Relativamente aos atos regulamentares do CNMP, merece destaque inicial a Resolução n.º 20, de 28 de maio de 2007, primeira norma do Conselho dedicada ao controle externo da atividade policial. Em 2009, tal resolução foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4220 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. O mérito da ação, contudo, não foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu recentemente o prejuízo da matéria em razão da revogação do ato normativo pela Resolução n.º 279, de 12 de dezembro de 2023 do CNMP, igualmente

voltada ao controle externo da atividade policial.

Similarmente à anterior, a resolução de 2023 teve sua constitucionalidade contestada mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7592 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil).

A nova resolução, desde suas considerações iniciais, referencia pactos internacionais e legislações inexistentes à época da resolução anterior, como a Lei n.º 13.675, de 11 de junho de 2018, instituidora do Sistema Único de Segurança Pública, e a Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010, que estabeleceu o Estatuto da Igualdade Racial.

Nesse contexto, a resolução disciplina, em dispositivos específicos (art. 3º, VIII; art. 11, X), o controle de práticas discriminatórias policiais. O art. 3º aborda a questão genericamente, enquanto o art. 11 contempla especificamente os casos de letalidade policial.

A resolução inova, ainda, ao mencionar órgãos especializados no controle externo da atividade policial (art. 4º, I e parágrafo único), harmonizando-se com a tendência verificada nas leis orgânicas e contrastando com o ato normativo anterior.

Ademais, considerando as discussões desenvolvidas no presente trabalho, a Resolução n.º 279/2023 do CNMP expandiu e pormenorizou o acesso a diversos registros e documentos policiais (art. 5º, II, “j”; art. 5º, VIII; art. 6º, I e III), abrangendo inclusive as bodycams (câmeras corporais). Ampliou, igualmente, as referências às possibilidades de abuso de poder e ocorrências de atos irregulares por parte dos órgãos policiais.

Além dessas resoluções, outros atos normativos do CNMP versaram sobre o controle externo da atividade policial. Pesquisa no sítio eletrônico do Conselho, utilizando o termo “controle externo da atividade policial”, identificou 272 resultados.

Desses, 225 referiram-se exclusivamente a requisições (e respectivas prorrogações ou revogações) de servidores para a “Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública”, a processos concernentes a tais servidores ou a atos relativos a outras modalidades de controle externo. Apenas 47 dos 272 abordaram, minimamente, o controle externo da atividade policial.

Desses 47, a maioria contemplou portarias instituidoras ou alteradoras de grupos de trabalho (17 no total) no âmbito da “Comissão do

Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública” (CSP) ou que instauraram correições e inspeções extraordinárias (14 no total) em unidades dos Ministérios Públicos estaduais com atribuição na área do controle mencionado.

Nenhum dos atos normativos disciplinou especificamente as buscas pessoais. Tal regulamentação poderia ter ocorrido analogamente ao tratamento conferido a outros temas, como a Recomendação n.º 43, de 13 de setembro de 2016, que versou sobre procedimentos referentes a “crimes de natureza sexual, tortura, maus tratos e tráfico de crianças e adolescentes”.

Essa abordagem poderia materializar-se, ainda, mediante portaria instauradora de grupo de trabalho dedicado especificamente ao controle de buscas pessoais, a exemplo da Portaria CNMP-PRESI n.º 72, de 19 de julho de 2017, que instituiu grupo de trabalho para analisar a atuação ministerial nos casos de mortes de policiais em serviço. Tal necessidade justifica-se pelo impacto significativo das buscas pessoais no sistema criminal brasileiro.

Diante dos recentes grupos de trabalho instaurados, contudo, é possível que sejam publicadas orientações ou manuais contemplando, de alguma forma, as buscas pessoais realizadas por policiais, embora não as tenham como foco principal.

Ao final de 2023, foi instaurado grupo de trabalho (Portaria CNMP-PRESI n.º 420, de 12 de dezembro de 2023) para formulação do “Manual de Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial”. Em julho de 2024, instituiu-se grupo de trabalho (Portaria CNMP-PRESI n.º 221, de 4 de julho de 2024) destinado ao estudo da temática do Racismo na Atividade Policial e dos Protocolos de Atuação das Forças Policiais, objetivando propor eventual ato normativo sobre o tema e elaborar publicação denominada “Guia de Atuação Ministerial no Enfrentamento ao Racismo na Atividade Policial”.

Ademais, foi instituída em abril de 2024 a ouvidoria de combate à violência policial no âmbito da Ouvidoria Nacional do Ministério Público (Portaria CNMP-PRESI n.º 135, de 16 de abril de 2024), a qual pode contribuir para o controle das buscas pessoais realizadas abusivamente.

4.2 Das possibilidades de controle da legalidade das buscas pessoais pelo MP: do “difuso” ao “concentrado”

A Resolução n.º 279, de 12 de dezembro de 2023 do CNMP especifica, em seu art. 5º, prerrogativas e instrumentos passíveis de adoção pelo MP no exercício do controle externo da atividade policial. A maioria refere-se ao acesso (ou à possibilidade de requisição) de diversos tipos de documentos e informações oriundos de órgãos de segurança pública, autorizando-se, ademais, a livre circulação dos membros nos estabelecimentos policiais.

O art. 9º da Lei n.º 75/1993 estabelece formas extrajudiciais e judiciais de exercício do controle externo, compreendendo: i) representação à autoridade competente pela adoção de providências para sanar omissões, prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; ii) instauração de inquérito policial sobre omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; e iii) promoção da ação penal por abuso de poder.

Além das normas específicas sobre as formas de exercício do controle externo da atividade policial, deve-se considerar a denominada “transversalidade institucional do Ministério Público” (SANTOS, 2019), que faculta aos órgãos ministeriais transitarem por diversos setores na consecução de seus objetivos. Ou seja, os membros do parquet podem empregar mecanismos das mais variadas áreas no exercício do controle externo da atividade policial.

Exemplificativamente, o art. 4º, I da Resolução n.º 279, de 12 de dezembro de 2023 do CNMP inclui os membros ministeriais com atribuição na área cível como participantes do controle externo da atividade policial em sua modalidade “difusa”.

Considerando a plêiade de atribuições e ferramentas disponíveis ao MP para desempenhar suas funções, Douglas Oldegardo Cavalleiro Santos (2019, p. 77) sustenta que o *Parquet* possui instrumentos suficientes para atender ao mandamento constitucional de velar pela segurança pública, “cabendo-lhe, tão somente, articular-se de maneira a viabilizar o uso desses instrumentos”.

Quanto à articulação dos instrumentos disponibilizados ao MP para o desempenho do controle externo da atividade policial, mostra-se pertinente examinar as modalidades “difusa” e “concentrada” desse controle, explicitadas no art. 4º da Resolução n.º 279/2023 do CNMP.

O controle “difuso” caracteriza-se pela realização por todos os membros do Ministério Público durante o exame de procedimentos investigatórios e judiciais de qualquer natureza. O controle “concentrado”, por sua vez, constitui aquele exercido por órgãos especializados, predominantemente de forma extraprocessual.

No âmbito do controle difuso, embora seja possível a atuação de membros com atribuições diversas, verifica-se principalmente a participação daqueles com competências criminais. Trata-se do controle realizado pelos promotores e procuradores de justiça (ou procuradores da república) que recebem autos de inquéritos policiais, participam das audiências de custódia (analisando as abordagens policiais que ensejaram prisões em flagrante), oferecem denúncias, manifestam-se sobre o arquivamento de inquéritos e participam de diversos outros atos processuais.

O caso do promotor Jacson Zilio, que obteve repercussão midiática em 2023, exemplifica a atuação dos membros do MP na modalidade “difusa” do controle externo da atividade policial. Conforme noticiado, manifestou-se em processos criminais favoravelmente ao reconhecimento da ilegalidade de buscas pessoais realizadas por agentes públicos.

Em razão das manifestações do referido promotor, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Paraná requereu sua remoção compulsória, alegando que “desconsiderou o trabalho de outros membros do MP” e utilizou “precipitadamente” precedentes do STJ (HIGÍDIO, 2023). Tal episódio pode indicar divergência entre o entendimento de parcela dos membros ministeriais e a jurisprudência do STJ, ou, minimamente, relutância em sua aplicação.

A modalidade “concentrada” de controle externo da atividade policial tem se desenvolvido principalmente nos últimos anos. Não obstante seu caráter recente, pesquisadores (GUIMARÃES, 2001; CAVALLAZZI; SUXBERGER, 2019; SANTOS, 2019; ÁVILA, 2020) identificam essa modalidade como mecanismo essencial para o desempenho da função atribuída ao *Parquet* pelo art. 129, VII da Constituição Federal.

Santos destaca que diversos aspectos da atividade policial escapam à análise de casos isolados, como se observa no controle difuso:

Veja-se que um inquérito de furto isoladamente considerado não permite inferir o contexto que abrange os crimes contra o patrimônio numa dada região. Porém, a soma de todos os

inquéritos de furto de dada região a ser analisada, por um período considerável de tempo, já traz deduções estatísticas que dirigem corretamente o olhar analítico para uma efetiva atuação na tutela do interesse social e do direito individual indisponível à segurança. E tais informações estão à disposição do Ministério Público periodicamente, nas vistas dos inquéritos policiais (quando não pelo acesso direto aos bancos de dados dos sistemas de segurança pública, como ocorre em alguns estados). (2019, p. 67)

O autor enfatiza que é mediante o conhecimento, processamento e análise dos dados que o Ministério Público pode atuar satisfatoriamente na tutela do direito social à segurança pública.

Similarmente, Vanessa Wendhausen Cavallazzi e Antonio Henrique Graciano Suxberger (2019) destacam o papel do MP como indutor de políticas públicas relacionadas ao direito à segurança pública, referenciando a essencialidade da atuação ministerial na busca pelas evidências que podem nortear diversas políticas para a área.

É exclusivamente por meio do controle externo da atividade policial em sua modalidade concentrada que se pode apurar, exemplificativamente, o percentual de casos que, uma vez registrados na polícia, sobrevivem até a fase de execução de sentença (CAVALLAZZI; SUXBERGER, 2019, p. 234).

Analogamente, por meio desse tipo de controle pode-se calcular o número de buscas pessoais que, uma vez realizadas, desembocam em processos criminais que alcançam a fase de cumprimento de sentença.

Santos aponta que, além de órgãos especializados capazes de realizar o controle nos âmbitos federal e estadual, mostra-se importante a existência de órgãos especializados no âmbito municipal, pois “o crime não ocorre nos estados, mas nas cidades” (2019, p. 72). Por meio de tais órgãos, podem-se reunir dados e compreender particularidades referentes a diferentes regiões do país.

Destarte, o MP possui ferramentas e prerrogativas que possibilitam o desempenho da função de controle externo da atividade policial e, consequentemente, o controle de legalidade das buscas pessoais comumente realizadas para apurar a prática de tráfico de drogas.

Dentre eles, destaca-se o acesso a diversos documentos e registros manuseados por órgãos policiais (como o auto de prisão em flagrante delito, no qual os policiais responsáveis pela prisão relatam o ocorrido). É

mediante tais acessos que o MP pode identificar irregularidades e adotar as providências cabíveis, sejam medidas extrajudiciais ou judiciais. O MP pode expedir recomendações aos órgãos policiais, promover ações educativas ou investigações, quando obtiver indícios de atos ilícitos perpetrados por agentes públicos.

Considerando a imprescindibilidade da reunião de dados para o desempenho da função de controle externo da atividade policial, verifica-se recomendação dos pesquisadores para o desenvolvimento desse controle na modalidade concentrada:

Deve-se ir além de uma atuação pontual e isolada de cada promotoria de justiça criminal que, ao procurar romper com a angústia de ter seu trabalho pautado exclusivamente pela polícia, analisa criteriosamente os autos da prisão flagrante lavrados em decorrência da busca pessoal realizada de forma seletiva e discriminatória. Embora louvável, essa postura tem alcance limitado no desafio de romper o paradigma da seletividade da abordagem policial para avançar no modelo democrático que afirma a dignidade humana. (Morais Júnior, 2022, p. 75)

No mesmo sentido, destacam-se os enunciados aprovados pelos membros do Ministério Público presentes ao Simpósio Sociedade Civil e Fiscalização da Violência Policial, realizado de 18 a 20 de junho de 2008, em Brasília/DF:

7. É recomendável que os Ministérios Públicos organizem a atuação de seus Membros, em Promotorias Especializadas, Núcleos ou Coordenações, fornecendo-lhes recursos materiais e humanos e condições para o exercício do controle externo da atividade policial, articulando-se estreitamente com os demais órgãos de execução do Ministério Público em matéria criminal e do exame da probidade dos atos administrativos de policiais.

[...]

11. É recomendável que os órgãos ministeriais especializados no controle externo da atividade policial promovam reuniões periódicas com as instituições policiais e com organizações ligadas à defesa de direitos humanos, destinadas a discutir estratégias para implementar as alterações necessárias ao aperfeiçoamento constante da atividade policial.

(Ministério Público do Estado de Goiás, 2013)

A ênfase conferida ao controle externo da atividade policial em sua modalidade “concentrada” não constitui tendência recente, evidenciando a necessidade de desenvolvimento institucional nessa direção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: EM BUSCA DA RACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO NO ÂMBITO DO MP

A presente investigação demonstrou a existência de divergências institucionais significativas no controle da legalidade das buscas pessoais realizadas em investigações de narcotráfico. A análise empírica de 92 julgados do Superior Tribunal de Justiça revelou que 57% das buscas foram declaradas ilegais, enquanto em apenas 10% desses casos o Ministério Público manifestou-se favoravelmente ao reconhecimento da ilegalidade. Esse descompasso evidencia a urgência de reformulação dos mecanismos de controle externo da atividade policial pelo parquet.

No contexto das investigações de tráfico de drogas, nas quais as abordagens pessoais constituem procedimento recorrente, o MP deve conciliar múltiplas dimensões: assegurar a eficiência persecutória, garantir o respeito aos direitos fundamentais e preservar a validade dos atos policiais, que possuem repercussão direta no âmbito processual quando a instituição atua como titular da ação penal. É precisamente nesse contexto que as forças policiais podem adotar posturas seletivas, comprometer direitos fundamentais e gerar resultados díspares nas ações penais.

A investigação identificou cinco dificuldades centrais que permeiam o controle de legalidade das buscas pessoais: i) divergências acadêmicas e institucionais acerca dos dispositivos legais regulamentadores; ii) controvérsias sobre as circunstâncias legitimadoras; iii) ausência de instrumentos para aferição da veracidade das narrativas policiais; iv) carência de dados sobre abordagens que não desencadeiam procedimentos subsequentes; e v) subnotificação de práticas abusivas em razão do receio cidadão de denunciar agentes policiais.

Essas dificuldades apresentam caráter sistêmico e interconectado, de modo que a solução de uma repercute nas demais. A título exemplificativo, a implementação de registros detalhados das diligências policiais e das buscas pessoais pode mitigar simultaneamente as limitações relacionadas à verificação de veracidade, à disponibilidade de dados e à subnotificação

de abusos. Similarmente, a construção de consenso acerca das circunstâncias legitimadoras das buscas pode reduzir as divergências normativas e interpretativas identificadas.

A análise jurisprudencial evidenciou tendência dos membros do MP de considerar legais buscas pessoais posteriormente julgadas ilegais pelo STJ, sugerindo não apenas divergência interpretativa entre as instituições, mas possível sobreposição da função acusatória em relação às atribuições de fiscal da ordem jurídica e controlador externo da atividade policial. O elevado índice de buscas consideradas ilegais (superior a 57%) demanda investigação futura sobre as medidas adotadas frente ao reconhecimento dessas ilegalidades, incluindo a expedição de orientações aos órgãos policiais e a instauração de procedimentos administrativos para apuração de práticas abusivas.

O exame do arcabouço regulamentar revelou escassez de atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público especificamente voltados às buscas pessoais, caracterizando produção normativa relativamente limitada no que concerne ao controle externo da atividade policial. O controle das abordagens pessoais pelo MP depende, consequentemente, das atividades desenvolvidas pelos órgãos estaduais, sem tratamento ou uniformização nacional da matéria. Tal uniformização poderia reduzir as divergências normativas e interpretativas identificadas, mostrando-se viável diante do consenso mínimo observado na jurisprudência do STJ.

Esse consenso jurisprudencial abrange: i) a inadmissibilidade de buscas pessoais de “prevenção geral”; ii) a insuficiência de informações de fonte não identificada (“denúncias anônimas”) ou de intuições e impressões subjetivas para configuração do standard probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP; e iii) a impossibilidade de convalidação de buscas que não respeitaram os parâmetros legais, independentemente da descoberta de objetos ilícitos. Assim, se anteriormente prevaleciam abordagens fundamentadas exclusivamente no recebimento de “denúncias anônimas” e na visualização de “atitudes suspeitas”, atualmente a menção isolada de tais circunstâncias conduz ao reconhecimento da ilegalidade pelo STJ.

A investigação identificou a prevalência do controle externo da atividade policial em sua modalidade “difusa”, que, no contexto de divergência institucional demonstrado, propicia posturas heterogêneas frente

às buscas pessoais. Isso decorre do fato de que incumbe a cada membro, no desenvolvimento das atividades ordinárias, exercer controle sobre as práticas policiais de que toma conhecimento. No âmbito do controle difuso, podem prevalecer posturas orientadas prioritariamente pela função de titular da ação penal. Os dados analisados sugerem, portanto, a relevância do controle externo em sua modalidade “concentrada”, por possibilitar atuação voltada especificamente a esse aspecto da atividade policial, com perspectiva macroestrutural.

O controle concentrado mostra-se mais adequado para identificação e prevenção de irregularidades decorrentes de questões estruturais, permitindo o tratamento de problemas recorrentes. Cumpre destacar que, conforme demonstrado na investigação, as práticas policiais abusivas relacionam-se a questões estruturais que transcendem casos isolados.

Diante das divergências quanto às normas e circunstâncias legitimadoras das buscas pessoais, revela-se promissora a formulação de orientação pelo CNMP sobre a matéria, capaz de aprimorar a atuação dos órgãos centralizados e descentralizados. Tal orientação pode fundamentar-se no consenso existente no campo jurisprudencial do STJ, considerando sua repercussão no âmbito processual penal, quando o MP atua como titular da ação.

Para responder à indagação inicial sobre como o Ministério Público pode contribuir para o controle da legalidade das buscas pessoais em investigações de narcotráfico, propõem-se medidas escalonadas: i) a curto prazo, a elaboração pelo CNMP de diretrizes específicas sobre buscas pessoais, contemplando critérios objetivos para caracterização da “fundada suspeita” e protocolos de registro das abordagens; ii) a médio prazo, o fortalecimento do controle concentrado mediante criação ou expansão de órgãos especializados e a implementação de programas de capacitação para uniformização de entendimentos; e iii) a longo prazo, a reforma estrutural do modelo de controle externo, com ênfase na transição do controle difuso para o concentrado e na criação de indicadores de efetividade.

A implementação dessas medidas pode contribuir significativamente para a redução do índice de ilegalidade das buscas pessoais, o fortalecimento da convergência institucional entre MP e Judiciário, a proteção efetiva dos direitos fundamentais e o aprimoramento da eficiência do sistema de justiça criminal. Trata-se, em última análise, de conferir efetividade ao arranjo institucional concebido pela Constituição Federal para o

enfrentamento de práticas ilegais em abordagens pessoais, assegurando que o Ministério Público cumpra integralmente sua função de controlador externo da atividade policial.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; ALVES, Pedro Austin. Revista pessoal e violação de direitos no Brasil: contribuições para a construção de novos parâmetros normativos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIX, n. 65, p. 110-118, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1892>. Acesso em: 14 abr. 2024.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/8jDHGNxzhXGZ5RJbmBcW3Jm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 ago. 2023.

ASSIS, José Wilson Gomes de. Busca pessoal preventiva. **Observatório da Justiça Estadual Militar**, 5 jun. 2022. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/busca-pessoal-preventiva>. Acesso em: 10 mai. 2024.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Método, 2018.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. Controle externo de atividade policial pelo Ministério Público: fundamentos e áreas de atuação. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo Processo Penal, ed. 1, ago. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/438/edicao-1/controle-externo-de-atividade-policial-pelo-ministerio-publico:-fundamentos-e-areas-de-atuacao>. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe

sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 23 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.632.146/AM**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 6 maio 2025. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 625274/SP**. 6ª Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 out. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 158.580/BA**. 6ª Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Machado Cruz. Brasília, DF, 19 abr. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 abr. 2022.

CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 28, n. 166, p. 85-127, abr. 2020.

CARUNCHO, Alexey Choi; GLITZ, André Tiago Pasternak. Por uma política ministerial de controle externo da atividade policial: a experiência paraense. **Revista da CSP**, v. 2, 2019. Disponível em: <https://ojs.cnmmp.mp.br/index.php/revistacsp/article/view/182>. Acesso em: 13 mai. 2024.

CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O controle externo da atividade policial em números do CNMP como ferramenta de accountability institucional. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **O Ministério Público e o controle externo da atividade policial**. Brasília: CNMP, 2019. Disponível em: <https://ojs.cnmmp.mp.br/index.php/revistacsp/article/view/179>. Acesso em: 20 mai. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007**. Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial. Brasília, DF: CNMP, 2007. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Resolu%C3%A7%C3%B5es_/Resolu%C3%A7%C3%A3o_20.pdf. Acesso em: 20 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 121, de 10 de março de 2015**. Altera a Resolução n. 20, de 28 de maio de 2007, que regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial. Brasília, DF: CNMP, 2015. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/111/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 279, de 12 de dezembro de 2023**. Dispõe sobre as atribuições do Ministério Público no exercício do controle externo da atividade policial. Brasília, DF: CNMP, 2023. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/10379/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

FRANÇA, Michel. Busca pessoal e fundada suspeita. **Migalhas**, 17 nov. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/397154/busca-pessoal-e-fundada-suspeita>. Acesso em: 12 abr. 2024.

GODINHO, Eduardo; FOUREAUX, Rodrigo. Abordagem policial e busca pessoal. In: NETO, Sérgio Carrera; IZIDORO, Frederico Afonso (org.). **Abordagem policial e direitos humanos**. [S.l.]: Clube de Autores, 2022.

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Seguindo orientação de conselho nacional de secretários, polícias do MS manterão abordagens de suspeitos. **Secretaria de Justiça e Segurança Pública**, Campo Grande, 2024. Disponível em: <https://www.cgp.sejusp.ms.gov.br/seguindo-orientacao-de-conselho-nacional-de-secretarios-policias-do-ms-manterao-abordagens-de-suspeitos/>. Acesso em: 26 maio 2025.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. A questão urbana e a segurança pública: possibilidades do controle externo da atividade policial no âmbito dos órgãos municipais. **Revista da CSP**, v. 2, 2019. Disponível em: <https://>

www.researchgate.net/publication/346916610_A_QUESTAO_URBANA_E_A_SEGURANCA_PUBLICA_possibilidades_do_controle_externo_da_atividade_policial_no_ambito_dos_orgaos_municipais. Acesso em: 3 mai. 2024.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemm. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. 2001. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/76514>. Acesso em: 3 fev. 2024.

HIGÍDIO, José. Corregedoria do MP-PR pede remoção de promotor por seguir precedentes do STJ. **Consultor Jurídico**, 18 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-18/corregedoria-do-mp-pr-pede-remocao-de-promotor-por-seguir-precedentes-do-stj/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

HOFFMANN, Henrique. Além de investigativa, busca pessoal pode ser preventiva. **Consultor Jurídico**, 5 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-05/academia-policia-alem-investigativa-busca-pessoal-preventiva/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA; DATA_LABE. **Por que eu?** Como o racismo faz com que pessoas negras sejam o perfil alvo das abordagens policiais. Rio de Janeiro; São Paulo: IDDD; Data_Labe, 2022. Disponível em: <https://datalabe.org/relatorio-por-que-eu/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas**: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília: IPEA, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12376>. Acesso em: 10 fev. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.8.2016.tde-03112016-162557>. Acesso em: 10 jun. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 35, n. 102, 2020. Disponível em: <https://orcid.org/0000-0003-2667-8736>. Acesso em: 4 abr. 2024.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a constituinte de 1987/88. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 106-137. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/59fv5/pdf/sadek-9788579820397-04.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2023.

KERCHE, Fábio. Independência, poder judiciário e ministério público. **Caderno CrH**, Salvador, v. 31, n. 84, p. 567-580, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/kSYHDwYPgDZPZ7S7TZbRwfy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 ago. 2023.

LAMENHA, Bruno; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Pluralidade e mudança institucional: há evidências para sustentar a hipótese do giro de prioridades no desempenho institucional do Ministério Público brasileiro? **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 1, p. 37-86, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v10i1.669>. Acesso em: 4 mai. 2024.

LEITE, Camila Silveira. **A validade das condenações por tráfico de drogas baseadas no depoimento policial no âmbito do tribunal de justiça do Estado da Bahia**. 2019. 87 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/37605/1/CAMILA%20SILVEIRA%20LEITE.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2024.

LEMBRUGER, Letícia; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Busca pessoal no policiamento preventivo e repressivo: fundamento constitucional e standards probatórios autorizadores. **Revista ESMAT**, v. 14, n. 24, p. 147-170, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.29327/270098.14.24-8>. Acesso em: 10 fev. 2024.

LIMA, Bruno Roberto de; VIEIRA JÚNIOR, Antônio Marloves Gomes. Captura de imagens durante o exercício da atividade policial: uma análise sob a perspectiva da instrução processual penal e a necessidade da regulamentação do uso desse dispositivo durante as ocorrências policiais. **Revista do MPC-PR**, v. 10, n. 19, 2023. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/158/123>. Acesso em: 30 mai. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas

Sociais, 2010. p. 65-94. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/4w63s/pdf/sadek-9788579820328-06.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Carta de Brasília:** Simpósio Sociedade Civil e Fiscalização da Atividade Policial. Goiânia: MPGO, 2013. Disponível em: <https://www.mpggo.mp.br/portal/system/resources/W1siZiIsIjIwMTMvMDQvMTkvMTVfMDJfMDIlfMzFfQ-2FydGFfZGVfQnJhc1x1MDBlZGxpYV9TaW1wXHUwMGYzc2lvX1N-vY2lZGFkZV9DaXZpbF9lX0Zpc2NhbGl6YVx1MDBlN1x1MDBlM-29fZGFfQXRpdmlkYWRIX1BvbGljaWFsLnBkZiJdXQ/Carta%20de%20Bras%C3%ADlia%20-%20Simp%C3%B3sio%20Sociedade%20Civil%20e%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Atividade%20Policial.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2025.

MISSAGGIA, Clademir. Da busca e da apreensão no processo penal brasileiro. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 48, p. 200, 2002. Disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274905658.pdf. Acesso em: 15 dez. 2024.

MORAIS JÚNIOR, José Borges de. Controle externo da atividade policial no estado democrático de direito: análise do papel do ministério público frente a abordagens policiais seletivas e discriminatórias. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, v. 14, n. 2, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.54275/raesmpce.v14i02>. Acesso em: 25 fev. 2024.

MPF recomenda mudança na revista da Força Nacional em ônibus em MS. **G1**, Corumbá, 18 jan. 2012. Disponível em: <https://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2012/01/mpf-recomenda-mudanca-na-revista-da-forca-nacional-em-onibus-em-ms.html>. Acesso em: 20 jun. 2024.

NASSARO, Adilson Luís Franco. Abordagem policial: busca pessoal e direitos humanos. **Jus**, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18314/abordagem-policial-busca-pessoal-e-direitos-humanos>. Acesso em: 22 abr. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINC, Tânia. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 6-23, 2007. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/13>. Acesso em: 2 jun. 2024.

REVISTA pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal, decide Sexta Turma. **STJ Notícias**, 20 abr. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada-em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 12 abr. 2024.

SANTOS, Douglas Oldegardo Cavalheiro. A atuação do Ministério Público nas políticas públicas de segurança. **Revista da CSP**, v. 2, 2019. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacsp/article/view/175>. Acesso em: 4 mai. 2024.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. **Relatório de informações penais**: 15º ciclo - 2º semestre de 2023. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semestre-de-2023.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96>. Acesso em: 23 mar. 2024.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **A constitucionalização da abordagem policial**: a busca pessoal e a revista pessoal preventiva na sociedade de risco. 2014. 141 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/10117/6/2014_GiselaAguiarWanderley.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Liberdade e suspeição no Estado de Direito**: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. 2017. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/jspui/handle/10482/24089>. Acesso em: 20 mar. 2024.

'Notas de fim'

1 Vide: RHC 117767, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/10/2016, publicado em 02/08/2017 e AgRg no HABEAS CORPUS Nº 788316 – RS, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2023, publicado em 13/02/2023.

2 No julgamento do RHC 158.580/BA, por exemplo, restou consignado o seguinte: “A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais

- em verdadeiros “tribunais de rua” - cotidianamente constroem os famigerados “elementos suspeitos” com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.”

3 Importante frisar, no entanto, que o número de acórdãos da 5ª Turma que citou tal entendimento (3/31, cerca de 10%) foi significativamente inferior ao número de acórdãos da 6ª Turma que o citou (28/31, cerca de 90%).

A INFLUÊNCIA DE BUTLER NA TERCEIRA ONDA DO FEMINISMO

BUTLER'S INFLUENCE IN THIRD-WAVE FEMINISM

LA INFLUENCIA DE BUTLER EN LA TERCERA OLA DEL
FEMINISMO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Do Estruturalismo para o Pós-estruturalismo: a filosofia da diferença; 3. A crítica feminista de Judith Butler na obra “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”; 4. As três ondas do movimento feminista; 5. A influência da crítica de Butler em “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade” na terceira onda do movimento feminista; 6. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

A filósofa Judith Butler fez diversas críticas ao movimento feminista em seu livro “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”. Este artigo busca compreender como a crítica de Butler neste livro interferiu na terceira onda do feminismo. O estudo analisa o pós-estruturalismo e sua resposta crítica ao estruturalismo, as críticas feitas pela autora em sua primeira obra e as três ondas do movimento. Concluiu-se que a rejeição de uma definição do sujeito feminista, a consolidação da necessidade da interseccionalidade proposta por Butler contribuiu para que nascesse uma postura crítica dentro do próprio feminismo.

ABSTRACT:

The philosopher Judith Butler offered several

Como citar este artigo:

BRIOSCHI, Livia,
BUSSINGUER, Elda.

"A influência de
Butler na terceira
onda do feminismo".

Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 319-337.

Data da submissão:

06/10/2023

Data da aprovação:

22/10/2025

1. Faculdade de Direito
de Vitória - Brasil

2. Faculdade de Direito
de Vitória - Brasil

critiques of the feminist movement in her book *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. This article seeks to understand how Butler's critique in this work influenced the third wave of feminism. The study analyzes post-structuralism and its critical response to structuralism, the critiques developed by the author in her first book, and the three waves of the feminist movement. It concludes that the rejection of a fixed definition of the feminist subject and the consolidation of the need for intersectionality proposed by Butler contributed to the emergence of a critical stance within feminism itself.

RESUMEN:

La filósofa Judith Butler formuló diversas críticas al movimiento feminista en su libro *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Este artículo busca comprender cómo la crítica de Butler en esta obra influyó en la tercera ola del feminismo. El estudio analiza el posestructuralismo y su respuesta crítica al estructuralismo, las críticas desarrolladas por la autora en su primer libro y las tres olas del movimiento feminista. Se concluye que el rechazo a una definición fija del sujeto feminista y la consolidación de la necesidad de la interseccionalidad propuesta por Butler contribuyeron al surgimiento de una postura crítica dentro del propio feminismo.

PALAVRAS-CHAVE:

Pós-estruturalismo; Judith Butler; feminismo.

KEYWORDS:

Post-estruturalism; Judith Butler; Feminism.

PALABRAS CLAVE:

Postestructuralismo; Judith Butler; feminismo.

1. INTRODUÇÃO

O pós-estruturalismo foi uma forma de organização e interpretação do conhecimento que buscou repensar e reanalisar as abordagens estruturalistas, que surgiram a partir da visão de linguística de Saussure, mas que influenciou outros campos da ciência. Os autores pós-estruturalistas bus-

cam esmiuçar as relações de dominações que fazem parte da sociedade, pois entendem que a dominação de um grupo sobre outro não é apenas econômica ou política, mas também devido à raça, à orientação sexual, ao gênero, entre outras.

Dentro dos estudos de gênero e de feminismo, as obras de Judith Butler são referências e mantêm uma coerência com o pós-estruturalismo. O livro mais conhecido “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade” foi inovador ao defender a fluidez da diferença entre as categorias de sexo e gênero, além de tecer críticas importantes ao movimento feminista.

O feminismo, como movimento político-social, se desenvolveu com o passar do tempo, pois o próprio conceito de mulher também se transformou. Nesse contexto, é comum dividir o movimento feminista a partir de “ondas”, que seriam fases, que correspondem a própria evolução do estudo de gênero e sexualidade. Deste modo, surgiu o seguinte problema de pesquisa: qual a contribuição do pensamento pós-estruturalista de Judith Butler para a terceira onda do feminismo, com base no livro “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”?

A hipótese é que o conceito de mulher, a diferenciação entre sexo e gênero e outras críticas feitas no livro influenciaram a própria luta política durante a terceira onda do feminismo. O objetivo deste trabalho, portanto, é estudar o movimento pós-estruturalista, se aprofundar no pensamento de Judith Butler com enfoque no livro “Problemas de gênero” e situá-los dentro do pós-estruturalismo, analisar as ondas do movimento feminista, e por fim, verificar a influência da obra de Butler no desenvolvimento da terceira onda do feminismo. A partir do método dialético materialista, os quatro objetivos darão sequência aos capítulos do artigo, respectivamente.

2. DO ESTRUTURALISMO PARA O PÓS-ESTRUTURALISMO: A FILOSOFIA DA DIFERENÇA

Primeiramente, é preciso destacar que assim como o movimento precedente, o pós-estruturalismo não pode ser considerado um método de pesquisa, nem pode ser reduzido a uma teoria filosófica. Pelo contrário, deve ser percebido como um movimento de pensamento (PETERS, 2000, p. 29), ou seja, uma forma de compreensão e interpretação da realidade. Isso significa que não é, portanto, um método científico composto por

técnicas de pesquisas a serem aplicadas à um estudo.

O estudo do pós-estruturalismo passa pela análise do seu predecessor. Afinal, ao mesmo tempo em que o pós-estruturalismo rompeu e questionou pressupostos estruturalistas, também manteve um diálogo com bases teóricas e autores que influenciaram o estruturalismo. O seu surgimento não teve “a intenção de negar o estruturalismo, mas de ampliar e transformar o que já estava consolidado” (CASALI; GONÇALVES, 2018, p. 85).

O estruturalismo foi um movimento filosófico que ocorreu predominantemente na França, que compreende a realidade a partir de um conjunto de relações e elementos que formam estruturas. O pensamento surgiu do modelo linguístico de Ferdinand Sausurre que depois foi transportado, adaptado e reinterpretado em outras áreas, não apenas ciências exatas e da natureza, mas também as sociais.

Na obra “O Estruturalismo” de Jean Piaget (1979, p. 6), a ideia central é que a estrutura é um sistema de transformações que comporta leis próprias e que se conserva ou se enriquece pelas suas próprias transformações, sem necessidade de apelo à elementos exteriores. Em suma, a estrutura se rege por três características: a totalidade, as transformações e a autorregulação.

O caráter de totalidade significa que os elementos da estrutura estão subordinados a leis próprias, e essas leis não são apenas associações cumulativas, mas conferem ao todo propriedades e características distintas daquelas que pertencem aos elementos. As transformações se referem ao fato de a totalidade da estrutura depender das suas leis de composição. Essas leis são estruturantes, ou seja, transformam a estrutura. Percebe-se, portanto, uma dualidade: o todo é estruturado por suas leis internas, mas ao mesmo tempo, essas próprias leis reestruturam e modificam a totalidade (PIAGET, 1979, p. 6-8).

A última característica se refere ao fato da estrutura se regular por si própria, o que acarreta a sua conservação e ao seu fechamento. Portanto, as transformações de uma estrutura não a conduzem para fora de suas fronteiras e apenas envolvem elementos da própria estrutura e conservam suas leis. Entretanto, esse fechamento não significa que a estrutura não possa ser considerada a subestrutura de uma estrutura mais ampla (PIAGET, 1979, p. 9).

Inversamente, o pós-estruturalismo buscou desconstruir as estruturas, a binaridade e a sistematicidade, com base nas obras Nietzsche e Heidegger e uma releitura de Freud e Marx. Os primeiros pós-estruturalistas, que são majoritariamente franceses, influenciaram em todos os campos das ciências sociais, e influenciaram novos campos de estudo, como a teoria queer e o pós-colonialismo.

Apesar das diferenças, há algumas afinidades do pós-estruturalismo com o estruturalismo. Ambos criticam o humanismo, a ideia de sujeito racional, autônomo, livre e coerente; que entende a consciência humana como diretamente acessível e única base de compreensão e da ação. Ambos os movimentos, ao invés de acreditar em um ser racional e objetivo, concebem o ser humano como um ser temporal, flexível, submetido às práticas de normalização das instituições modernas. Portanto, criticam os pressupostos universalistas da racionalidade e entendem que as estruturas socioculturais atuam na formação da autoconsciência humana (PETERS, 2000, p. 31-37).

Entretanto, o pós-estruturalismo busca a desconstrução, a compreensão das facetas da realidade que influenciam a construção da identidade coletiva e individual. Com a recuperação do historicismo, a perspectiva pós-estruturalista entende que não é apenas a diferença econômica que confere uma relação de poder de um grupo sobre outro, mas também outros aspectos sociais.

Isso significa que as relações de dominação na sociedade incluem, por exemplo, as questões étnico-raciais, gênero e sexualidade. Nesses casos, um determinado grupo social é considerado hegemônico, correto e adequado; o outro que não corresponde as regras sociais estabelecidas são considerados subordinados ou inferiores. Como resultado há a opressão, discriminação e exclusão de certos grupos sociais (AGUILAR; GONÇALVES, 2017, p. 37).

O pós-estruturalismo critica o cientificismo exacerbado que o estruturalismo buscou implementar nas ciências, especialmente nas ciências humanas. Além disso, não compreende a realidade a partir de dicotomias ou opostos, considerando-a excludente e ineficiente. Em sua visão, os sujeitos nas democracias liberais modernas constroem sua identidade, especialmente a política, com base nas oposições binárias, por exemplo, cidadão e o não-cidadão (PETERS, 2000, p. 38-41).

Um termo bem comum entre escritores pós-estruturalistas é “diferença”, embora com aplicações e definições diferentes. Por exemplo, a teoria de Jacques Derrida que utiliza dos conceitos de “différance” e “différance”, o “différend” de Lyotard, e a ideia de diferença de Gilles Deleuze. O pós-estruturalismo, portanto, ficou conhecido por sua filosofia da diferença.

O pós-estruturalismo

questiona as filosofias do jeito que não levam em conta as condições externas de suas próprias possibilidades. Para o pós-estruturalismo, a ênfase na autoconsciência absoluta e no seu suposto universalismo é parte integrante dos processos que tendem a excluir o Outro, ou seja, aqueles grupos sociais e culturais que agem de acordo com critérios culturais diferentes (PETERS, 2000, p. 36).

Uma das relações de poder estudada pelos pós-estruturalistas é entre homem-mulher na sociedade patriarcal. Os estudos de gênero e sexualidade também foram afetados pelo pós-estruturalismos, e uma das principais autoras dessa área é a escritora e filósofa americana Judith Butler.

3. A CRÍTICA FEMINISTA DE JUDITH BUTLER NA OBRA “PROBLEMAS DE GÊNERO: FEMINISMO E SUBVERSÃO DA IDENTIDADE”

Na sua primeira obra de grande sucesso, “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”, Judith Butler faz diversas críticas ao movimento feminista. Por muito tempo, o feminismo buscou compreender o que é ser mulher, ou seja, qual é o sujeito de representação das políticas feministas, com a suposição de que mulheres constitui um grupo unitário, com mesmos objetivos e características.

Entretanto, Judith Butler (2003, p. 17-19) diz que o movimento feminista, ao tentar compreender a categoria mulheres, exigia que certas qualificações do sujeito teriam que ser atendidas para que houvesse representação. Em outras palavras, o feminismo, ao impor características necessárias para que uma pessoa seja considerada mulher, consequentemente *produzia* os sujeitos que alegava meramente representar.

Baseado nos sistemas de poder de Foucault, a autora entende que o “[...] em virtude de a elas estarem condicionados, os sujeitos regulados por tais estruturas são formados, definidos e reproduzidos de acordo com

as exigências delas”. Dessa forma, o próprio feminismo, ainda que buscasse a emancipação, reproduz estruturas de poder e dominação sobre as mulheres (BUTLER, 2003, p. 18-19).

Nesse ponto, percebe-se a influência do estruturalismo no pensamento da autora. Butler compreende o sujeito dentro das estruturas que o subordinam, assim como a existência de uma interferência bidirecional. O pensar fora das estruturas significa, portanto, reconhecer como esta se alimenta das relações de dominação, conforme o movimento pós-estruturalista.

Além disso, não há uma concordância quanto ao que constitui ou deveria constituir a categoria das mulheres. Não é possível pensar que o termo *mulher* denote uma identidade comum, já que o gênero se constrói de maneira inconsistente em diferentes contextos históricos. Ademais, “se alguém *é* uma mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém *é*”, ou seja, o gênero estabelece interseções com outras identidades conforme as diferenças raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais. Conclui-se que “se tornou impossível separar a noção de ‘gênero’ das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida” (BUTLER, 2003, p. 20).

A busca de uma universalidade fictícia de dominação pelo feminismo, similarmente à construção de uma identidade comum às mulheres, também resultou na ideia de que a opressão das mulheres ocorre de forma singular, discernível e similar dentro da estrutura hegemônica patriarcal. Ao contrário, os mecanismos de dominação e de opressão de gênero ocorrem de formas díspares nos contextos culturais concretos. Por exemplo, se apropriar de culturas não ocidentais e reinterpretá-las conforme noções ocidentais de opressão apenas reproduz um outro tipo de dominação colonialista (BUTLER, 2003, p. 20-21).

Neste ponto, Butler traz uma reflexão sobre interseccionalidade que influencia, até a contemporaneidade, o feminismo. É comum que, na busca de construir um movimento social numeroso e politicamente forte, o discurso seja generalista a ponto de desconsiderar diferenças de dominação interna.

Por exemplo, inicialmente o movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgênero) se chamava GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros). Considerando a importância do feminismo e o patriarcado que impõe a maior aceitação de gays na sociedade, a ordem das letras G e L foi trocada. A necessidade de maior inclusão fez com que, posterior-

mente, o QUIAP+ fosse acrescentado.¹

Portanto, a invocação das mulheres como uma unidade pode obstar à possibilidade da política feminista ser, de fato, representacional. Quando a representação se torna o único foco da política, outras relações de dominação e exclusão se afirmam inintencionalmente. A autora argumenta que a identidade do sujeito feminista não deve ser o fundamento da política feminista, e paradoxalmente, a representação só fará sentido para o feminismo quando o sujeito “mulheres” não for presumido (BUTLER, 2003, p. 23-24).

O feminismo não pode apenas apontar opressões da estrutura patriarcal e heterossexual sem considerar as suas próprias. “A crítica feminista tem de explorar as afirmações totalizantes da economia significante masculina, mas também deve permanecer autocrítica em relação aos gestos totalizantes do feminismo”. Afinal, a dominação não ocorre apenas pelo poder masculino, mas também em outras relações de subordinação heterossexual, racial, classicista e muitas outras. A estrutura do poder excede o eixo da diferença sexual e é composto por um mapa de interseções diferenciais que não podem sumariamente hierarquizadas. O movimento precisa ter cuidado para não se apropriar e suprimir o outro, uma tática que apenas serve à expansão do domínio masculino (BUTLER, 2003, p. 33-34).

O sujeito feminista também se torna dividido por meio da distinção de sexo e gênero. A concepção mais aceita, inclusive na contemporaneidade, é que sexo é um dado biológico, fixo e imutável (corpo masculino e corpo feminino), enquanto o gênero é culturalmente construído, fluído (o ser mulher e o ser homem); sendo assim, não se pode dizer que o gênero decorre do sexo. Butler critica esse binarismo e diz que, assim como o sexo não é binário na sua constituição², o gênero não pode ser reduzido duas opções (BUTLER, 2003, p. 24-25).

Para a autora, a distinção não faz sentido, pois a própria ideia de corpo masculino e feminino também é uma construção cultural. Por exemplo, a ideia de que um pênis corresponde ao corpo do homem, é uma convenção social e, conseqüentemente, cultural. Desse modo, “o gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural”. Compreender o sexo como algo biológico e natural, ou seja, como um domínio pré-discursivo, apenas assegura a estrutura binária do sexo (BUTLER, 2003, p. 24-25).

O binarismo de gênero, ou seja, a simples divisão entre homem e

mulher suprime a multiplicidade de sexualidades que rompem com a hegemonia heterossexual³, pois “uma pessoa é o seu gênero na medida em que não é o outro gênero, formulação que pressupõe e impõe a restrição de gênero dentro desse par binário”. Mas essa estrutura binária não explica todas as práticas sexuais. Os intersexos ou hermafroditas desorganizam as regras sociais que governam o sexo, gênero e desejo, motivo pelo qual a maioria dessas pessoas são invisibilizadas (BUTLER, 2003, p. 45-46).

Butler (2003, p. 29-48) rejeita a compreensão do feminismo humanista que entende o gênero como um atributo das pessoas, sendo uma relação entre sujeito socialmente constituídos em contextos especificáveis. É, portanto, um fenômeno inconstante, contextual, incoerente. A identidade de gênero não é nem o que o sujeito é, nem um atributo do sujeito, pois é performativamente produzido e imposto pelas práticas reguladoras.

Para demonstrar que o patriarcado não é inevitável, feministas buscaram compreender o fenômeno histórico do estado anterior. A especulação histórica, segundo Butler (2003, p. 63-65), se tornou problemática quando algumas teóricas feministas argumentaram a existência de uma feminilidade original ou feminilidade genuína, ou seja, entendendo que o feminino é algo natural e biológico, com base na antropologia estruturalista de Lévi-Strauss. Essa concepção é contrária a abordagem de gênero como construção cultural complexa, serve a objetivos conservadores e principalmente constitui uma prática excludente no próprio feminismo.

Da mesma forma, algumas feministas preocupadas com a psicanálise da identificação, buscaram elaborar uma posição epistemológica feminista relacionada à identidade materna e suas dificuldades. A autora reconhece que ainda que seja algo significativo e importante, esse enfoque tende a reforçar a estrutura binária heterossexista, e excluir do movimento outras mulheres, como lésbicas, travestis e que não querem ou não podem ter filhos (BUTLER, 2003, p. 102-103).

Algumas teorias do feminismo que tentaram ser abrangentes, mas é impossível formular uma identidade feminista que consiga dar conta de todas as interseccionalidades existentes:

As teorias da identidade feminista que elaboraram os atributos de cor, sexualidade, etnia, classe e saúde corporal concluem invariavelmente sua lista com um envergonhado “etc.”. Por meio dessa trajetória horizontal de adjetivos, essas

posições se esforçam por abranger um sujeito situado, mas invariavelmente não logram ser completas. Contudo, esse fracasso é instrutivo: que impulso político devemos derivar desse exasperado “etc.”, que tão frequentemente ocorre ao final dessas enumerações? Trata-se de um sinal de esgotamento, bem como do próprio processo ilimitável de significação. É o *supplément*, o excesso que necessariamente acompanha qualquer esforço de postular a identidade de uma vez por todas. Entretanto, esse *et coltera* ilimitável se oferece como um novo ponto de partida para a teorização política feminista (BUTLER, 2003, p. 206-207, grifo da autora).

Se definir o que é ser mulher sempre será um ato excludente, como deve se guiar as políticas feministas? Para a autora, o problema está no raciocínio da política da identidade, ou seja, o entendimento que supõe que primeiro é preciso existir uma identidade do sujeito, para que interesses políticos possam ser elaborados e, posteriormente, seja empreendida a ação política. Mas o seu argumento é que não há necessidade de pensar na identificação do agente. O sujeito da política feminista deve ser construído no e através do ato político, já que aquele não é estável e pré-determinado (BUTLER, 2003, p. 207-209).

O sujeito é uma consequência de certos discursos regidos por regras de hierarquia de gênero e heterossexualidade compulsória que governam a identidade, mas o sujeito “não é *determinado* pelas regras pelas quais é gerado, porque a significação *não é um ato fundador, mas antes um processo regulado de repetição* que tanto se oculta quanto impõe suas regras”. É somente no interior das práticas de repetição que se torna possível a subversão da identidade (BUTLER, 2003, p. 209, grifo original).

Em suma, na obra em questão, Judith Butler analisa teorias que influenciaram o feminismo e contesta a construção da identidade do movimento. Sua crítica aborda outras questões importantes para os estudos de gênero, como o desejo, o binarismo de gênero, a heterossexualidade compulsória. Seu livro não é apenas para estudiosos ou estudiosas do feminismo, mas também da sexualidade.

4. AS TRÊS ONDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA

O termo feminismo começou a se difundir após seu uso por Mary Wollstonecraft, no livro “Uma reivindicação pelos direitos da mulher”, pu-

blicada em 1792. Esta obra marcou a literatura, os estudos e o movimento feminista. Portanto, as raízes da teoria feminista estão presentes desde a propagação dos ideais iluministas, ainda que só tenha se tornado popular com o movimento das sufragistas.

A expressão “as ondas do feminismo” é a mais comumente usada na literatura para designar as fases do movimento. Apesar de ajudar na compreensão deste fenômeno, a manifestação em ondas pode remeter à ideia de um movimento finito e sedimentado, como se cada fase se dissipasse eventualmente, assim como as ondas na praia (SIQUEIRA; BUSSINGUER, 2020, p. 147-148). Além disso, os grupos de feministas designados em ondas promoviam ideologias totalmente distintas entre si (SCHRUPP; SCHRUPP, 2017).

Entretanto, assim como a própria história, o feminismo não é uma ocorrência linear, mas sim um conjunto de rupturas e transformações. As ondas apenas indicam esses rompimentos com a teoria feminista hegemônica e a inauguração de um pensamento renovado, ainda que mantenha uma vinculação com o anterior.

Dito isto, é necessário lembrar que a sociedade ocidental desde a Antiguidade é patriarcal. A organização política, econômica e social sempre foi pensada, articulada e concretizada por homens e para os homens. A estrutura social desestimulava e impedia que as mulheres buscassem autonomia de suas necessidades, desejos, propriedades e direitos. Ainda que exista casos pontuais de mulheres que desafiaram o patriarcado e foram bem-sucedidas no curso da história, suas existências e vivências foram majoritariamente apagadas.

No século XVIII, o ideal iluminista de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa de 1789 apenas se estendiam aos homens. Nessa época, autoras como Mary Wollstonecraft e Olympe de Gouges questionavam essa pretensa igualdade que excluía as mulheres, e suas escritas podem ser consideradas como o início do feminismo (SCHRUPP; SCHRUPP, 2017).

O século XIX foi marcado pela disseminação e articulação das reivindicações das mulheres. Entretanto, apenas na segunda metade do século que campanhas organizadas começaram a surgir, propondo uma melhor educação para mulheres, a possibilidade de trabalhar fora de casa, algumas mudanças na legislação em relação as mulheres casadas e o direi-

to ao voto (WALTERS, 2005).

Este último gradualmente se tornou uma demanda central do feminismo, pois simbolicamente indica o reconhecimento dos direitos das mulheres à cidadania e concretamente era necessário reformas e mudanças práticas nas vidas das mulheres. As manifestações mais conhecidas aconteceram na Inglaterra. Em 1906, uma imprensa britânica usou o termo “suffragette” com conotação preconceituosa. A expressão foi adotada e transformada pelas inglesas, que passaram a se denominar como sufragistas (WALTERS, 2005).

Com início na Europa, a primeira onda do feminismo é marcada pela reivindicação das mulheres aos seus direitos de cidadania, através de uma ação política organizada, que também buscavam melhores condições de trabalho e a conquista de direitos políticos (MARTINS, 2015). No Brasil, o movimento feminista também teve origem com a luta pelo voto das mulheres, lideradas por Bertha Lutz em 1910, e conseguiram o direito ao voto em 1932 (PINTO, 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial, novas demandas surgiram em alguns países europeus. A mais importante escritora estrangeira desta fase foi a francesa Simone de Beauvoir, com seu livro “O Segundo Sexo”, no qual diz que as mulheres são vistas *por e para* os homens como o objeto, e não o sujeito (WALTERS, 2005).

O feminismo, que antes só se preocupava em incluir a mulher na vida pública, passa a questionar as relações de poder estabelecidas entre homens e mulheres. O movimento passa a ser libertário ao buscar uma nova forma de relacionamento em que as mulheres tenham liberdade e autonomia para decidir sobre sua vida (PINTO, 2010).

Surge, na segunda metade do século XX, a segunda onda feminista. Os direitos políticos e civis já eram implementados por países ocidentais e o movimento começa a questionar padrões sociais que são exigidos a homens e mulheres nas relações afetivas, na vida política e no trabalho. As teóricas feministas buscaram compreender as origens e as causas das desigualdades entre os dois sexos (MARTINS, 2015).

Martins (2015, p. 234), ao comparar as duas primeiras ondas do movimento, sugere que ocorreu um deslocamento no sujeito feminista:

Se, na primeira onda do feminismo, se evidenciam, em diversos lugares do mundo, movimentos de mulheres que rei-

vindicam a participação no espaço público e a garantia de condições igualitárias no mundo do trabalho, a segunda onda realociza o sujeito e o situa no espaço privado, de onde estariam a emanar todas as desigualdades.

No início dos anos de 1960, cada vez mais mulheres criticavam a dominação de uma perspectiva branca e burguesa no feminismo e argumentavam a existência de uma opressão tripla em razão do gênero, da raça e da classe social, como a Audre Lorde e a Angela Davis. No final de 1980, Kimberlé Crenshaw cunhou o termo “interseccionalidade”, que significa que as diferentes formas de discriminação não são somadas, e sim estruturas sociais separadas e distintas (SCHRUPP; SCHRUPP, 2017).

A concepção de interseccionalidade foi sistematizada por Creshaw em 2014 no livro “On Intersectionality: The Essential Writings”. A autora defende que entender a interseccionalidade é um trabalho em progresso, no qual devemos sempre procurar compreendê-la em lugares até então inexplorados (CARBADO et. al., 2013, p. 305).

Originalmente, a interseccionalidade se preocupava apenas com raça, classe e gênero. Mas percebeu-se que muitas outras variáveis influenciam a discriminação contra mulheres, como a orientação sexual, o corpo, a idade, entre outras. O próprio contexto regional e local também deve ser levado em consideração (SCHRUPP; SCHRUPP, 2017).

Essa nova fase do feminismo tem suas raízes em teorias filosóficas populares, como pós-modernismo e a filosofia da diferença (SIQUEIRA, 2015). Enquanto a primeira e a segunda onda do feminismo têm um caráter mais liberal, essencialista e universalista, a terceira trata da subjetividade, das especificidades de cada caso e contexto, da pluralidade.

Esse processo de valorização da diversidade fez com que o movimento reconhecesse o caráter histórico e discursivo da categoria mulheres e o potencial positivo das pluralidades. As feministas “admitiram a instabilidade semântica do conceito, mas mantiveram a convicção nas reivindicações identitárias e na ação política” (MARTINS, 2015, p. 2015).

Na década de 1960 e 1970, a terceira onda emergia na Europa e Estados Unidos no meio de vários fenômenos culturais libertário. Entretanto, os países da América do Sul tinham uma situação político-econômica diferente, pois foi período de instauração das ditaduras militares. Considerando essas circunstâncias,

Foi no ambiente do regime militar e muito limitado pelas condições que o país vivia na época, que aconteceram as primeiras manifestações feministas no Brasil na década de 1970. O regime militar via com grande desconfiança qualquer manifestação de feministas, por entendê-las como política e moralmente perigosas (PINTO, 2010, p. 16-17).

Apenas em 1980, com a redemocratização do país, o feminismo brasileiro se dissemina com vários grupos e coletivos em todas as regiões, tratando de uma gama ampla de temas interseccionais. Logo, apesar de ter suas origens na classe média intelectualizada, o movimento feminista no Brasil teve uma interface com as classes populares e a construção de novas percepções, discursos e ações (PINTO, 2010).

As *third wavers*⁴ rejeitam a ideia de um antagonismo entre homem e mulher e criticam a existência de uma feminilidade natural. No geral, também são céticas quanto as formas tradicionais da política, favorecendo a organização do movimento por meios mais flexíveis, como, por exemplo, a internet (SCHRUPP; SCHRUPP, 2017). Entretanto, Olívia Cristina Perez e Arlene Martinez Ricoldi (2019) argumentam que o feminismo desenvolvido nas redes sociais compõe uma quarta onda feminista, mas que não perdeu seu caráter interseccional e coletivo.

As peculiaridades das três ondas continuam impactando a forma como as feministas acadêmicas e não acadêmicas escrevem e atuam. A principal contribuição da última onda é a interseccionalidade, que ainda precisa ser discutido na formulação de políticas públicas e ações sociais pelo direito das mulheres.

5. A INFLUÊNCIA DA CRÍTICA DE BUTLER EM “PROBLEMAS DE GÊNERO: FEMINISMO E SUBVERSÃO DA IDENTIDADE” NA TERCEIRA ONDA DO MOVIMENTO FEMINISTA

A segunda onda do feminismo questiona a relação entre homem e mulher parte da dicotomia entre essas duas categorias, estabelecendo o binarismo de gênero. O principal expoente da segunda onda, Simone Beauvoir, cunhou a expressão “o segundo sexo”, que deu origem ao título do seu livro, para designar as mulheres. Beauvoir, ao tratar a mulher como o outro ou o não-sujeito, pressupunha a concepção biológica de sexo, na existência apenas de corpos feminino e masculino.

Em sua crítica a Freud, Beauvoir promoveu um rompimento com o pensamento hegemônico ao dizer que o feminino não segue um padrão biológico e sim é moldado pela sociedade. Ainda assim, não rompe com a dualidade entre feminino e masculino. Inclusive toda a sua obra é construída a partir da oposição entre homem e mulher. Até mesmo em sua análise sobre a homossexualidade, Beauvoir evidencia esse pressuposto, ao dizer que a mulher escolhe a parceira feminina para não sucumbir aos afazeres relegados às mulheres em uma união heterossexual (SIQUEIRA; BUSSINGUER, 2017, p. 4)

O apego das feministas de segunda onda à dicotomia homem-mulher e sexo-gênero, e o próprio binarismo de gênero, indicam a influência estruturalista. O estruturalismo, nas ciências sociais, concebia a sociedade como uma estrutura e buscava compreender seus elementos, as leis que os governa e suas relações com o todo. A segunda onda do feminismo, por sua vez, buscava compreender as mulheres, a opressão e os papéis de gênero, as dificuldades com a maternidade e o casamento, a diferença entre sexo e gênero, a partir de uma perspectiva global e massificadora.

A terceira onda do feminismo, inevitavelmente, surgiu com influência do pós-estruturalismo. O pensamento pós-estruturalista rejeitava uma concepção social binária, o determinismo biológico e um cientificismo extremo. Seus teóricos defendiam a compreensão das outras relações de opressões existentes na sociedade além da econômica, a valorização do coletivo e da história.

Da mesma forma, as feministas da terceira onda questiona o padrão burguês e branco presente dentro do movimento. A interseccionalidade, o contexto histórico-social e a diferença passaram a ser valorizadas. As ideias, derivadas da biologia, de um instinto materno e uma feminilidade inerente às mulheres são rejeitadas. O feminismo de terceira onda buscava o rompimento de estereótipos na mídia e na linguagem que aprisionavam a mulher. Judith Butler se enquadra nesse contexto histórico-filosófico. Com influência pós-estruturalista, a autora fez críticas à teoria feminista de segunda geração e até à própria Beauvoir em “Problemas de gênero”.

Em seu livro, é possível destacar algumas críticas e sugestões ao movimento feminista. A primeira é a rejeição de uma suposta unidade entre as mulheres. Ao considerar que o gênero é performativo e que o sexo não é um dado natural, e sim um produto discursivo, nem mesmo o corpo

com genitália feminina é um traço comum entre as mulheres. Afinal, é possível ter o corpo biologicamente masculino, e ainda assim, ser uma mulher.

A segunda é a ênfase em não definir quem constitui as mulheres. Qualquer tentativa de definição é sempre “uma construção fantasística” que “nega a complexidade e a indeterminação internas do termo, e só se constitui por meio da exclusão de parte da clientela, que simultaneamente busca representar” (BUTLER, 2003, p.205). A linguagem não é capaz de abarcar a dinâmica do sujeito feminista. Por tanto, a política pública e qualquer outra ação que vise defender os direitos das mulheres não deve e nem precisa se preocupar em definir a identidade do seu sujeito.

A terceira é a necessidade de consideração da interseccionalidade entre a identidade da mulher e suas outras identidades sociais. Se, no início da terceira onda, feministas lutavam contra a dominação branca e burguesa, considerando apenas o gênero, raça e classe social, durante o desenvolvimento desta nova fase do feminismo, reconheceu-se a necessidade de considerar outras variáveis.

Butler é enfática ao dizer que não é possível fazer uma lista com todas as possíveis interseccionalidades. E, ainda que alguém possa tentar a fazê-la, ignorará alguma. Novamente, a linguagem se esgota em si mesma, pois não é capaz prever todas as possíveis identidades interseccionais que promovem uma diferença na opressão patriarcal. Portanto,

a tarefa crucial do feminismo não é estabelecer um ponto de vista fora das identidades construídas, [...] promovendo-se, conseqüentemente como um tema global, posição esta que instaura precisamente as estratégias imperialistas que o feminismo tem a obrigação de criticar (BUTLER, 2003, p. 211-212).

A quarta é a constante necessidade de construir um feminismo crítico, atento às suas questões internas. O feminismo precisa lutar contra possíveis opressões instituídas dentro do próprio movimento, na tentativa de representar e defender as mulheres. Afinal, os sujeitos que fazem parte do movimento feminista também são pertencentes à uma sociedade não só misógina, mas também colonialista, classicista, racista, xenófoba e transfóbica.

As críticas de Butler, feitas durante o início da terceira onda feminis-

ta, devem pautar as ações políticas do feminismo na contemporaneidade. As crescentes variações de identidades interseccionais fazem com que o feminismo, ainda hoje, continue a rever seus próprios preceitos para incluir em sua luta o combate à outras opressões, que antes eram ignoradas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento pós-estruturalista surgiu com o propósito de superar o estruturalista, mas não rompe completamente com os pressupostos do seu antecedente. As duas filosofias tecem críticas ao humanismo e a concepção de um sujeito racional, entendem que o ser humano é condicionado pelas circunstâncias sociais.

Entretanto, o pós-estruturalismo critica a dualidade e o binarismo do estruturalismo, e sua pretensão de levar o cientificismo às ciências sociais. A diferença entre os sujeitos, a percepção histórica e as relações de dominação em todas as esferas sociais são temas recorrentes em autores estruturalistas.

A crítica a uma concepção universal do que é ser mulher, a interseccionalidade entre a identidade feminista com outras identidades, a necessidade de se atentar às opressões enraizadas dentro do feminismo, a inutilidade entre a diferença entre sexo e gênero, o gênero como algo performativo, a denúncia ao binarismo de gênero e à heterossexualidade compulsória são as principais críticas feitas por Butler ao movimento feminista na década de 1960, em seu livro “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”.

A crítica de Judith Butler demonstra a transformação dentro do próprio movimento. A segunda onda e a terceira onda do feminismo mantém uma relação de proximidade com as tendências filosóficas do seu próprio tempo, o estruturalismo e o pós-estruturalismo, respectivamente.

A superação estruturalista e inovação trazida pelo pós-estruturalismo na filosofia influenciou a terceira onda do feminismo, que defendia uma visão do feminismo que considerasse a diferença das opressões sofridas pelas mulheres conforme outras variáveis, e posteriormente, a inclusão de pessoas que não se enquadravam na classificação binária homem-mulher.

Dentre os principais ensinamentos que é possível extrair da obra “Problemas de gênero”, de Judith Butler, é a valorização da diferença dentro do feminismo e o abandono a necessidade de definir o que é mulher e especificar todas as possíveis diferenças entre as mulheres. Ademais, a

autora também aponta a necessidade da construção de um movimento crítico, atento aos seus problemas e suas opressões internas.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Márcia Adriana Brasil; GONÇALVES, Josiane Peres. “Conhecendo a perspectiva pós-estruturalista: breve percurso de sua história e propostas”. **Revista Conhecimento Online**, Novo Hamburgo, v. 1, n. 9, p. 36-44, jan./jun. 2017.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARBADO, Devon W.; CRENSHAW, Kimberlé Williams; MAYS, Vickie M.; TOMLINSON, Barbara. “Intersectionality: mapping the movements of a theory”. **Du Bois Review: Social Science Research on Race**, v. 10, n. 2, p. 303-312, fall 2013. Disponível em <https://doi.org/10.1017/S1742058X13000349>. Acesso em 24/06/2022.

CASALI, Jessica Pereira; GONÇALVES, Josiane Peres. “Pós-estruturalismo: algumas considerações sobre esse movimento do pensamento”. **Revista Espaço de Diálogo e Desconexão**, vol. 2, n. 2, p. 84-92, 2018.

MARTINS, Ana Paula Antunes. “O Sujeito “nas ondas” do Feminismo e o lugar do corpo na contemporaneidade”. **Revista Café com Sociologia**, v. 4, n. 1, p. 231-245, abr. 2015.

PEREZ, Olívia Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez. “A quarta onda feminista: interseccional, digital e coletiva”. In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10, 2019, Monterrey, ALACIP. **Anais...** Monterrey: ALACIP, 2019. p. 1-22.

PETERS, Michael. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**. trad. Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PIAGET, Jean. **O estruturalismo**. trad. Moacir Renato de Amorim. 3. ed. São Paulo: Editora DIFEL. 1979.

PINTO, Céli Regina Jardim. “Feminismo, história e poder”. **Revista de Sociologia e Política**, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

SCHRUPP, Patu; SCHRUPP, Antje. **A brief history of feminism**. Tradução em inglês de Sophie Lewis. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2017.

SIQUEIRA, Camilla Karla Barbosa. “As três ondas do movimento femini-

sta e suas repercussões no direito brasileiro”. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2015, Florianópolis, CONPEDI. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 328-354.

SIQUEIRA, Carolina Bastos de; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. “As ondas do feminismo e seu impacto no mercado de trabalho da mulher”. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 145-166, jan./jun. 2020. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/14977>. Acesso em 09/02/2022.

SIQUEIRA, Carolina Bastos de; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. “Estruturalismo e pós-estruturalismo: uma análise comparativa das contribuições teóricas feministas de Simone de Beauvoir e Judith Butler”. In: WOMEN’S WORLD CONGRESS, 13, 2017, Florianópolis. **Anais...** Eletrônico, 2017, p. 1-9.

TEMKO, Suz. Intersexual: “Agora sei porque não menstruo”, diz jovem sobre descoberta e aceitação”. **BBC News**, 15 fev. 2019. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47250834>. Acesso em 14/01/2022.

WALTERS, Margaret. **Feminism: a very short introduction**. Nova York: Oxford University Press Inc., 2005.

'Notas de fim'

1 “QUIA+” indica outros grupos: queers, intersexo, assexuais, pansexuais. O símbolo “+” expõe demais grupos que existem e que não estão no nome do movimento.

2 Um dos exemplos mais conhecidos é o intersexo, que corresponde à letra “I” da sigla LGBTQIA+. Intersexual é “uma pessoa que nasceu com uma variação nas características sexuais que identificam cada sexo. As diferenças podem ser encontradas nos genitais, cromossomos, gônadas ou hormônios, que não coincidem com o entendimento binário padrão dos corpos - nem masculino, tampouco feminino”. No caso de Suz Temko (2019) por exemplo, é fisicamente mulher, mas geneticamente masculino pois tem cromossomos XY.

3 Em alguns momentos da obra, a autora usa a expressão “heterossexualidade compulsória”, cunhada anteriormente por outras feministas.

4 Expressão em inglês usada para designar as feministas que compõe a terceira onda.

ÍNDICE MEXICANO DE IGUALDAD INTERSECCIONAL (IMI): LECCIONES ONU-UE Y PROPUESTA PARA MÉXICO

MEXICAN INTERSECTIONAL EQUALITY INDEX (IMI):
UN-EU LESSONS AND A PROPOSAL FOR MEXICO

ÍNDICE MEXICANO DE IGUALDADE INTERSECCIONAL
(IMI): LIÇÕES DA ONU-UE E PROPOSTA PARA O MÉXICO

SUMÁRIO:

I. Fundamentos epistémicometodológicos del enfoque interseccional para medir y gobernar la desigualdad; II. Arquitectura métriconormativa del sistema ONU para una medición interseccional operativa; III. Dispositivo regulatoriométrico de la Unión Europea para la operacionalización interseccional de la igualdad; IV. Principios de diseño métriconormativo para una metodología interseccional implementable; V. Traslación métriconormativa UE-México: estudios de caso comparados y lecciones de implementación interseccional; VI. Orquestación métricodecisional del IMI: aplicaciones operativas para la gestión pública interseccional; VII. Gobernanza del dato y calidad; VIII. Gestión integral de riesgos metodológicos del IMI: limitaciones, sesgos y salvaguardas de mitigación; IX. Síntesis programática y hoja de ruta de implementación del IMI: de la arquitectura métrica a la gobernanza decisional; Referências.

RESUMEN:

Este capítulo propone el Índice Mexicano de Igualdad Interseccional (IMI), una métrica de 0-100 que integra siete dominios (trabajo e ingresos, tiempo y cuidados, educación y competencias, inclusión digital, poder y decisión, vida y autonomía física y

Como citar este artigo:
SANCHEZ, Rogelio,
CONTRERAS, Nailea.
"Índice mexicano de
igualdad interseccional
(IMI): lecciones
onu-ue y propuesta
para México".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 339-378.

Data da submissão:
04/10/2025

Data da aprovação:
08/10/2025

1.Universidad
Autónoma De Nuevo
León - México
2. Universidad
Autónoma De Nuevo
León - México

libertad de violencia). A partir de las lecciones ONU–UE —ODS, WEI/GSNI, GII/GDI, Índice EIGE con *intersecting inequalities*, transparencia salarial, encuestas de violencia y registros administrativos— se diseña una metodología interseccional con reglas de normalización, penalización por desigualdades internas, agregación con compensación limitada y disparadores automáticos que vinculan brechas con acciones presupuestarias y regulatorias. Se detalla la gobernanza del dato (calidad, ética, reproducibilidad, interoperabilidad) y una hoja de ruta en fases para implementar el IMI en el ámbito federal, estatal y municipal. El resultado es una brújula operativa que convierte el diagnóstico en política pública, priorizando a quienes más quedan atrás.

ABSTRACT:

This chapter proposes the Mexican Index of Intersectional Equality (IMI), a 0–100 metric that integrates seven domains—work and income; time and care; education and skills; digital inclusion; power and decision-making; life and bodily autonomy; and freedom from violence. Building on UN–EU lessons—the Sustainable Development Goals (SDGs); the Women’s Empowerment Index (WEI) and Gender Social Norms Index (GSNI); the Gender Inequality Index (GII) and Gender Development Index (GDI); the EIGE Gender Equality Index with its *intersecting inequalities* domain; pay transparency frameworks; and violence prevalence surveys and administrative records—the chapter sets out an intersectional methodology with clear normalization rules, a penalty for withinwomen disparities, aggregation with limited compensability, and automatic triggers that link gaps to budgetary and regulatory action. It details data governance (quality, ethics, reproducibility, interoperability) and a phased roadmap to implement the IMI at the federal, state, and municipal levels. The result is an operational compass that turns diagnosis into public policy, prioritizing those who are furthest behind.

PALABRAS CLAVE:

Igualdad de género; interseccionalidad; políticas públicas; indicadores; ONU; Unión Europea; Índice EIGE; transparencia salarial; violencia contra las mujeres; cuidados; gobernanza de datos; México.

KEYWORDS:

Gender equality; intersectionality; public policy; indicators; United Nations; European Union; EIGE Gender Equality Index; pay transparency; violence against women; care; data governance; Mexico.

I. FUNDAMENTOS EPISTÉMICOMETODOLÓGICOS DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL PARA MEDIR Y GOBERNAR LA DESIGUALDAD

Medir la desigualdad solo mediante promedios es epistemológicamente insuficiente y políticamente riesgoso: neutraliza diferencias internas y borra la forma en que las desventajas se entrelazan en configuraciones específicas de poder. La interseccionalidad, desde su formulación, no describe un simple “género + algo más”, sino un entramado en el que categorías sociales constituyen posiciones y vulnerabilidades; de ahí que la unidad de análisis no deba ser “las mujeres” en abstracto, sino mujeres situadas en regímenes sociales concretos (Crenshaw, 1991, p. 1239). Por ello, un enfoque interseccional no es un gesto retórico, sino una exigencia metodológica y de justicia para la ciencia política aplicada y la política pública.

Este enfoque aporta un lenguaje operativo para fenómenos complejos. Como sostienen Hill Collins y Bilge, las desigualdades funcionan como sistemas entrelazados de dominación que atraviesan instituciones, mercados y culturas, generando posiciones con recursos y riesgos desiguales (Collins & Bilge, 2016, p. 20). YuvalDavis subraya que tales posiciones no son identidades fijas, sino pertenencias situadas en campos de poder —de ahí que para diseñar política importe no solo qué medimos, sino dónde y para quién (YuvalDavis, 2011, p. 12). Leslie McCall tradujo esta intuición en opciones de diseño de investigación —enfoques anticategoróricos, intracategoróricos e intercategoróricos— decisivas al definir unidades de análisis, muestras y comparaciones (McCall, 2005, p. 1784). Hancock consolidó este viraje como paradigma de investigación, que ordena preguntas, métodos y diseños institucionales (Hancock, 2007, p. 64).

No se trata de sumar opresiones, sino de arquitecturas de poder. Glenn mostró cómo el trabajo y el cuidado se racializan y generizan en tramas históricas concretas (Glenn, 1992, p. 3). Raewyn Connell precisó que los regímenes de género se anclan en organizaciones y Estados, y se reproducen a través de arreglos cotidianos (Connell, 1987, p. 120). Walby insistió en que hablamos de sistemas complejos y multiescales (Walby,

2009, p. 5). La implicación para la política es directa: intervenir solo en un punto —por ejemplo, transferencias económicas— sin mirar territorio, etnicidad o migración puede resultar nulo o regresivo. Fraser formuló la tarea como un equilibrio entre redistribución y reconocimiento, con criterios de representación y voz (Fraser, 2003, p. 29).

Una *epistemología interseccional* exige descolonizar la mirada y el dato. Hooks y Mohanty advirtieron que tratar “a las mujeres” como universal borra diferencias y reproduce sesgos epistémicos (Hooks, 2000, p. 3; Mohanty, 2003, p. 17). En América Latina, Curiel y Vigoya han mostrado que la colonialidad organiza jerarquías de género y raza (Curiel, 2007, p. 95; Viveros Vigoya, 2016, p. 2); Segato y Monárrez Fragoso evidencian cómo esa trama se encarna en la violencia feminicida, donde territorio, precariedad y crimen organizado importan tanto como las normas de género (Segato, 2016, p. 23; Monárrez Fragoso, 2012, p. 45). Lagarde convirtió ese lenguaje de derechos en arquitectura institucional para nombrar y atender la violencia (Lagarde y De los Ríos, 2005, p. 27). Decidir qué medimos y cómo lo medimos es decidir a quién vemos y a quién dejamos fuera: la interseccionalidad es también política del conocimiento.

Criado Pérez ha documentado el costo de la brecha de datos en infraestructura, transporte, salud y tecnología: cuando la información no está desagregada por sexo —y menos por intersecciones—, las decisiones fallan desde el origen (Criado Pérez, 2019, p. 32). El enfoque de capacidades aporta el criterio normativo: medir no solo recursos u oportunidades, sino lo que la gente puede ser y hacer en contextos reales (Nussbaum, 2011, p. 18; Sen, 1999, p. 36). En salud, Marmot mostró que los determinantes sociales —educación, trabajo, vivienda, discriminación— pesan tanto como lo clínico; en clave de género, esto exige cruzar prevalencias (p. ej., violencia) con condiciones estructurales que las producen y sostienen (Marmot, 2005, p. 1101). Si, además, aceptamos con Robinson que el capitalismo se ha construido racialmente, y con Quijano que la colonialidad ordena jerarquías contemporáneas, el enfoque interseccional es la vía más realista para diagnosticar y transformar desigualdades persistentes (Robinson, 2000, p. 9; Quijano, 2000, p. 534).

Los estándares internacionales ya empujan en esta dirección. El marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible exige desagregar “cuando proceda” por sexo, edad, etnicidad, discapacidad, migración, ingreso

y territorio (ONU, 2017, anexo, párr. 4). En la Unión Europea, el *Gender Equality Index* del EIGE integra un dominio de intersecting inequalities que cruza género con edad, discapacidad, educación, país de nacimiento o tipo de familia; en paralelo, se consolidó una arquitectura de medición de la violencia que combina encuestas de prevalencia e indicadores administrativos para seguir la respuesta del sistema (European Institute for Gender Equality, 2023, p. 18). La lección para los Estados es doble: institucionalizar la recopilación de datos interseccionales como estándar estadístico y vincular métricas a obligaciones legales y presupuestarias; sin ello, la interseccionalidad queda como discurso inspirador pero inoperante.

¿Qué cambia en la práctica? Primero, pasamos de promedios a distribuciones: no basta la tasa de empleo femenina; interesa quiénes son las mujeres empleadas, dónde y con qué condiciones. Un mismo promedio puede ocultar mejoras para mujeres con alta educación y estancamiento para mujeres indígenas rurales; la tipología de McCall orienta qué comparaciones revelan mejor las brechas internas (McCall, 2005, p. 1785). Segundo, transitamos del estatus a la trayectoria: violencias y brechas salariales son procesos; medir transiciones (entrada/salida del empleo, rutas de denuncia y protección, progresión salarial) y umbrales (v.g. disparidades que activan auditorías salariales) permite políticas preventivas y corregibles; Fraser y Walby sugieren comprender estas trayectorias como cadenas de intervención (Fraser, 2003, p. 52; Walby, 2009, p. 13). Tercero, nos movemos de la foto a la rendición de cuentas: la interseccionalidad introduce responsables y plazos. Si un municipio detecta que mujeres jóvenes migrantes concentran mayor exposición a violencia y menor empleo formal, la pregunta no es “¿por qué?”, sino “qué hacemos y cuándo”: ampliar refugios y órdenes de protección, conectar con formación y empleo dignos, reorientar transporte y alumbrado, y monitorear trimestralmente con indicadores desagregados. Como recuerda Connell, los regímenes de género se gestionan; si no se gestionan con datos, el statu quo los reproduce (Connell, 1987, p. 243).

Todo lo anterior configura un imperativo democrático: ampliar quién cuenta y qué cuenta. Davis lo formula en términos de solidaridad material —no solo simbólica— entre luchas; una señal de madurez institucional es cuando los registros administrativos, las encuestas y los tableros públicos ya no pueden agregarse sin mostrar valores por subgrupos,

porque la ciudadanía lo exige (Davis, 1981, p. 21). Ese horizonte es el de una administración capaz de ver simultáneamente género, territorio, raza, clase y migración, y de actuar con esa información.

En suma, adoptar hoy un enfoque interseccional no es opcional para quien busca eficacia y justicia en políticas públicas. Brinda un marco conceptual robusto (Crenshaw, 1991, p. 1244; Collins & Bilge, 2016, p. 7; YuvalDavis, 2011, p. 12; Hancock, 2007, p. 64), una gramática metodológica viable (McCall, 2005, p. 1785; Glenn, 1992, p. 3; Walby, 2009, p. 5; Connell, 1987, p. 120), fundamentos normativos de bienestar y derechos (Fraser, 2003, p. 29; Sen, 1999, p. 36; Nussbaum, 2011, p. 19) y una brújula crítica que descentra el norte global (Mohanty, 2003, p. 17; hooks, 2000, p. 3; Viveros Vigoya, 2016, p. 2; Curiel, 2007, p. 95). A la vez, sintoniza con estándares internacionales que ya operan —desagregaciones ODS y el dominio de *intersecting inequalities* del EIGE— y con una agenda regional que ha puesto nombre y estructura a la violencia (Lagarde y de los Ríos, 2005, p. 27; Segato, 2016, p. 23; Monárrez Fragoso, 2012, p. 45). La interseccionalidad convierte así la igualdad en un programa operativo: qué medir, a quién priorizar, qué arreglos institucionales transformar y cómo rendir cuentas. Ese es el punto de partida —ético y técnico— de este capítulo.

II. ARQUITECTURA MÉTRICONORMATIVA DEL SISTEMA ONU PARA UNA MEDICIÓN INTERSECCIONAL OPERATIVA

Para una metodología de género con enfoque interseccional, la arquitectura de medición de Naciones Unidas (ONU) ofrece una base métriconormativa que los sistemas nacionales y locales deberían articular de manera coherente. Su piedra angular es el *Global Indicator Framework* de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que explicita qué medir y ordena desagregar “cuando proceda” por sexo, edad, etnicidad, discapacidad, migración, ingreso y territorio: es la traducción estadística del principio de no dejar a nadie atrás (ONU, 2017, anexo, párr. 4). Este mandato dialoga con la crítica feminista a los promedios —que ocultan desigualdades interseccionales— y con la necesidad de ubicar a las mujeres en regímenes específicos de poder (Crenshaw, 1991, p. 1244; Collins & Bilge, 2016, p. 7). También se vincula con la noción de capacidades y agencia: medir resultados que reflejen lo que las personas pueden ser y hacer con

libertad real (Kabeer, 1999, p. 437).

En ese marco, el *Minimum Set of Gender Indicators* coordinado por la UNSD es la caja de herramientas para producir estadísticas de género comparables y trazables a ODS y a la Plataforma de Beijing; define dominios, variables y metadatos para su adopción por institutos nacionales (United Nations Statistics Division, 2013, p. 4). Su operación materializa hallazgos de la economía feminista: presupuestos con perspectiva de género, medición del trabajo no remunerado y arreglos de conciliación como palancas para redistribuir tiempo y poder (Elson, 1995, p. 351; Razavi, 2007, p. 19; Folbre, 1994, p. 9; Benería, 2003, p. 124). De este modo, el “mínimo set” no es un inventario neutro, sino una arquitectura de producción estadística que incorpora el trabajo de cuidados al núcleo de la medición.

En la capa de índices compuestos destacan el *Gender Development Index* (GDI) y el *Gender Inequality Index* (GII) del PNUD, que permiten monitorear brechas “de facto” en salud, educación e ingreso y cuantificar pérdidas asociadas a la desigualdad (United Nations Development Programme, 2010). Su fundamento teórico remite al enfoque de capacidades (Sen, 1999, p. 36; Nussbaum, 2011, p. 18) y a la tradición de desarrollo humano (FukudaParr, 2003, p. 23). Las críticas han sido fértiles: problemas de selección de indicadores y reglas de agregación, así como la sensibilidad del índice a supuestos (Klasen, 2006, p. 247). Estas objeciones alentaron mejoras con métodos de conteo y análisis de compensabilidad (Alkire & Foster, 2011, p. 478) y con pautas de mensurabilidad y comunicación del riesgo (Atkinson, 2019, p. 5; Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009, p. 12). El resultado práctico es un uso más reflexivo de GDI/GII: siempre acompañarlos de subíndices y de desagregaciones que revelen heterogeneidad interna.

Un avance sustantivo es el *Women’s Empowerment Index* (WEI) desarrollado por UNDP y UN Women, que integra cinco dimensiones —salud y vida, educación y competencias, inclusión laboral/financiera, toma de decisiones y libertad de violencia— y propone una métrica accionable de empoderamiento desagregable por grupos (UNDP & UN Women, 2023, p. 14). Conceptualmente, aterriza la tríada recursos/agencia/logros (Kabeer, 1999, p. 437) y entiende el poder como relación situada y transformable (Batiwala, 1994, p. 130; Sen & Grown, 1987, p. 28). Su valor agregado frente a otros índices es internalizar la violencia en el agregado, coherente con la evidencia de que la coerción erosiona capacidades y

agencia: sin seguridad, la libertad efectiva es frágil.

El *Gender Social Norms Index* (GSNI) aporta la lectura del clima normativo que sostiene brechas aun con leyes avanzadas: actitudes sobre liderazgo, educación, empleo y autonomía corporal (UNDP, 2023, p. 6). Para la política, el GSNI “cierra el triángulo” entre resultados, normas e instituciones, y dialoga con la interseccionalidad (Crenshaw, 1991, p. 1244) y con la idea de sistemas entrelazados de dominación (Collins & Bilge, 2016, p. 7): explica por qué reformas idénticas producen efectos dispares según territorio, clase o etnicidad.

A la par de los compuestos, la ONU consolida un conjunto sustantivo de indicadores troncales en salud, educación y trabajo. En salud, la razón de mortalidad materna y la fecundidad adolescente (ODS 3) son diagnósticos sensibles para evaluar acceso efectivo a derechos sexuales y reproductivos (WHO, 2021, p. 10; UNFPA, 2013, p. 12). En educación, el Índice de Paridad de Género (GPI) de UNESCOUIS fija un estándar claro de paridad en matrícula, logro y alfabetización (UNESCO Institute for Statistics, 2018, p. 3). En trabajo decente, las guías de la OIT permiten seguir empleo, ingresos y protección social con enfoque de género y desagregaciones interseccionales (International Labour Office, 2013, p. 15). Esta capa se enlaza con la agenda de cuidados —tiempo no remunerado y cuidado intensivo— que la economía del cuidado y la sociología del trabajo sitúan como infraestructura social: sin medirla, los indicadores laborales subestiman restricciones de participación (Floro, 1995, p. 1915; Folbre, 1994, p. 9; Benería, 2003, p. 124; Razavi, 2007, p. 19).

En materia de violencia contra las mujeres, el sistema ONU consolidó un doble carril de medición: encuestas de prevalencia con metodologías armonizadas e indicadores administrativos que reflejan denuncia, protección y sanción a lo largo de la cadena institucional (WHO, 2021, p. 10). Esta arquitectura se alinea con la evidencia de que la violencia es un fenómeno estructural que cruza género con edad, etnicidad, discapacidad, migración y territorio, y que exige rendición de cuentas en múltiples eslabones (Kabeer, 1999, p. 437; Moser, 1989, p. 1803). Como principio de diseño, las prevalencias deben leerse junto a capacidad estatal y barreras sociales para orientar políticas integrales.

¿Cómo usar estas piezas en clave interseccional? Primero, alinear todo tablero nacional/local al marco ODS y al *Minimum Set*, lo que ga-

rantiza comparabilidad internacional y continuidad temporal (United Nations General Assembly, 2017, anexo, párr. 4; United Nations Statistics Division, 2013, pp. 4–6). Segundo, adoptar un “par de índices”: GDI/GII para brechas “de facto” y WEI para empoderamiento con violencia integrada (United Nations Development Programme, 2010; UNDP & UN Women, 2023, p. 14). Tercero, incorporar el GSNI para interpretar resistencias culturales que frenan la ejecución, y cruzarlo con tiempo de cuidados y empleo para diseñar paquetes integrales de política (UNDP, 2023, p. 6; Elson, 1995, p. 351; Razavi, 2007, p. 19). Cuarto, establecer desagregaciones mínimas y una penalización por desigualdades internas que operacionalice la interseccionalidad —quiénes son las mujeres que mejoran y quiénes quedan atrás—, apoyando la agregación en buenas prácticas de medición y compensación limitada (Crenshaw, 1991, p. 1244; Collins & Bilge, 2016, p. 7; Alkire & Foster, 2011, p. 478; Atkinson, 2019, p. 5; Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009, p. 12). Quinto, cerrar la brecha medición con presupuestos sensibles al género y reglas de cumplimiento activo (Elson, 1995, p. 351; Benería, 2003, p. 124; Sen & Grown, 1987, p. 28): si un umbral se supera (por ejemplo, brecha salarial no ajustada persistente), disparar auditorías, correcciones y servicios.

La ventaja comparativa de esta arquitectura ONU es doble. Estandariza: ofrece un léxico común sobre qué medir y con qué definiciones, de modo que los países puedan compararse y aprender; y flexibiliza: autoriza a desagregar y ponderar de acuerdo con prioridades locales sin perder trazabilidad con las metas globales. Integradas, estas piezas convierten la interseccionalidad en métrica de gestión: una brújula para pasar de principios a decisiones, y de decisiones a resultados verificables, con responsables, plazos y presupuesto.

III. DISPOSITIVO REGULATORIOMÉTRICO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA OPERACIONALIZACIÓN INTERSECCIONAL DE LA IGUALDAD

Durante tres décadas, la Unión Europea (UE) ha ensamblado un dispositivo regulatoriométrico —métricas comparables, derecho exigible y políticas operativas— que convierte la igualdad de género en gestión con rendición de cuentas. Su especificidad descansa en tres rasgos: una métrica sintética que ya incorpora interseccionalidad y permite compara-

ciones robustas; un acervo jurídico que desplaza el enfoque *complaints led* hacia obligaciones proactivas de transparencia y corrección; y tableros sectoriales que traducen brechas en metas de gestión con responsables y plazos. Esta arquitectura no surge en el vacío: cristaliza debates sobre *gender mainstreaming* y marcos interpretativos (Lombardo & Meier, 2006, pp. 154–161; Stratigaki, 2005, p. 168; Verloo, 2007, p. 12) y responde a trayectorias institucionales que han reconfigurado competencias y herramientas en clave interseccional (Jacquot, 2015, p. 6; Kantola & Lombardo, 2017, p. 5).

El *Gender Equality Index* del EIGE es la pieza medular. Sintetiza seis dominios —trabajo, dinero, conocimiento, tiempo, poder y salud— y añade un dominio transversal de intersecting inequalities que cruza género con edad, discapacidad, educación, migración y tipo de hogar, permitiendo detectar rezagos internos entre mujeres y no solo brechas “mujeres-hombres”. La edición 2023, con foco en la transición verde, ilustra cómo conectar brechas “clásicas” de empleo y tiempo con sectores intensivos en energía y transporte, abriendo un frente de política industrial sensible al género (Barbieri et al., 2023, pp. 18–22). El diseño institucional del índice encarna la apuesta europea por métricas integradas que alimentan decisiones regulatorias y presupuestarias, en sintonía con el *mainstreaming* entendido como red de instrumentos y no como enunciado simbólico (Lombardo & Meier, 2006, p. 161; Verloo, 2007, p. 15).

En el plano jurídico y de cumplimiento, la UE ha evolucionado del principio general de “igual salario por trabajo de igual valor” hacia un modelo proactivo de transparencia retributiva y auditorías con medidas correctivas. Este viraje, consolidado por la reciente directiva de transparencia salarial, se apoya en décadas de derecho antidiscriminatorio y de jurisprudencia que operacionaliza el *igual valor* (Burri & van Eijken, 2015, p. 7). La igualdad sustantiva, más allá de la neutralidad formal, exige acciones positivas, información pública y mecanismos de reparación colectiva (Fredman, 2016, pp. 715–720). Desde la economía del trabajo, la evidencia es nítida: cerrar la brecha salarial supone atacar segregación ocupacional, sesgos en la valoración del trabajo y déficits de negociación colectiva, no solo publicar promedios (Rubery & Grimshaw, 2015, pp. 321; Rubery & Koukiadaki, 2016, pp. 9). Esta arquitectura jurídica convierte la métrica en obligación justiciable y fuerza ajustes organizativos sostenidos.

El mercado laboral europeo se observa con lupa estructural. Los estudios sobre segregación horizontal y vertical —ocupaciones feminizadas, *techos* y *paredes de cristal*— proporcionaron un mapa para políticas de empleo, formación y promoción (Bettio & Verashchagina, 2009, p. 13). La agenda de tiempos de trabajo —parcialidad, teletrabajo, flexibilidad— y su impacto de género se ha sistematizado para comparaciones entre países (Plantenga & Remery, 2010, p. 8), mientras las revisiones anuales de licencias (maternidad, paternidad, parentales) permiten vincular corresponsabilidad con resultados en empleo e ingresos (Kosłowski, Blum, Dobrotić, & Moss, 2020, p. 5). Todo ello acompaña la transición desde el modelo del varón sustentador hacia el *adultworker model*, que reconfigura derechos y cuidados a lo largo del ciclo vital (Lewis, 2001, p. 153; Daly, 2020, p. 28; Fagan, Rubery, & Smith, 1999, p. 2). La lección metodológica es que una buena métrica capta estructuras (segregación, reglas de tiempo, licencias) y no solo estados individuales.

En violencia contra las mujeres, la UE fijó un estándar que combina encuestas de prevalencia comparables con indicadores administrativos de denuncia, protección y sanción, de modo que se observe tanto el daño como la capacidad estatal a lo largo del itinerario institucional (Goodey, 2017, p. 1765). La medición se complementa con estudios sobre climas normativos, v.g. actitudes de *victimblaming*— que explican tolerancias locales y diferenciales en la disposición a denunciar (Ivert, Merlo, & Gracia, 2018, p. 560). En clave de política, sin esta doble capa (prevalencia + administración) el *mainstreaming* se desliza hacia lo simbólico: no hay rendición de cuentas si no se miden tiempos de atención, cobertura de órdenes de protección o tasas de enjuiciamiento (Lombardo & Meier, 2006, p. 161; Jacquot, 2015, p. 3).

Los tableros sectoriales potencian la trazabilidad entre métrica y decisión. *She Figures 2024* construye un índice piloto para seguir la igualdad en investigación e innovación desde el doctorado hasta la toma de decisiones y la autoría de alto impacto, con micro indicadores por disciplina y etapa de carrera (European Commission, 2025, p. 11). En paralelo, el Women in Digital Scoreboard transforma la brecha digital en 13 indicadores (uso, habilidades y empleo TIC); metodológicamente, hay propuestas para mejorar el agregado con *posets* (*Partially Ordered SET*) que reducen compensaciones artificiales entre componentes, preservando

el orden parcial entre territorios (Damiani & RodríguezModroño, 2023). Ambos instrumentos son fértiles para la operacionalización interseccional, pues admiten cruces por campo disciplinar, edad, origen migrante y estatus laboral, generando diagnósticos accionables para becas, estancias, contratación y promoción.

Todo lo anterior se sostiene en una gobernanza de género como “política de datos”: regla de oro de desagregación, obligación de publicar y vinculación entre métricas e instrumentos (auditorías salariales, planes de igualdad, licencias, servicios de cuidados). Esta coherencia responde a la crítica feminista a la cooptación simbólica del *mainstreaming* —cuando se enuncia sin recursos ni reglas— (Stratigaki, 2005, p. 170; Verloo, 2007, p. 15), y a la demanda de materialidad (recursos, tiempo, poder) en las políticas de empleo y cuidados (Rubery & Grimshaw, 2015, p. 337; Plantenga & Remery, 2010, p. 27). La UE, en suma, convierte la igualdad en gobernanza basada en evidencia: *quién debe actuar, con qué instrumento, en qué plazo y bajo qué indicador de resultado*.

¿Qué aprende una metodología interseccional aplicada? Primero, alinear el tablero nacional/local con el Índice EIGE, incorporando desde el inicio el dominio de desigualdades interseccionales para evitar promedios engañosos (Barbieri et al., 2023, p. 18). Segundo, parear métricas e instrumentos: combinar indicadores de empleo/tiempos/cuidados con obligaciones jurídicas (auditorías salariales, planes de igualdad, transparencia) y con tableros sectoriales (Bettio & Verashchagina, 2009, p. 13; Plantenga & Remery, 2010, p. 8; Koslowski et al., 2020, p. 12; Fredman, 2016, p. 721; Burri & van Eijken, 2015, p. 7; European Commission, 2025, p. 11; Damiani & RodríguezModroño, 2023, p. 716). Tercero, en violencia, combinar prevalencia con respuesta institucional y actitudes sociales para orientar protocolos, presupuesto y capacitación (Goodey, 2017, p. 1778; Ivert et al., 2018, p. 562). Cuarto, anclar todo en marcos de Estado de bienestar que expliquen por qué reformas idénticas producen efectos distintos según clase, tipo de hogar, ciclo vital y territorio (Lewis, 2001, p. 160; Daly, 2020, p. 91; Fagan et al., 1999, p. 44). Finalmente, mantener la brújula política: los hallazgos deben activar correcciones normativas, presupuestarias y organizativas. Solo así la interseccionalidad deja de ser vocabulario y deviene mecánica de gobierno.

La ventaja de este dispositivo UE es doble: estandariza el qué y

cómo medir, creando un léxico común para el intercambio entre países y niveles de gobierno; y flexibiliza el dónde y para quién intervenir, al permitir desagregaciones y ponderaciones adaptadas al contexto sin perder trazabilidad con objetivos europeos y globales. Integradas, estas piezas facilitan una metodología interseccional replicable: de la detección de brechas y sesgos estructurales a su corrección mediante instrumentos con dientes -auditorías, transparencia, licencias corresponsables, servicios de cuidados, metas de ciencia y digital, y un esquema de violencia que mira daño y respuesta-, todo ello enmarcado por indicadores que miden, comparan y obligan.

IV. PRINCIPIOS DE DISEÑO MÉTRICONORMATIVO PARA UNA METODOLOGÍA INTERSECCIONAL IMPLEMENTABLE

Una metodología interseccional “lista para implementar” debe traducir teoría en ingeniería institucional: definir qué medir, cómo medir y cómo convertir la medición en decisión pública con responsables, plazos y presupuesto. El punto de partida no es abstracto: las desigualdades se coproducen en la intersección de género con raza/etnicidad, clase, edad, discapacidad, migración y territorio; por eso la unidad analítica no puede ser “las mujeres” en general, sino mujeres situadas en regímenes concretos de poder (Crenshaw, 1991, p. 1244; Collins & Bilge, 2016, p. 7; YuvalDavis, 2011, p. 12). En términos de diseño de investigación, optar explícitamente por estrategias inter e intracategorías permite preguntar con precisión qué brechas internas importan para la política (McCall, 2005, p. 1785) y sostener un paradigma coherente de preguntas, métodos y arreglos institucionales (Hancock, 2007, p. 64).

Antes de seleccionar indicadores conviene fijar una teoría del cambio: ¿qué palancas públicas alteran capacidades, agencia y resultados? El enfoque de capacidades ofrece el estándar normativo —lo que las personas pueden ser y hacer— para juzgar si una brecha es intolerable y debe priorizarse (Sen, 1999, p. 36; Nussbaum, 2011, p. 18). La justicia de redistribución y reconocimiento agrega criterios sobre voz y representación (Fraser, 2003, p. 29) y recuerda que la igualdad sustantiva no se agota en la neutralidad formal; exige acciones positivas y mecanismos de corrección (Fredman, 2016, p. 715). Con ese anclaje, la medición deja de ser un inventario para convertirse en gobernanza.

El catálogo nuclear de indicadores, alineada a ODS, debe cubrir salud sexualreproductiva, educación, empleo/ingresos, tiempo y cuidados, poder político y libertad de violencia, y complementarse con una catálogo ampliable sectorial (vivienda, movilidad, digital, ciencia). Incluir tiempo de cuidados y trabajo no remunerado es ineludible: es la infraestructura social que condiciona trayectorias laborales y bienestar (Elson, 1995, p. 351; Benería, 2003, p. 124; Folbre, 1994, p. 9; Moser, 1989, p. 1803). Una metodología que omite cuidados subestima las restricciones reales y sobre diagnostica “falta de empleabilidad”.

Medir solo “resultados” invisibiliza cuellos de botella institucionales. Por eso conviene emparejar indicadores de facto (empleo, ingresos, violencia) con indicadores de jure (marcos legales, transparencia retributiva, licencias) y con indicadores de implementación (auditorías, presupuestos, servicios). Esta doble mirada —sustantiva y de cumplimiento— permite explicar por qué persiste una brecha y qué palanca mover (Fredman, 2016, p. 715; Rubery & Grimshaw, 2015, p. 321; Plantenga & Remery, 2010, p. 8). El tablero deja de ser foto y se vuelve mapa de gestión.

La combinación de indicadores heterogéneos exige normalización transparente (v.g. paridad = 1; escalas: 0-100) y agregación con límites a la compensabilidad, para no “premiar” territorios que avanzan en un dominio y retroceden en otro. Las herramientas de conteo y los índices con pena por privaciones simultáneas son útiles (Alkire & Foster, 2011, p. 478); conviene acompañarlas con pruebas de sensibilidad de pesos y reglas de piso (Atkinson, 2019, p. 5; Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009, p. 12). Dos prácticas robustas: reportar subíndices por dominio junto con el valor total, y publicar escenarios con ponderaciones alternativas (igual, experta, deliberada).

Para evitar que los promedios silencien rezagos internos, la metodología debe calcular cada indicador por subgrupos —por ejemplo, mujeres indígenas urbanas 15–24 o mujeres con discapacidad 45–64— y aplicar una penalización interseccional al puntaje territorial cuando la dispersión supere un umbral. Esta regla operativiza el mandato interseccional —importa quiénes mejoran y quiénes quedan atrás— (Crenshaw, 1991; Collins & Bilge, 2016) y conversa con enfoques no compensatorios de privaciones múltiples (Alkire & Foster, 2011, p. 478). Además, al reconocer que las estructuras (raza/etnicidad, clase, organización, Estado) moldean oportuni-

dades y riesgos, se alinea con la evidencia sobre regímenes de género y sus anclajes institucionales (Kabeer, 1999, p. 437; Glenn, 1992, p. 3; Connell, 1987, p. 243; Walby, 2009, p. 13).

La violencia contra las mujeres debe integrar el núcleo del índice como determinante estructural del empoderamiento. Ello implica combinar (i) prevalencia con metodologías armonizadas; (ii) itinerarios institucionales (denuncia, protección, sanción, servicios de salud); y (iii) actitudes sociales (culpabilización, tolerancia), tal como recomienda el marco ecológico y la evidencia comparada europea (Heise, 1998, p. 262; GarcíaMoreno, Jansen, Ellsberg, Heise, & Watts, 2005, p. 3; Goodey, 2017, p. 1765; Ivert, Merlo, & Gracia, 2018, p. 560). Además de metas de reducción de prevalencia, son cruciales metas procesales: tiempos máximos de atención, cobertura de refugios, calidad de órdenes de protección.

En datos, sesgos y ética, una metodología implementable especifica fuentes, periodicidad y responsables, prioriza encuestas de hogares/uso del tiempo, registros administrativos y módulos temáticos con metadatos abiertos, e integra guías para detectar y mitigar sesgos en todas las fases —muestreo, medición, imputación— y para asegurar privacidad y seguridad, en especial en violencia (Criado Perez, 2019, p. 32; D'Ignazio & Klein, 2020, p. 6). La transparencia computacional —código, diccionarios y versiones— no es accesorio: es parte de la calidad.

La igualdad no se logra solo con tableros: requiere gobernanza y presupuesto. Incluir planes de igualdad con metas cuantificadas, presupuestos sensibles al género y auditorías ligadas a disparidades ancla la medición en materialidad (Elson, 1995, p. 351). Para evitar el *genderwashing* —mainstreaming declamado sin instrumentos—, el tablero debe vincularse a reglas de decisión (si la brecha salarial no ajustada $\geq X$ % por tres trimestres, activar auditoría y plan de corrección) y a servicios (ampliación de cuidados, transporte seguro) (Verloo, 2007, p. 15; Lombardo & Meier, 2006, p. 161; Stratigaki, 2005, p. 170). Con ello, los indicadores se vuelven palancas y no solo señales.

Una metodología efectiva también aprende. La evaluación realista pregunta qué funciona, para quién y en qué condiciones, articulando mecanismos y contextos; y las revisiones periódicas ajustan pesos, metas y definiciones a la luz de la evidencia (Pawson & Tilley, 1997, p. 55; Daly, 2020, p. 91). Así, el ciclo diagnóstico \rightarrow intervención \rightarrow medición \rightarrow ajuste reemplaza la

lógica de “foto anual” y aproxima la práctica a la mejora continua.

En la práctica, todo lo anterior se concreta en una ruta operativa: (a) definir dominios y variables con base en el catálogo nuclear y metas de política (Sen, 1999, p. 36; Nussbaum, 2011; Elson, 1995, p. 351); (b) seleccionar indicadores por relevancia causal, mensurabilidad y capacidad de desagregación, no por mera disponibilidad (Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009, p. 12; Atkinson, 2019, p. 5); (c) desagregar sistemáticamente sexo \times (edad, etnicidad/raza, discapacidad, migración, nivel educativo, tipo de hogar, área) (Crenshaw, 1991, p. 1244; YuvalDavis, 2011, p. 12); (d) calcular paridad (razones M/H u H/M) y niveles, normalizar a 0–100 y aplicar la penalización interseccional cuando la dispersión supere el umbral (Alkire & Foster, 2011, p. 478); (e) emparejar resultados con marco legal e implementación (licencias, transparencia, servicios, sanciones) (Freedman, 2016, pp. 715–721; Plantenga & Remery, 2010; Rubery & Grimshaw, 2015, p. 321); (f) integrar violencia como dominio central con prevalencia, respuesta y normas (Heise, 1998, p. 262; GarcíaMoreno et al., 2005, p. 3; Goodey, 2017, p. 1765); (g) publicar metadatos y código, validar con usuarias/os de política y preparar fichas de decisión que conecten disparidades con acciones y presupuesto (D’Ignazio & Klein, 2020, p. 6; Elson, 1995, p. 351); y (h) evaluar impactos con diseños realistas o cuasiexperimentales y ajustar metas/pesos anualmente (Pawson & Tilley, 1997, p. 55; Daly, 2020, p. 91).

Estos principios convierten la interseccionalidad en mecánica de gestión. Al centrar poder y pertenencias, incorporar cuidados y violencia, limitar compensaciones, penalizar desigualdades internas y anclar la medición en normas, presupuesto y evaluación, la metodología deja de ser ideal y se vuelve procedimiento replicable. No hay neutralidad técnica: cada decisión —indicador, corte, peso, desagregación— es política y debe ser explícita, justificada y auditable, para que el tablero no solo describa desigualdades, sino que mueva instituciones y recursos hacia su reducción (Fraser, 2003, p. 29; Walby, 2009, p. 13; Connell, 1987, p. 243; Glenn, 1992, p. 3; Kabeer, 1999, p. 437).

V. TRASLACIÓN MÉTRICONORMATIVA UE-MÉXICO: ESTUDIOS DE CASO COMPARADOS Y LECCIONES DE IMPLEMENTACIÓN INTERSECCIONAL

Este apartado ensambla paralelos analíticos que muestran cómo la arquitectura europea de medición → acción puede traducirse al contexto mexicano sin perder el enfoque interseccional —esto es, observando simultáneamente género, edad, etnicidad/raza, discapacidad, territorio y clase— y manteniendo la coherencia metodológica de la investigación comparada (Crenshaw, 1991; Collins & Bilge, 2016; YuvalDavis, 2011; McCall, 2005; Hancock, 2007). Cada viñeta concluye con una inferencia operativa para diseño y seguimiento de políticas públicas.

1) Violencia contra las mujeres: encuestas de prevalencia + itinerarios institucionales. El estándar europeo combina encuestas comparables de prevalencia con indicadores administrativos de denuncia, protección y sanción, para mirar el fenómeno como un sistema —daño y respuesta estatal— (Goodey, 2017, p. 1765). Esta lógica se alinea con el marco ecológico de la violencia —múltiples niveles de causalidad: individual, relacional, comunitario y estructural— (Heise, 1998, p. 262), y con la evidencia de salud pública que exige medir tanto la magnitud del daño como la capacidad de respuesta (GarcíaMoreno, Jansen, Ellsberg, Heise, & Watts, 2005, p. 3).

La dupla ENDIREH (prevalencia) + registros (feminicidio, violencia familiar, órdenes de protección) permite emular este estándar y, además, capturar especificidades territoriales y del crimen organizado documentadas en América Latina (Lagarde y de los Ríos, 2005, p. 27; Segato, 2016, p. 23; Monárrez Fragoso, 2012, p. 45). De lo anterior, se desprende una lección: incluir tres capas —prevalencia, itinerarios institucionales y normas sociales (actitudes de *victimblaming*)— y desagregar por edad, condición indígena/afromexicana, discapacidad y área es condición para aprender y corregir (Ivert, Merlo, & Gracia, 2018, p. 560).

2) Brecha salarial: de la diagnosis a la corrección mediante transparencia y auditorías. En la UE, el tránsito del principio de “igual salario por trabajo de igual valor” a esquemas proactivos de transparencia retributiva y auditorías con planes de corrección responde a la noción de igualdad sustantiva (Fredman, 2016, p. 715). La evidencia comparada subraya que cerrar la brecha implica actuar sobre segregación, valoración del trabajo y negociación colectiva, no solo publicar promedios (Rubery & Grimshaw, 2015, p. 321; Rubery & Koukiadaki, 2016, p. 9; Plantenga & Remery, 2010, p. 8).

En México, es viable estimar la brecha no ajustada (ingreso horario mediano, estándar Eurostat) con microdatos de ENOE y definir disparadores: si persiste por encima de un umbral durante tres trimestres, activar auditoría y plan de corrección con cronograma público. Lección. La métrica debe estar atada a obligaciones; sin dientes, el *gender mainstreaming* deriva en lo simbólico (Stratigaki, 2005, p. 170; Lombardo & Meier, 2006, p. 161).

3) Tiempos y cuidados: infraestructura social para empleo y bienestar. En la UE las comparaciones muestran que arreglos de jornada, licencias (paternidad/parentales) y servicios de cuidado mueven tasas y calidad del empleo femenino (Plantenga & Remery, 2010; Daly, 2020; Lewis, 2001).

En el Estado mexicano, con ENUT puede construirse un subíndice que capte horas de trabajo no remunerado, tiempo total de trabajo e intensidad del cuidado, anclado en la economía feminista (Elsón, 1995, p. 351; Benería, 2003, p. 124; Folbre, 1994; Floro, 1995). Lección. Reducir brechas laborales exige infraestructura de cuidados y corresponsabilidad; las metas de empleo deben parearse con metas de tiempos y servicios.

4) Inclusión digital y ciencia: tableros sectoriales con poder de gestión. Dos instrumentos destacan en la UE: el Women in Digital Scoreboard (uso, habilidades y empleo TIC) y *She Figures* (igualdad en I+D+i, de doctorado a toma de decisiones). Metodológicamente, el uso de posets mejora agregaciones y reduce compensaciones artificiales (Damiani & RodríguezModroño, 2023).

En la nación mexicana, la ENDUTIH permite un espejo nacional de uso, habilidades y empleo TIC; en ciencia, los sistemas de educación superior/ posgrado permiten seguir la tubería de trayectorias *STEM* y liderazgo. Lección. Los tableros sectoriales vuelven la brecha un objetivo de gestión (plazas, becas, estancias, incentivos) y deben habilitar cruces interseccionales (edad \times ruralidad \times maternidad, etc.). Para madurar el agregado, seguir la pauta metodológica europea (European Commission, 2025).

5) Poder y decisión: de la paridad descriptiva a la sustantiva. En Europa, la medición sistemática de mujeres en parlamentos, gabinetes, judicatura y consejos visibiliza techos y paredes de cristal y el valor de medidas combinadas (cuotas, listas cremallera, reglas de nombramiento) (Bettio & Verashchagina, 2009, p. 13; Barbieri et al., 2023, p. 18).

Por otro lado, en México, los avances en paridad legislativa permiten monitorear poder sustantivo: presidencias de comisiones, control presupuestario y regulación de sectores estratégicos. Lección. La representación no se agota en “escaños ocupados”: qué poder se ejerce y con qué recursos —punto central en redistribuciónreconocimiento (Fraser, 2003, p. 29) y en los regímenes de género (Connell, 1987, p. 243).

6) Salud sexual y reproductiva: capacidades y determinantes sociales. En la UE, el seguimiento de mortalidad materna y fecundidad adolescente dialoga con cobertura y educación sexual integral. En México, con ENADID/ENSANUT puede medirse el continuum de capacidades: acceso a anticoncepción moderna, trayectorias escolares, uso de servicios y resultados. Lección. El enfoque de capacidades (Sen, 1999; Nussbaum, 2011) complementa indicadores “duros” y exige integrar determinantes sociales (Marmot, 2005).

7) Gobernanza del dato: del dato abierto a la decisión abierta. En Europa, existen datos abiertos, metadatos claros y vínculo con obligaciones (auditorías, planes de igualdad) convierten tableros en palancas (Verloo, 2007; Lombardo & Meier, 2006). Por otra parte, en México, existen repositorios de microdatos permiten reproducir cálculos y publicar tableros abiertos con código y rastro de versiones, siguiendo data feminism y la evidencia sobre sesgos de datos (D’Ignazio & Klein, 2020; Criado Perez, 2019). Lección. La calidad estadística incluye ética y transparencia: sin metadatos públicos y protocolos de resguardo —especialmente en violencia—, la medición se fragiliza (GarcíaMoreno et al., 2005).

8) Interseccionalidad operativa: desigualdades entre mujeres. En la UE, el dominio de intersecting inequalities del Índice EIGE obliga a cruzar género con edad, discapacidad, educación, origen y tipo de hogar (Barbieri et al., 2023). Resulta entonces necesario en México introducir una penalización interseccional al puntaje territorial cuando las desigualdades internas (v.g. mujeres indígenas rurales vs. mujeres urbanas con alta educación) superen un umbral. Lección. Esta regla traduce la interseccionalidad de marco conceptual a cálculo, evitando que los promedios silencien a quienes concentran rezagos (Crenshaw, 1991, p. 1244; McCall, 2005, p. 1785).

9) Mercado laboral: medir estructuras, no solo tasas. En Europa, la documentación de segregación ocupacional y techo de cristal orientó ins-

trumentos de formación, certificación y promoción (Bettio & Verashchagina, 2009). En el Estado mexicano, se debe medir el campo ocupacional, jerarquía y transiciones (entrada-salida) por sexo y subgrupos permite diseñar paquetes de movilidad compatibles con la expansión de cuidados (Plantenga & Remery, 2010, p. 8; Daly, 2020, p. 91). Esto conduce a una lección: sin métricas de estructura, la política laboral carece de dianas.

10) Evitar la cooptación simbólica: reglas automáticas y materialidad. En Europa, la crítica al *mainstreaming* “solo discursivo” es conocida: sin recursos, tiempos y reglas, la igualdad se diluye (Stratigaki, 2005, p. 170; Verloo, 2007, p. 15). Es prioritario en México vincular indicadores a disparadores — v.g. auditoría salarial obligatoria si la brecha supera por porcentaje por tres trimestres— y a presupuesto — como, por ejemplo, ampliar cuidados cuando el “subíndice cuidados” + “empleo caiga por debajo de Y”—. La lección es entonces, incluir automatismos es la vía para pasar de la foto a la gestión.

Existen tres aprendizajes transversales para la traslación UE-México. El primero de ellos consiste en crear (i) Los tableros efectivos conectan métricas con obligaciones y medios de cumplimiento, o se agotan en su dimensión simbólica (Fredman, 2016; Rubery & Grimshaw, 2015); el segundo, consiste en que (ii) la medición castiga desigualdades internas y limita la compensación entre dominios —reporte de subíndices, reglas de piso y análisis de sensibilidad (Alkire & Foster, 2011; Atkinson, 2019); por último, es importante destacar que, (iii) la interseccionalidad es gobernanza: datos abiertos, desagregaciones, ética y rendición de cuentas (D’Ignazio & Klein, 2020; Criado Pérez, 2019).

En síntesis, la ruta UE provee diseños transferibles; el contexto mexicano aporta urgencias y especificidades —violencia feminicida, heterogeneidad territorial, trabajo de cuidados intensivo— documentadas por la producción latinoamericana (Lagarde y de los Ríos, 2005; Segato, 2016; Monárrez Fragoso, 2012; Viveros Vigoya, 2016; Curiel, 2007). El cruce de ambas miradas genera una metodología accionable que prioriza a quienes más atrás quedan y orienta recursos hacia donde el rezago es más duro.

VI. ORQUESTACIÓN MÉTRICODECISIONAL DEL IMI: APLICACIONES OPERATIVAS PARA LA GESTIÓN PÚBLICA INTERSECCIONAL

El IMI nace para cerrar la brecha entre *saber* y *hacer*: convierte la medición interseccional en decisiones de gobierno que alteran capacidades, agencia y resultados. Su potencia se apoya en tres pilares: (i) reconocer que las desigualdades son relacionales y multidimensionales, y que por ello deben analizarse en las intersecciones de género con edad, etnicidad/raza, clase, discapacidad, migración y territorio (Crenshaw, 1991; Collins & Bilge, 2016; YuvalDavis, 2011); (ii) asumir que la igualdad sustantiva requiere actuar simultáneamente sobre recursos, voz y reconocimiento (Fraser, 2003) y habilitar mecanismos de corrección más allá de la neutralidad formal (Fredman, 2016); y (iii) anclar los tableros en reglas presupuestarias y normativas —no solo en diagnósticos— para que las métricas produzcan cumplimiento (Elson, 1995; Rubery & Grimshaw, 2015). Con este trasfondo, se presentan diez usos operativos del IMI a lo largo del ciclo de políticas.

1) Priorización territorial y focalización fina. Con subíndices por dominio (empleo/ingresos, cuidados, educación/competencias, inclusión digital, poder, SRH, violencia) y con la penalización interseccional del IMI, los gobiernos identifican dónde y para quiénes concentrar recursos. Mapas de calor que cruzan sexo con edad, etnicidad/raza, discapacidad y territorio permiten ordenar carteras y reducir arbitrariedades, en línea con las buenas prácticas para seleccionar indicadores —relevancia causal, mensurabilidad y capacidad de desagregación— (Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009; Atkinson, 2019). Esta interseccionalidad operativa evita que los promedios oculten rezagos internos (McCall, 2005; Hancock, 2007).

2) Presupuesto con perspectiva de género: del tablero al gasto. El IMI actúa como regla de asignación: entidades o municipios con baja puntuación en “Cuidados + Empleo” reciben prioridad presupuestaria en infraestructura y servicios de cuidado y en arreglos de jornada corresponsables (Elson, 1995, p. 351; Benería, 2003, p. 124; Folbre, 1994, p. 9). La evidencia europea muestra que licencias y diseños del tiempo de trabajo modifican tasas y calidad del empleo femenino (Plantenga & Remery, 2010, p. 8; Daly, 2020, p. 91). El criterio político combina redistribución y reconocimiento (Fraser, 2003, p. 29).

3) Disparadores automáticos (“si X, entonces Y”). Para evitar el *genderwashing*, los disparadores conectan métricas con acciones obligatorias. Ejemplos: si la brecha salarial no ajustada (ingreso horario me-

diano homologado) supera un umbral por tres trimestres, se activa una auditoría salarial y un plan de corrección con cronograma público; si el subíndice de violencia cae por debajo de 60, detona un paquete integral de protección y justicia (refugios, órdenes de protección, tiempos máximos de atención) (Rubery & Grimshaw, 2015, p. 321; Heise, 1998; GarcíaMoreno, Jansen, Ellsberg, Heise & Watts, 2005). Esta arquitectura refleja la lógica de igualdad sustantiva en el derecho antidiscriminatorio (Fredman, 2016).

4) Gestión de la violencia: prevalencia + respuesta + normas. El IMI integra tres capas: prevalencia (encuestas), itinerarios institucionales (policía, fiscalía, justicia, salud) y actitudes sociales (culpabilización, tolerancia). Así se monitorea el daño, la capacidad estatal y el clima cultural (Heise, 1998; Goodey, 2017; Ivert, Merlo, & Gracia, 2018). En contextos con feminicidio y crimen organizado, se requieren desagregaciones por edad y territorio, y cruces con movilidad y empleo (Lagarde y de los Ríos, 2005; Monárrez Fragoso, 2012; Segato, 2016).

5) Reforma laboral y salarial basada en evidencia. El dominio Trabajo e Ingresos enlaza segregación ocupacional (horizontal/vertical), tiempos y cuidados y valoración del trabajo. La política efectiva combina formación y movilidad con negociación colectiva y reglas de igual valor (Bettio & Verashchagina, 2009; Plantenga & Remery, 2010; Rubery & Grimshaw, 2015; Rubery & Koukiadaki, 2016). Informes trimestrales por rama y tamaño de empresa apuntalan inspección y permiten incentivos (bonos institucionales ligados a reducción de brecha).

6) Infraestructura de cuidados como política de empleo y bienestar. El subíndice Tiempo y Cuidados cuantifica horas no remuneradas y tiempo total de trabajo; su penalización interseccional revela familias y territorios con cargas extremas. Con esa base, se priorizan centros de cuidado, espacios comunitarios y servicios domiciliarios, y se reforman licencias para corresponsabilidad (Floro, 1995; Elson, 1995; Benería, 2003; Folbre, 1994). Los efectos combinados mejoran bienestar e inserción laboral (Daly, 2020; Lewis, 2001).

7) Inclusión digital y ciencia como tableros sectoriales. El dominio Inclusión digital guía decisiones sobre conectividad, alfabetización y empleo TIC; su lectura interseccional (sexo x edad x ruralidad x discapacidad) orienta aulas móviles, becas y bolsas de empleo. Para evitar que un

indicador compense rezagos, es posible emplear agregadores no compensatorios a la manera de los posets (Damiani & RodríguezModroño, 2023). En I+D+i, la lógica de tubería —de posgrado a liderazgo— con metas por campo y etapa traduce el tablero a gestión universitaria (Hafkin & Huyer, 2006; Daly, 2020).

8) Poder y decisión: de paridad descriptiva a poder sustantivo. El IMI invita a pasar de contar escaños a mapear poder: presidencias de comisiones clave, control presupuestario, liderazgo en órganos reguladores y duración en cargos. Aquí, el análisis de regímenes de género y la exigencia de voz son centrales (Connell, 1987, p. 243; Fraser, 2003, p. 29). Donde la paridad descriptiva esté lograda, los disparadores deben focalizarse en asignación de carteras y designaciones (Bettio & Verashchagina, 2009, p. 13; Barbieri et al., 2023, p. 18).

9) Gobernanza del dato: transparencia, ética y participación. El valor del IMI depende de su gobernanza: metadatos abiertos, código reproducible, resguardo de datos sensibles (en especial en violencia) y participación de organizaciones de mujeres en la validación de indicadores, umbrales y pesos (GarcíaMoreno et al., 2005; D'Ignazio & Klein, 2020, p. 6). La evidencia sobre sesgos de datos recuerda que sin desagregaciones no hay política eficaz (Criado Perez, 2019, p. 32). Publicar tableros con versiones y notas de cambio fortalece la confianza y el uso social del índice (Verloo, 2007, p. 15; Lombardo & Meier, 2006, p. 161).

10) Evaluación y aprendizaje adaptativo. El IMI debe alimentar evaluación realista y análisis de contribución: ¿qué combinaciones de instrumentos explican mejoras y para qué subgrupos? (Pawson & Tilley, 1997; Mayne, 2012, p. 271). Se requieren pruebas de sensibilidad (ponderaciones, reglas de piso, media geométrica vs. aritmética) y metas móviles vinculadas a estándares internacionales (United Nations Development Programme, 2010; Atkinson, 2019, p. 5). Así, el tablero deja de ser foto para convertirse en ciclo de mejora continua.

La interseccionalidad debe estar explícita en cada decisión (Crenshaw, 1991; YuvalDavis, 2011), debe existir entonces una doble mirada de jure/de facto que enlace resultados con marco legal e implementación (Fredman, 2016); compensación limitada y penalización de desigualdades internas (Alkire & Foster, 2011; Stiglitz et al., 2009); capacidades y cuidados como ejes (Sen, 1999; Nussbaum, 2011; Elson,

1995); rendición de cuentas con disparadores y presupuesto (Rubery & Grimshaw, 2015; Plantenga & Remery, 2010); datos con ética y participación (GarcíaMoreno et al., 2005; D'Ignazio & Klein, 2020); y aprendizaje con evaluación realista y contribución (Pawson & Tilley, 1997; Mayne, 2012). En esa clave, el IMI funciona como brújula de gobierno que orienta recursos y regula instituciones para reducir desigualdades allí donde más duelen y para quienes más las padecen (Walby, 2009; Connell, 1987).

VII. GOBERNANZA DEL DATO Y CALIDAD

La gobernanza del dato y el aseguramiento de calidad son el armazón que convierte un índice interseccional en instrumento de gobierno. No basta con publicar cifras: se requieren reglas, roles, estándares y salvaguardas para que los datos sean confiables, éticos, comparables, reproducibles e interoperables. La propuesta para el IMI se apoya en marcos internacionales, en la ciencia de encuestas, en la ética de datos y en prácticas de transparencia científica. El punto de partida son los Principios Fundamentales de las Estadísticas Oficiales —imparcialidad, calidad, confidencialidad, utilidad pública— que guían a los sistemas estadísticos (United Nations, 2014); en Europa, el European Statistics Code of Practice explicita dimensiones de calidad (relevancia, exactitud, puntualidad, accesibilidad, coherencia, comparabilidad) y responsabilidades (Eurostat, 2017); la OECD Quality Framework traduce esas dimensiones a guías operativas (OECD, 2011); y el GSBPM de la UNECE ordena el ciclo de vida de los datos —del diseño a la difusión—, complementado por modelos de metadatos como GSim (UNECE, 2019). Estos marcos deben institucionalizarse en órganos de gobernanza: comité técnico de calidad, data stewards por dominio y protocolos de auditoría interna/externa.

La calidad técnica se gobierna a lo largo de todo el pipeline. La literatura de Total Survey Error recuerda que la calidad es un equilibrio entre errores de muestreo y no muestreo (Biemer, 2010, p. 818). Para mitigar no respuesta y sesgos de cobertura se requieren estrategias de diseño, seguimiento y ajuste (Groves & Peytcheva, 2008, p. 168). Frente a faltantes, la imputación múltiple y los modelos de mezcla preservan inferencia válida (Little & Rubin, 2019, p. 57; Rubin, 1987, p. 22). En el nivel subnacional, los estimadores de áreas pequeñas combinan encuestas con auxiliares administrativos y devuelven estimaciones estables con incertidumbre explí-

cita (Rao & Molina, 2015, p. 5). La integración de registros administrativos aporta granularidad pero exige tratamiento del sesgo de generación de datos (Hand, 2018, p. 556) y vinculación de registros con métodos probabilísticos para minimizar emparejamientos erróneos (Fellegi & Sunter, 1969, p. 1184; Harron, Goldstein, & Dibben, 2015, p. 3). El IMI deberá reportar por indicador: coeficientes de variación o errores estándar, efecto de diseño, tasas de respuesta y banderas de calidad interpretables.

La interoperabilidad descansa en metadatos robustos y en principios FAIR: datos localizables, accesibles, interoperables y reutilizables (Wilkinson et al., 2016, p. 2). Ello implica dotar a cada versión de datos y código de DOI y metadatos DataCite (DataCite Metadata Working Group, 2021, p. 5); publicar catálogos con W3C DCAT para describir y enlazar recursos (W3C, 2020, sec. 4); y mantener diccionarios conforme a ISO/IEC 111791 (registro de metadatos, cláusula 5) y glosarios de ISO 80008 sobre calidad de datos (cláusula 4) (International Organization for Standardization, 2015a, cl. 5; 2015b, cl. 4). Esta interoperabilidad semántica reduce fricciones al cruzar encuestas, registros y módulos sectoriales, y hace trazables las decisiones técnicas.

En ética, confidencialidad y seguridad, los datos de violencia contra las mujeres y de grupos pequeños concentran riesgos. Deben observarse las recomendaciones éticas y de seguridad para investigación y registros (Ellsberg & Heise, 2005; WHO, 2016) y aplicar control estadístico de divulgación (SCD) antes de difundir microdatos (Hundepool et al., 2012). Para mitigar reidentificación en conjuntos desagregados, usar kanonimato y generalización donde corresponda (Sweeney, 2002), y considerar privacidad diferencial para tabulados o datos sintéticos (Dwork, 2006). El manual ICPSR proporciona guías prácticas de preparación, documentación y resguardo (ICPSR, 2012). En la gobernanza del IMI, toda liberación de microdatos deberá estar precedida por evaluaciones de impacto en protección de datos y mecanismos de acceso seguro.

Vigilar sesgos a lo largo del ciclo de datos es esencial para la equidad. La perspectiva de data feminismo sitúa el poder y la responsabilidad en el diseño del dato —quién define variables y categorías, con qué fines y para quién— (D'Ignazio & Klein, 2020, p. 6). En sistemas algorítmicos, los sesgos pueden amplificar desigualdades (Barocas & Selbst, 2016, p. 677). Casos como Gender Shades exhiben errores diferenciales por raza

y género en reconocimiento facial, subrayando la necesidad de evaluaciones por subgrupo (Buolamwini & Gebru, 2018, p. 2). Para documentación responsable, se recomiendan Datasheets for Datasets —propósito, composición, procesos— (Gebru et al., 2021) y Model Cards —alcances, métricas y desempeño por subpoblación— (Mitchell et al., 2019). En el IMI, cada indicador deberá presentar desagregaciones mínimas (sexo x edad x etnicidad-raza x discapacidad x territorio) y advertencias de calidad cuando el tamaño muestral o el error excedan umbrales.

La reproducibilidad y la trazabilidad construyen confianza. Se recomienda publicar código y datos (o versiones anonimizadas) con pipelines ejecutables y control de versiones. La comunidad ha fijado reglas claras: reproducibilidad computacional (Peng, 2011), “diez reglas” para investigación reproducible (Sandve et al., 2013) y políticas editoriales de apertura de datos y código (Stodden, Seiler, & Ma, 2018). Repositorios con DOI y bitácoras de cambios permiten auditorías, citación y mejora continua (DataCite Metadata Working Group, 2021).

La participación fortalece la calidad y la legitimidad. La evidencia de Open Government Data sugiere que catálogos útiles combinan calidad técnica con cocreación, licencias claras y calendarios de actualización (Ubaldi, 2013). El IMI deberá abrir canales de *feedback* —reporte de errores, solicitudes de variables, propuestas de cruces interseccionales— e incorporar mesas con organizaciones de mujeres y comunidades indígenas/afromexicanas para revisar definiciones y usos, en diálogo con una ética de datos situada (D’Ignazio & Klein, 2020, p. 6) y con evidencia sobre sesgos de datos que afectan el diseño de servicios (Criado Perez, 2019, p. 32).

La gobernanza mide su propia calidad. Un tablero de aseguramiento publicará KQI por fuente/indicador: no respuesta total y parcial, coeficiente de variación (semáforo: <10 % = verde; 10 a 20 % = ámbar; y, >20 % = rojo), efecto de diseño, oportunidad (días entre periodo de referencia y difusión), coherencia entre fuentes y riesgo de reidentificación (si aplica), alineados con marcos de OCDE, Eurostat y UNECE (OECD, 2011; Eurostat, 2017; UNECE, 2019). Estos KQI deben aparecer en fichas técnicas del IMI en lenguaje claro.

Los procedimientos operativos estándar (POE) dan consistencia. Cada etapa —diseño muestral, levantamiento, procesamiento, estimación, imputación, vinculación, ponderación y difusión— debe contar con

POE y listas de verificación firmadas por responsables. Auditorías periódicas —internas y por pares— revisarán supuestos, pesos, reglas de piso/no compensación y sensibilidad de resultados (Biemer, 2010; Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009). Así, la calidad deja de depender de heroísmos individuales y se asienta en procesos replicables.

El último paso es traducir la gobernanza en decisión pública. Todo producto del IMI deberá incluir, junto al hallazgo, notas de calidad y guías de uso que expliciten “qué se puede concluir”, “qué no” y “qué evidencia adicional” sería deseable. Con ello se reducen malinterpretaciones y se refuerza la rendición de cuentas en ámbitos sensibles —salarios, cuidados, violencia, SRH— donde los errores de medición tienen costos distributivos (Fraser, 2003, p. 29) y jurídicos (Fredman, 2016).

En síntesis, una gobernanza robusta ancla el IMI en buenas prácticas internacionales, protege a las personas, minimiza sesgos, facilita la reutilización responsable y hace auditables las decisiones. Con principios (UN, Eurostat, OCDE), técnica (TSE, SAE, MI, *record linkage*), ética (SCD, privacidad diferencial), apertura (FAIR, DOIs, DCAT) y participación, el índice deja de ser reporte y se convierte en infraestructura pública para la igualdad.

VIII. GESTIÓN INTEGRAL DE RIESGOS METODOLÓGICOS DEL IMI: LIMITACIONES, SESGOS Y SALVAGUARDAS DE MITIGACIÓN

Diseñar y usar un índice interseccional como el IMI implica decisiones técnicas y políticas que introducen riesgos de error, sesgo y malinterpretación. Reconocerlos y gestionarlos no es un apéndice, sino la condición para que el índice sea confiable, ético y útil para gobernar. A continuación, se presentan doce focos de riesgo y las rutas de mitigación asociadas, con base en la ciencia de encuestas, la medición interseccional y la gobernanza de datos.

1) Cobertura, no respuesta y error total de encuesta. Las encuestas pueden excluir a poblaciones móviles o de difícil acceso (por ejemplo, mujeres migrantes o en localidades remotas), y la no respuesta diferencial eleva el sesgo por subgrupo (Biemer, 2010; Groves & Peytcheva, 2008). *Mitigación*: diseños que sobremuestren subpoblaciones clave, seguimiento intensivo, ajustes por no respuesta e imputación múltiple para faltantes

persistentes (Little & Rubin, 2019; Rubin, 1987). El IMI debe publicar tasas de respuesta, efectos de diseño y errores estándar por indicador.

2) Desfase temporal y asincronía entre fuentes. Encuestas (p. ej., ENUT/ENDIREH) y registros (v.g. SESNSP) operan con frecuencias distintas, generando “saltos” y falsas tendencias. *Mitigación*: fijar un corte anual con reglas de revisión y versionado, e interpolar con transparencia cuando falte dato; cuando proceda, emplear nowcasting con auxiliares administrativos, explicitando la incertidumbre (Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009; Atkinson, 2019).

3) Estimación subnacional con tamaños muestrales pequeños. La desagregación interseccional produce a veces celdas delgadas y estimaciones inestables. *Mitigación*: aplicar estimación para áreas pequeñas (EBLUP o modelos jerárquicos bayesianos) que combinan encuestas con auxiliares administrativos y devuelven incertidumbre por dominio; definir umbrales para suprimir o marcar celdas con CV alto (Rao & Molina, 2015).

4) Subregistro y medición de la violencia. La violencia contra las mujeres sufre subregistro en administrativos y subreporte en encuestas, sobre todo en contextos de control coercitivo (GarcíaMoreno, Jansen, Ellsberg, Heise, & Watts, 2005; Heise, 1998). *Mitigación*: doble carril encuesta + administrativos, protocolos éticos de levantamiento (Ellsberg & Heise, 2005), campañas de mejora de registro e indicadores de respuesta institucional (órdenes de protección, tiempos de atención). En la integración de fuentes, usar record linkage probabilístico y auditar sesgos de generación de datos (Fellegi & Sunter, 1969; Harron, Goldstein, & Dibben, 2015; Hand, 2018).

5) Brecha entre “de jure” y “de facto”. La existencia de leyes avanzadas no garantiza resultados; medir solo normativa puede sobreestimar el progreso (Fredman, 2016). *Mitigación*: emparejar cada indicador de jure con uno de implementación (v.g. auditorías salariales, licencias efectivas) y con uno de facto (brecha salarial, uso real de licencias) para orientar palancas de cumplimiento (Plantenga & Remery, 2010; Rubery & Grimshaw, 2015).

6) Compensación entre dominios y “promedios engañosos”. Un territorio puede compensar mal desempeño en violencia con buen resultado en educación. *Mitigación*: usar media geométrica (menor compensabilidad), reglas de piso (si Violencia < X, el índice global no supera Y) y análisis de sensibilidad con ponderaciones alternativas; reportar siempre

subíndices (Alkire & Foster, 2011; United Nations Development Programme, 2010; Atkinson, 2019).

7) Interseccionalidad mal operacionalizada. Clasificaciones rígidas — como, por ejemplo, binarizar “indígena/no indígena” — borran heterogeneidad y redifican identidades (Crenshaw, 1991; Collins & Bilge, 2016). *Mitigación*: combinar estrategias inter e intracategorías, testear cortes alternativos y categorías múltiples, documentar decisiones y validarlas con grupos afectados (McCall, 2005; YuvalDavis, 2011; Hancock, 2007). La penalización interseccional del IMI debe acompañarse de análisis cualitativo para interpretar causas.

8) Sesgos de medición y de sistemas algorítmicos. Los sesgos se infiltran en preguntas, procesos y modelos, amplificando desigualdades (Barocas & Selbst, 2016). *Mitigación*: aplicar *data feminism* —situar poder y responsabilidad— (D’Ignazio & Klein, 2020), ejecutar auditorías de equidad por subgrupo y documentar con Datasheets y Model Cards (Gebru et al., 2021; Mitchell et al., 2019). Revisar instrumentos a la luz de evidencia sobre errores diferenciales por género y raza (Buolamwini & Gebru, 2018) y sobre sesgos de datos en diseño de servicios (Criado Perez, 2019).

9) Privacidad, confidencialidad y riesgo de reidentificación. La mayor desagregación incrementa riesgos de reidentificación, sobre todo en municipios pequeños o temas sensibles. *Mitigación*: aplicar control estadístico de divulgación (Hundepool et al., 2012), kanonimato y generalización en microdatos (Sweeney, 2002), y considerar privacidad diferencial en tabulados o datos sintéticos (Dwork, 2006). Limitar el acceso a entornos seguros y registrar trazabilidad de usos.

10) Comparabilidad e interoperabilidad. Diferencias definicionales entre encuestas y registros erosionan la comparabilidad. *Mitigación*: alinear glosarios y metadatos con estándares (European Statistics Code of Practice; OECD Quality Framework; GSBPM/GSIM), publicar diccionarios de variables y mapas de correspondencia; adoptar principios FAIR y DOI para datasets y código (Eurostat, 201; OECD, 2011; UNECE, 2019; DataCite Metadata Working Group, 2021).

11) Reproducibilidad, trazabilidad y sostenibilidad institucional. Sin código reproducible y versionado, la confianza se erosiona y el sistema se fragiliza ante rotación de personal. *Mitigación*: publicar pipelines ejecutables con control de versiones y bitácoras de cambios, y realizar audi-

torías por pares (Peng, 2011; Stodden, Seiler, & Ma, 2018. Integrar POE por etapa (muestreo, estimación, imputación, vinculación, difusión) y un tablero de calidad con KQI.

12) Riesgo de malinterpretación pública y “fetichismo del ranking”. Comunicar un número único puede ocultar incertidumbre y complejidad interseccional. *Mitigación*: difundir el índice con bandas de confianza, nota metodológica clara, casos interseccionales y advertencias de “qué se puede concluir/qué no”; priorizar narrativas que muestren distribuciones y subgrupos, no solo promedios (Walby, 2009; Connell, 1987; Kabeer, 1999).

El IMI será tan sólido como lo sea su gobernanza de riesgos. Las limitaciones aquí enumeradas no invalidan la herramienta; orientan su uso responsable. Un índice interseccional de calidad explicita incertidumbres, documenta decisiones, protege a las personas y ofrece rutas para transformar instituciones. En otros términos, vuelve auditable el camino entre diagnóstico y política y reduce la distancia entre igualdad en el papel e igualdad en la vida (Fraser, 2003; Fredman, 2016).

IX. SÍNTESIS PROGRAMÁTICA Y HOJA DE RUTA DE IMPLEMENTACIÓN DEL IMI: DE LA ARQUITECTURA MÉTRICA A LA GOBERNANZA DECISIONAL

Se ha propuesto una forma de medir y gobernar la desigualdad de género que no se agota en el diagnóstico, sino que activa palancas institucionales. El hilo conductor es la interseccionalidad, entendida no como adjetivo, sino como mecánica de análisis y gestión: observar cómo el género se coproduce con raza/etnicidad, clase, edad, discapacidad, migración y territorio para decidir qué medir, cómo agregar y qué hacer (Crenshaw, 1991, p. 1244; Collins & Bilge, 2016, p. 7; YuvalDavis, 2011, p. 12; McCall, 2005; Hancock, 2007, p. 64). A partir de los marcos de Naciones Unidas —ODS, GDI/GII, WEI, GSNI— y de la práctica de la Unión Europea —Índice EIGE con *intersecting inequalities*, transparencia salarial y tableros sectoriales—, aterrizamos una propuesta para México: el Índice Mexicano de Igualdad Interseccional (IMI), concebido para mover recursos, reglas y resultados.

En síntesis, conceptual y técnica, cinco aprendizajes organizan la propuesta. Primero, la igualdad sustantiva exige actuar sobre recursos, voz y reconocimiento; la neutralidad formal es insuficiente para transfor-

mar posiciones sociales (Fraser, 2003, p. 29; Fredman, 2016). Segundo, la brújula más fértil para seleccionar indicadores son las capacidades —lo que las personas pueden ser y hacer— y no solo los insumos (Sen, 1999; Nussbaum, 2011). Tercero, los tableros útiles emparejan resultados de facto con marco legal e implementación *de jure*, y agregan una capa de normas sociales para explicar por qué reformas idénticas producen efectos dispares (Plantenga & Remery, 2010; Rubery & Grimshaw, 2015; United Nations Development Programme, 2010). Cuarto, la medición rigurosa requiere limitar compensaciones entre dominios y penalizar desigualdades internas con reglas transparentes (Alkire & Foster, 2011; Atkinson, 2019). Quinto, sin gobernanza del dato —calidad, ética, reproducibilidad, interoperabilidad— el índice pierde legitimidad pública (Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009; Eurostat, 2017; OECD, 2011; UNECE, 2019).

Para operacionalizar el IMI proponemos una hoja de ruta de veinticuatro meses. En la Fase 0 (meses 0–3), se constituye un comité técnico (INEGI, INMUJERES, CONEVAL, INE/OPL, salud, seguridad y academia), se aprueban principios —Interseccionalidad, Ética, Reproducibilidad y Uso para decidir— y se alinea el proyecto a los ODS (desagregación “cuando proceda”) y al Código de Prácticas europeo (United Nations General Assembly, 2017; Eurostat, 2017). Se definen roles (data stewards por dominio), calendario y POE siguiendo el GSBPM (UNECE, 2019) y se instala una matriz de riesgos estadísticos (Biemer, 2010, p. 818; Groves & Peytcheva, 2008, p. 168).

En la Fase 1 (meses 0–6), se cierra el catálogo nuclear (empleo/ingresos; tiempo y cuidados; educación/competencias; inclusión digital; poder; salud sexual/reproductiva; violencia) y el catálogo ampliable sectorial. Para cada indicador se fija definición, fuente, periodicidad, desagregaciones mínimas (sexo x edad x etnicidad-raza x discapacidad x territorio) y reglas de normalización a 0–100. Se incorpora un índice de disparidad ponderada para la penalización interseccional y se adopta la media geométrica en el agregado global (Alkire & Foster, 2011, p. 478; Atkinson, 2019, p. 5). En paralelo, se construyen diccionarios de variables, se asignan DOI y se publican metadatos FAIR y catálogos DCAT (DataCite Metadata Working Group, 2021). El repositorio con código reproducible y pipelines ejecutables garantiza trazabilidad (Peng, 2011, p. 1226).

La Fase 2 (meses 6–12) se centra en pilotos estatales: cuatro a seis en-

tidades con capacidad estadística y heterogeneidad territorial. Se calculan subíndices y, cuando las celdas sean delgadas, se aplica estimación para áreas pequeñas (EBLUP o modelos bayesianos) para obtener estimaciones estables con errores estándar publicados (Rao & Molina, 2015). Ante faltantes, se recurre a imputación múltiple documentada (Little & Rubin, 2019). En violencia, se ejecuta el doble carril —encuesta de prevalencia + administrativos— y se mide respuesta institucional con protocolos éticos (Heise, 1998). Los resultados se validan con mesas de usuarias/os y organizaciones de mujeres.

La Fase 3 (meses 12–18) escala el IMI a todo el país con tableros abiertos, metadatos y versionado. Se integran disparadores automáticos: si la brecha salarial no ajustada $\geq X$ % durante tres trimestres, auditoría retributiva y plan de corrección; si el subíndice de violencia < 60 , paquete de protección/justicia; si Cuidados + Empleo cae bajo Y, expansión de servicios de cuidado (Rubery & Grimshaw, 2015; Plantenga & Remery, 2010; Goodey, 2017; Ivert, Merlo, & Gracia, 2018). Se publica un informe de impacto fiscal asociado.

En la Fase 4 (meses 18–24), se lanza una versión municipal “ligera” (núcleo + tráfico mínimo de datos), se automatizan pipelines y se publican bitácoras de cambios. Se abren rutas de cocreación (issue tracker, solicitudes de variables) y talleres regionales de alfabetización de datos, con lineamientos para datos sensibles (D’Ignazio & Klein, 2020; WHO, 2016).

Desde el año 2 se instala un régimen de evaluación y ajuste. Con evaluación realista y análisis de contribución se identifican combinaciones de políticas que mueven el índice por subgrupo (Pawson & Tilley, 1997; Mayne, 2012). Se revisan pesos, reglas de piso y umbrales con participación pública y se actualizan metas en diálogo con estándares internacionales y lecciones UE/ONU (United Nations Development Programme, 2010).

Las métricas de éxito se conciben tanto en resultados como en proceso. En cobertura interseccional, la meta es alcanzar ≥ 80 % de indicadores con desagregaciones completas. En calidad, se busca mantener CV < 20 % en la mayoría de celdas y publicar errores estándar y efecto de diseño (OECD, 2011; Eurostat, 2017). En ética y apertura, se contabilizan datasets y código con DOI y metadatos FAIR, además de solicitudes atendidas (DataCite Metadata Working Group, 2021). En uso para decidir, se

monitorea el número de disparadores activados y el porcentaje del PPG asignado por reglas IMI, coherente con la economía del cuidado (Elson, 1995; Benería, 2003). En impacto distributivo, se reduce el IDP (penalización interseccional) en dominios críticos y mejoran los indicadores de violencia (daño y respuesta). Finalmente, en narrativas, se privilegia la distribución y los subgrupos frente al fetichismo del ranking (Walby, 2009; Connell, 1987).

La hoja de ruta convive con riesgos y salvaguardas transversales. Frente a errores de encuesta y no respuesta, se planifican sobremuestreos y ajustes documentados (Biemer, 2010; Groves & Peytcheva, 2008); ante faltantes, imputación múltiple (Little & Rubin, 2019). En privacidad, se aplican SCD, kanonimato y, cuando convenga, privacidad diferencial (Dwork, 2006; Sweeney, 2002). En sesgos algorítmicos y de medición, se realizan auditorías de equidad y documentación responsable (Barocas & Selbst, 2016; Buolamwini & Gebru, 2018; D'Ignazio & Klein, 2020). En comparabilidad, se alinean glosarios y procesos a Eurostat/OCDE/UNECE (Eurostat, 2017; OECD, 2011; UNECE, 2019). Y, en violencia, se mantiene la dupla de prevalencia e itinerarios institucionales, bajo protocolos éticos (Heise, 1998).

El cierre es normativo y práctico. El IMI no sustituye el juicio político: lo informa, lo acota y lo hace auditable. Traducimos una tradición intelectual —interseccionalidad, capacidades, justicia sustantiva— en reglas operativas: desagregar, limitar compensaciones, penalizar desigualdades internas, publicar metadatos y código y vincular métricas con disparadores y presupuesto (Crenshaw, 1991; Sen, 1999; Nussbaum, 2011; Fredman, 2016; Alkire & Foster, 2011). El horizonte es claro: que la igualdad deje de ser promesa y se convierta en rutina institucional, con prioridad para quienes más quedan atrás (Segato, 2016; Lagarde y de los Ríos, 2005; Monárrez Fragoso, 2012; Viveros Vigoya, 2016). Si niveles técnico y político marchan juntos, México puede alinear estándares ONU, aprovechar buenas prácticas UE y construir una infraestructura pública de igualdad sólida, transparente y responsable.

REFERENCIAS

Alkire, S., & Foster, J. (2011). Counting and multidimensional poverty measurement. *Journal of Public Economics*, 95(7–8), 476–487. <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2011.05.002>

org/10.1016/j.jpubeo.2010.11.006

Atkinson, A. B. (2019). *Measuring poverty around the world*. Princeton University Press.

Barbieri, P., et al. (2023). *Gender Equality Index 2023: Gender equality and the green transition*. European Institute for Gender Equality (EIGE).

Barocas, S., & Selbst, A. D. (2016). Big data's disparate impact. *California Law Review*, 104(3), 671–732. <https://doi.org/10.15779/Z38BG31>

Batliwala, S. (1994). The meaning of women's empowerment: New concepts from action. En G. Sen, A. Germain, & L. C. Chen (Eds.), *Population policies reconsidered: Health, empowerment, and rights* (pp. 127–138). Harvard School of Public Health.

Benería, L. (2003). *Gender, development, and globalization: Economics as if all people mattered*. Routledge.

Bettio, F., & Verashchagina, A. (2009). *Gender segregation in the labour market: Root causes, implications and policy responses*. Publications Office of the European Union.

Biemer, P. P. (2010). Total survey error: Design, implementation, and evaluation. *Public Opinion Quarterly*, 74(5), 817–848. <https://doi.org/10.1093/poq/nfq058>

Buolamwini, J., & Gebru, T. (2018). Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. *Proceedings of Machine Learning Research (FAT)*, 81, 1–15.

Burri, S., & van Eijken, H. (2015). *Gender equality law in the European Union*. European Commission.

Collins, P. H., & Bilge, S. (2016). *Intersectionality*. Polity Press.

Connell, R. W. (1987). *Gender and power: Society, the person and sexual politics*. Polity Press.

Criado Perez, C. (2019). *Invisible women: Data bias in a world designed for men*. Abrams Press.

Crenshaw, K. (1991). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241–1299.

Curiel, O. (2007). Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del

feminismo antirracista. *Tabula Rasa*, 6, 93–114.

Daly, M. (2020). *Gender inequality and welfare states in Europe*. Oxford University Press.

Damiani, M., & RodríguezModroño, P. (2023). A noncompensatory multidimensional evaluation of the gender digital divide in the EU. *Social Indicators Research*, 166(3), 699–722.

DataCite Metadata Working Group. (2021). *DataCite metadata schema documentation for the publication and citation of research data (v4.4)*. DataCite. <https://doi.org/10.14454/3w3zsa82>

Davis, A. (1981). *Women, race & class*. Random House.

D'Ignazio, C., & Klein, L. F. (2020). *Data feminism*. MIT Press. <https://doi.org/10.7551/mitpress/11805.001.0001>

Dwork, C. (2006). Differential privacy. En M. Bugliesi et al. (Eds.), *Automata, languages and programming: ICALP 2006* (pp. 1–12). Springer. https://doi.org/10.1007/11681878_14

Ellsberg, M., & Heise, L. (2005). *Researching violence against women: A practical guide for researchers and activists*. World Health Organization & PATH.

Elson, D. (1995). *Male bias in the development process* (2.^a ed.). Manchester University Press.

European Commission. (2025). *She Figures 2024*. Publications Office of the European Union.

European Institute for Gender Equality. (2023). *Gender Equality Index 2023: Gender equality and the green transition*. EIGE.

Eurostat. (2017). *European Statistics Code of Practice*. Publications Office of the European Union.

Fagan, C., Rubery, J., & Smith, M. (1999). *Women's employment in Europe: Trends and prospects*. Routledge.

Fellegi, I. P., & Sunter, A. B. (1969). A theory for record linkage. *Journal of the American Statistical Association*, 64(328), 1183–1210.

<https://doi.org/10.1080/01621459.1969.10501049>

Floro, M. S. (1995). Women's wellbeing, poverty, and work intensity. *World*

Development, 23(11), 1915–1929. [https://doi.org/10.1016/0305750X-\(95\)00073K](https://doi.org/10.1016/0305750X-(95)00073K)

Folbre, N. (1994). *Who pays for the kids? Gender and the structures of constraint*. Routledge.

Fraser, N. (2003). Social justice in the age of identity politics: Redistribution, recognition and participation. En N. Fraser & A. Honneth, *Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange* (pp. 7–109). Verso.

FukudaParr, S. (2003). The human development paradigm: Operationalizing Sen’s ideas on capabilities. *Feminist Economics*, 9(2–3), 301–317.

<https://doi.org/10.1080/1354570022000077980>

GarcíaMoreno, C., Jansen, H. A. F. M., Ellsberg, M., Heise, L., & Watts, C. (2005). *WHO multicountry study on women’s health and domestic violence against women*. World Health Organization.

Gebru, T., et al. (2021). Datasheets for datasets. *Communications of the ACM*, 64(12), 86–92. <https://doi.org/10.1145/3458723>

Glenn, E. N. (1992). From servitude to service work: Historical continuities in the racial division of paid reproductive labor. *Signs*, 18(1), 1–43.

Goodey, J. (2017). Measuring violence against women: Statistical indicators and European challenges. *European Journal of Criminology*, 14(2), 1765–1778.

Groves, R. M., & Peytcheva, E. (2008). The impact of nonresponse rates on nonresponse bias: A metaanalysis. *Public Opinion Quarterly*, 72(2), 167–189. <https://doi.org/10.1093/poq/nfn011>

Hafkin, N., & Huyer, S. (2006). *Cinderella or Cyberella? Empowering women in the knowledge society*. Kumarian Press.

Hancock, A.M. (2007). When multiplication doesn’t equal quick addition: Examining intersectionality as a research paradigm. *Perspectives on Politics*, 5(1), 63–79. <https://doi.org/10.1017/S1537592707070065>

Hand, D. J. (2018). Statistical challenges of administrative and transaction data. *Journal of the Royal Statistical Society: Series A*, 181(3), 555–605. <https://doi.org/10.1111/rssa.12315>

Harron, K., Goldstein, H., & Dibben, C. (2015). *Methodological developments in data linkage*. John Wiley & Sons.

- Heise, L. (1998). Violence against women: An integrated, ecological framework. *Violence Against Women*, 4(3), 262–290. <https://doi.org/10.1177/1077801298004003002>
- Hooks, b. (2000). *Feminist theory: From margin to center* (2.^a ed.). South End Press.
- ICPSR. (2012). *Guide to social science data preparation and archiving* (5th ed.). Interuniversity Consortium for Political and Social Research.
- International Labour Office. (2013). *Resolution concerning statistics of work, employment and labour underutilization (19th ICLS)*. ILO.
- Ivert, A.K., Merlo, J., & Gracia, E. (2018). Attitudes toward intimate partner violence and reporting behavior in Europe. *European Journal of Criminology*, 15(5), 559–581.
- Jacquot, S. (2015). *Transformations in EU gender equality: From emergence to institutionalization*. Palgrave Macmillan.
- Kabeer, N. (1999). Resources, agency, achievements: Reflections on the measurement of women's empowerment. *Development and Change*, 30(3), 435–464. <https://doi.org/10.1111/14677660.00125>
- Kantola, J., & Lombardo, E. (2017). *Gender and the economic crisis in Europe: Politics, institutions and intersectionality*. Palgrave Macmillan.
- Klasen, S. (2006). UNDP's genderrelated measures: Some conceptual problems and possible solutions. *Journal of Human Development*, 7(2), 243–274. <https://doi.org/10.1080/14649880600768595>
- Koslowski, A., Blum, S., Dobrotić, I., & Moss, P. (Eds.). (2020). *International review of leave policies and research 2020*. International Network on Leave Policies and Research.
- Lagarde y de los Ríos, M. (2005). *Los cautiverios de las mujeres*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lewis, J. (2001). The decline of the male breadwinner model: Implications for work and care. *Social Politics*, 8(2), 152–169. <https://doi.org/10.1093/sp/8.2.152>
- Little, R. J. A., & Rubin, D. B. (2019). *Statistical analysis with missing data* (3rd ed.). John Wiley & Sons. <https://doi.org/10.1002/9781119482260>
- Lombardo, E., & Meier, P. (2006). Gender mainstreaming in the EU: In-

corporating a feminist reading? *European Journal of Women's Studies*, 13(2), 151–166.

Marmot, M. (2005). Social determinants of health inequalities. *The Lancet*, 365(9464), 1099–1104. [https://doi.org/10.1016/S01406736\(05\)711466](https://doi.org/10.1016/S01406736(05)711466)

Mayne, J. (2012). Contribution analysis: Coming of age? *Evaluation*, 18(3), 270–280. <https://doi.org/10.1177/1356389012451663>

McCall, L. (2005). The complexity of intersectionality. *Signs*, 30(3), 1771–1800. <https://doi.org/10.1086/426800>

Mitchell, M., et al. (2019). Model cards for model reporting. En *Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT)* (pp. 220–229). ACM. <https://doi.org/10.1145/3287560.3287596>

Mohanty, C. T. (2003). *Feminism without borders: Decolonizing theory, practicing solidarity*. Duke University Press.

Monárrez Fragoso, J. (2012). *Trama de una injusticia: Femicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*. El Colegio de la Frontera Norte.

Moser, C. (1989). Gender planning in the Third World: Meeting practical and strategic gender needs. *World Development*, 17(11), 1799–1825.

[https://doi.org/10.1016/0305750X\(89\)902015](https://doi.org/10.1016/0305750X(89)902015)

Nussbaum, M. (2011). *Creating capabilities: The human development approach*. Harvard University Press.

Organisation for Economic Cooperation and Development. (2011). *Quality framework and guidelines for OECD statistical activities*. OECD Publishing.

Pawson, R., & Tilley, N. (1997). *Realistic evaluation*. SAGE.

Peng, R. D. (2011). Reproducible research in computational science. *Science*, 334(6060), 1226–1227. <https://doi.org/10.1126/science.1213847>

Plantenga, J., & Remery, C. (2010). *Flexible working time arrangements and gender equality: A comparative review of 30 European countries*. European Commission.

Quijano, A. (2000). Coloniality of power, Eurocentrism, and Latin America. *Nepantla*, 1(3), 533–580.

Rao, J. N. K., & Molina, I. (2015). *Small area estimation* (2nd ed.). John Wiley & Sons. <https://doi.org/10.1002/9781118735855>

- Robinson, C. J. (2000). *Black Marxism: The making of the Black radical tradition* (2nd ed.). University of North Carolina Press.
- Rubery, J., & Grimshaw, D. (2015). The 40year pursuit of equal pay: A case of constantly moving goalposts. *Cambridge Journal of Economics*, 39(2), 319–343.
- Rubery, J., & Koukiadaki, A. (2016). *Closing the gender pay gap: A review of the issues, policy mechanisms and international evidence*. International Labour Organization.
- Rubin, D. B. (1987). *Multiple imputation for nonresponse in surveys*. John Wiley & Sons. <https://doi.org/10.1002/9780470316696>
- Sandve, G. K., Nekrutenko, A., Taylor, J., & Hovig, E. (2013). Ten simple rules for reproducible computational research. *PLOS Computational Biology*, 9(10), e1003285. <https://doi.org/10.1371/journal.pcbi.1003285>
- Segato, R. L. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Traficantes de Sueños.
- Sen, A. (1999). *Development as freedom*. Oxford University Press.
- Sen, G., & Grown, C. (1987). *Development, crises, and alternative visions: Third World women's perspectives*. Monthly Review Press.
- Stiglitz, J. E., Sen, A., & Fitoussi, J.P. (2009). *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*.
- Stodden, V., Seiler, J., & Ma, Z. (2018). An empirical analysis of journal policy effectiveness for computational reproducibility. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115(11), 2584–2589. <https://doi.org/10.1073/pnas.1708290115>
- Sweeney, L. (2002). kAnonymity: A model for protecting privacy. *International Journal of Uncertainty, Fuzziness and KnowledgeBased Systems*, 10(5), 557–570. <https://doi.org/10.1142/S021848850200165X>
- Ubaldi, B. (2013). Open government data: Towards empirical analysis of open government data initiatives. *OECD Working Papers on Public Governance*, 22. <https://doi.org/10.1787/5k46bj4f03s7en>
- UNESCO Institute for Statistics. (2018). *Quick guide to gender parity indices (GPI)*. UNESCOUIS.
- United Nations. (2014). *Fundamental principles of official statistics*. United Nations.

United Nations Development Programme. (2010). *Human Development Report 2010: The real wealth of nations—Pathways to human development*. UNDP.

United Nations Development Programme. (2023). *Gender Social Norms Index 2023*. UNDP.

United Nations Development Programme, & UN Women. (2023). *Measuring women's empowerment: A pilot Women's Empowerment Index (WEI)*. UNDP & UN Women.

United Nations General Assembly. (2017). *Global indicator framework for the Sustainable Development Goals and targets of the 2030 Agenda for Sustainable Development (A/RES/71/313)*. United Nations.

United Nations Statistics Division. (2013). *Minimum set of gender indicators*. UNSD.

United Nations Population Fund. (2013). *Motherhood in childhood: Facing the challenge of adolescent pregnancy*. UNFPA.

United Nations Economic Commission for Europe. (2019). *Generic Statistical Business Process Model—Version 5.1*. UNECE.

Viveros Vigoya, M. (2016). La interseccionalidad: Una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista*, 52, 1–17.

Walby, S. (2009). *Globalization and inequalities: Complexity and contested modernities*. SAGE.

W3C. (2020). *Data Catalog Vocabulary (DCAT) – Version 2*. World Wide Web Consortium.

Wilkinson, M. D., et al. (2016). The FAIR guiding principles for scientific data management and stewardship. *Scientific Data*, 3, 160018. <https://doi.org/10.1038/sdata.2016.18>

World Health Organization. (2016). *Ethical and safety recommendations for intervention research on violence against women: Building on lessons from the WHO publication*. WHO.

World Health Organization. (2021). *Violence against women prevalence estimates, 2000–2018*. WHO.

VIOLÊNCIA SEXUAL COMO FORMA DE TORTURA: DESAFIOS E ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

SEXUAL VIOLENCE AS A FORM OF TORTURE:
CHALLENGES AND STRATEGIES FOR CONFRONTING
IT IN LIGHT OF THE INTER-AMERICAN HUMAN
RIGHTS SYSTEM

VIOLENCIA SEXUAL COMO FORMA DE TORTURA:
DESAFÍOS Y ESTRATEGIAS DE ENFRENTAMIENTO A LA
LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Panorama atual da violência sexual; 2.1 Perspectiva internacional sobre a violência sexual; 2.2 Dados do cenário brasileiro; 3. O sistema internacional de proteção e suas contribuições; 3.1 Normas e jurisprudência do sistema interamericano relacionadas à violência sexual e sua interseção com a violência contra a mulher; 3.2 Normas e jurisprudência do sistema interamericano relacionadas ao reconhecimento da violência sexual como forma de tortura 4. Obrigações internacionais em matéria de violência sexual; 4.1 Obrigações decorrentes dos deveres estatais de investigação, processamento e, eventualmente, punição; 4.2 Obrigações especiais resultantes do reconhecimento do dever de enfrentamento qualificado da violência sexual; 5. Considerações finais; Referências.

Como citar este artigo:
STRACHICINI,
Douglas,
SOARES, Vladiá.
"Violência sexual como
forma de tortura:
desafios e estratégias de
enfrentamento à luz do
sistema interamericano
de direitos humanos".
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 379-410.

Data da submissão:
23/09/2025

Data da aprovação:
20/10/2025

RESUMO:

O artigo examina o quadro contemporâneo da violência sexual contra mulheres e meninas e demonstra por que sua caracterização como tortura impõe deveres reforçados aos Estados. Com método qualitativo e revisão bibliográfica, o estudo sistematiza normas e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e identifica obrigações de devida diligência para prevenir, investigar, responsabilizar e reparar. A análise coteja dados internacionais e brasileiros, evidenciando subnotificação e déficits estruturais de proteção. O artigo sustenta políticas multissetoriais sensíveis a gênero e interseccionalidade, protocolos que evitem revitimização e medidas integrais de cuidado. Conclui que o enquadramento como tortura aciona deveres inderrogáveis e requer proteção contínua.

ABSTRACT:

The paper examines the contemporary landscape of sexual violence against women and girls and demonstrates why its characterization as torture imposes heightened duties upon States. Using a qualitative method and bibliographic review, the study systematizes norms and jurisprudence from the Inter-American Human Rights System (IAHRS) and identifies due diligence obligations to prevent, investigate, prosecute, and redress. The analysis compares international and Brazilian data, revealing underreporting and structural deficits in protection. The article advocates for multisectoral policies sensitive to gender and intersectionality, protocols that prevent revictimization, and comprehensive care measures. It concludes that framing sexual violence as torture triggers non-derogable obligations and demands continuous protection.

RESUMEN:

El artículo examina el panorama contemporáneo de la violencia sexual contra mujeres y niñas y demuestra por qué su caracterización como tortura impone deberes reforzados a los Estados. Mediante un método cualitativo y revisión bibliográfica, el estudio sistematiza normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) e identifica obligaciones de debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar. El análisis contrasta datos internacionales y brasileños,

evidenciando subregistro y déficits estructurales de protección. El artículo aboga por políticas multisectoriales sensibles al género y la interseccionalidad, protocolos que eviten la revictimización y medidas integrales de atención. Concluye que la calificación de la violencia sexual como tortura activa obligaciones inderogables y exige una protección continua.

PALAVRAS-CHAVE:

Devida diligência; Interseccionalidade; Jurisprudência interamericana; Obrigações estatais; Proteção integral.

KEYWORDS:

Due diligence; Intersectionality; Inter-American case law; State obligations; Comprehensive protection.

PALABRAS CLAVE:

Debida diligencia; Interseccionalidad; Jurisprudencia interamericana; Obligaciones estatales; Protección integral.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o direito internacional dos direitos humanos consolidou mecanismos de tutela aptos a coibir violações persistentes não reparadas internamente. Nesse processo, cortes regionais e organismos internacionais passaram a exercer papel determinante na fixação de parâmetros mínimos de prevenção, investigação, punição e a possibilidade de se fixar reparações de variadas espécies.¹ A violência sexual ocupa lugar central nesse contexto por reunir fatores que potencializam sua gravidade: discriminação estrutural de gênero, vitimização recorrente no espaço doméstico e impactos duradouros sobre a integridade física, psíquica e moral das vítimas. Além de violar a dignidade e a autonomia sexual, essa forma de violência gera consequências para a saúde pública, reproduz ciclos intergeracionais de sofrimento e perpetua estigmas de desigualdade que afetam famílias e comunidades.

O Brasil reproduz esse panorama global, marcado por alta incidência e subnotificação. A resposta estatal ainda se mostra fragmentada, tanto na porta de entrada dos serviços públicos de saúde e assistência quanto na persecução penal, o que reforça a sensação de impunidade e desproteção

institucional. Nesse cenário, as normas internacionais e a jurisprudência do *Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)* oferecem parâmetros concretos para orientar políticas e práticas nacionais. O reconhecimento da violência sexual como forma de tortura reforça as obrigações do Estado e exige respostas ajustadas às vulnerabilidades específicas de meninas e mulheres, sobretudo quando a violência ocorre em âmbito intrafamiliar.

O problema que norteia esta pesquisa questiona de que modo o enquadramento da violência sexual como tortura modifica o dever estatal de agir e quais medidas são indispensáveis para o enfrentamento efetivo dessa prática. A hipótese que orienta esta investigação sustenta que o reconhecimento da violência sexual como tortura no âmbito do *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* estabelece obrigações estatais qualificadas e específicas, exigindo do Estado brasileiro a implementação de políticas públicas multissetoriais, protocolos de atendimento com perspectiva de gênero e interseccionalidade, além de mecanismos efetivos de prevenção, investigação e reparação, capazes de romper com os ciclos de impunidade e garantir proteção integral às vítimas.

O objetivo geral é analisar o panorama da violência sexual, sistematizar os parâmetros normativos e jurisprudenciais pertinentes e extrair obrigações estatais gerais e específicas aplicáveis ao contexto brasileiro, a partir dos parâmetros adotados pelo *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, com ênfase no reconhecimento da violência sexual como forma de tortura. Para atingir o objetivo geral foram traçados três objetivos específicos. O primeiro teve a intenção de mapear os dados internacionais e nacionais, para compreender a magnitude, a prevalência e o impacto do fenômeno da violência sexual. O segundo objetivo específico, por sua vez, buscou examinar os preceitos normativos e jurisprudenciais do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do Sistema Interamericano, sob o prisma de seu reconhecimento como forma de tortura, bem como a necessidade de tratar o tema com recorte de gênero e interseccionalidade. Por fim, o terceiro objetivo específico procurou apresentar as obrigações internacionais dos Estados em relação à tutela da violência sexual, dividindo-as em obrigações gerais e específicas, que podem contribuir para a construção de uma agenda eficiente no enfrentamento da violência sexual.

Adota-se método qualitativo, com análise de documentos normativos, relatórios oficiais, decisões internacionais e literatura jurídica primária.

ria e secundária. O referencial abrange a produção da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)*, da *Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH)* e de especialistas na matéria. A relevância social da pesquisa decorre da persistência e gravidade da violência sexual, que continua a provocar ofensas diárias aos direitos humanos, impactar a saúde física e mental das vítimas e comprometer o desenvolvimento pleno de meninas e mulheres. Alinhar a atuação interna aos padrões internacionais de proteção constitui condição essencial para romper ciclos de impunidade e efetivar a dignidade humana.

2. PANORAMA ATUAL DA VIOLÊNCIA SEXUAL

Com o objetivo de delinear um panorama abrangente da violência sexual, contemplando tanto o contexto internacional quanto o nacional a partir dos dados mais recentes disponíveis, estruturouse a investigação em duas etapas complementares. Na primeira, foi analisado o cenário internacional sobre o fenômeno da violência sexual (seção 2.1), enquanto a segunda dedicouse ao exame do contexto brasileiro (seção 2.2), análises que demonstraram, como será exposto a seguir, prevalências elevadas e estáveis, subnotificação persistente e centralidade do contexto doméstico.

Os dados mais recentes evidenciam, ainda que estejamos numa sociedade cada vez mais interconectada e plataformizada, que a violência sexual converge para três achados de extrema relevância: (i) as prevalências elevadas e sem tendência de queda na última década; (ii) subnotificação crônica, que distorce a face visível do problema; e (iii) concentração de ocorrências no domicílio, muitas vezes com parceiros íntimos ou pessoas próximas como perpetradores. Esses elementos justificam respostas multissetoriais sensíveis a gênero e idade, com protocolos que reduzam a revitimização e integrem saúde, assistência e justiça.

2.1 Perspectiva internacional sobre a violência sexual

A definição de criança como todo ser humano com idade inferior a 18 anos, com fundamento no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (Brasil, 1990; ONU, 2003, p. 273), e a de juventude entre 15 e 24 anos, esta última adotada pela ONU para fins estatísticos (ONU, 2020, p. 43), permitem dimensionar a exposição precoce à violência sexual a que estão submetidas crianças, adolescentes e jovens em todo o mundo.

Com o objetivo de examinar a ocorrência prematura, a perspectiva de gênero e a interseccionalidade, a *Organização Mundial da Saúde* (OMS), o *Programa Especial de Pesquisa e Desenvolvimento* (PNUD), o *Fundo de População das Nações Unidas* (UNFPA), o *Fundo das Nações Unidas para a Infância* (UNICEF) e o *Banco Mundial* elaboraram o relatório sobre as estimativas globais e regionais de violência contra as mulheres: prevalência e efeitos na saúde da violência praticada por parceiro íntimo e da violência sexual por não parceiros (OMS, 2021), estudo que expôs problema global de saúde pública e grave violação de direitos humanos, especialmente quando perpetrada contra crianças e adolescentes. Sobre o ponto, convém destacar que na legislação interna brasileira atual, o artigo 3º da Lei Federal nº 14.344, de 24 de maio de 2022, expressamente dispõe que a violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Estimativas divulgadas nas últimas duas décadas convergem para um dado alarmante: aproximadamente 1 em cada 3 mulheres, com quinze anos ou mais, sofreu alguma forma de violência ao longo da vida; entre mulheres de 15 a 49 anos, parcela expressiva relata violência física e/ou sexual perpetrada por parceiro íntimo pelo menos uma vez (OMS, 2021, p. 20). Especificamente em relação a este ponto, convém destacar que desde 2002 a OMS alerta que uma das formas mais comuns de violência sexual no mundo todo é a *perpetrada por um parceiro íntimo*, levando à conclusão que, em termos de sua vulnerabilidade à agressão sexual, um dos principais fatores de risco para as mulheres é ser casada ou viver junto com um parceiro (OMS, 2002, p. 155).

A estabilidade dessas cifras, sem redução significativa no período recente, revela a persistência do problema e a insuficiência das estratégias tradicionais de enfrentamento. Devese enfatizar que, nos últimos 10 anos, os dados sobre a violência física e sexual contra mulheres por parceiros íntimos permaneceram consistentes e sem variações significativas (OMS, 2021, p. 8). Esse dado é fundamental, pois o impacto da violência sexual é profundo e duradouro na saúde mental, física e reprodutiva das vítimas, incluindo depressão, transtorno de estresse pós-traumático, lesões e condições crônicas de saúde que podem levar ao suicídio. Além disso, a violência sexual também afeta negativamente a saúde e o desenvolvimento infantil, aumentando a probabilidade de que as vítimas experimentem ou

perpetuem o ciclo da violência em relacionamentos futuros, o que revela a dimensão intergeracional do fenômeno (OMS, 2021, p. 36).

A OMS enfatiza que a redução da violência sexual exige políticas que ataquem as raízes da desigualdade. Medidas de empoderamento econômico, ampliação de acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva, eliminação de barreiras discriminatórias, educação para a igualdade e transformação de normas sociais são apontadas como necessárias. Do ponto de vista dos serviços, recomendase atenção pós-estupro imediata e centrada na vítima, envolvendo profilaxias, contracepção de emergência, aconselhamento e acompanhamento psicológico, além de fluxos interseccionais que integrem saúde, segurança pública, assistência social e justiça (OMS, 2021, p. 41).

Também se propõe, nos estudos da Organização Mundial da Saúde, que haja um incremento na vontade política e liderança ativa dos governos, políticas e leis sólidas de transformação de gênero e inclusão que reforcem a igualdade de gênero, uma resposta fortalecida do sistema de saúde e investimentos direcionados em estratégias sustentáveis e eficazes de prevenção da violência contra as mulheres em níveis global, regional, nacional e local (OMS, 2021, p. 43).

Os dados apresentados não destoam daqueles catalogados pela Anistia Internacional em seu relatório *Meu corpo, meus direitos* (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015). Em relação à prevalência da violência sexual, o documento menciona dados da ONU segundo os quais 1/3 das mulheres do mundo sofreu violência e/ou abuso sexual (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 18). Além de reprimir os impactos da violência sexual, incluindo riscos à vida e à saúde, o relatório aborda o estigma social em relação às vítimas, que faz com que muitas escolham não procurar a justiça por medo de perder reputação, de castigo e de mais violência (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 47), além daquela relativa aos casamentos forçados

[...] eis que muitas meninas são forçadas a se casar muito novas e não podem decidir sobre as relações sexuais ou o uso de métodos contraceptivos, portanto engravidam imediatamente ou logo depois do casamento, sendo ainda crianças (Anistia Internacional, 2015, p. 50).

Trazendo a questão da violência e da discriminação contra mulheres, meninas e adolescentes para o âmbito regional da América Latina e do

Caribe, destacam-se os resultados de outro relatório, produzido pela *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (CIDH) e divulgado em novembro de 2019 (CIDH, 2019). Endossando os dados já citados, a Comissão Interamericana alerta enfaticamente sobre o contexto no qual crescem as meninas e adolescentes na região, profundamente marcado pela violência e pela discriminação contra elas, “vinculando-se às condições de discriminação estrutural contra as mulheres e pelos estereótipos de gênero presentes em todos os países do hemisfério” (CIDH, 2019, p. 10).

A CIDH reafirma a necessidade de adoção de iniciativas para alcançar os padrões desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e acompanhar as recomendações formuladas por seus órgãos, particularmente no que diz respeito ao desenvolvimento jurídico nas esferas da violência e discriminação contra as mulheres (CIDH, 2019, p. 19). Os dados apresentados evidenciam que a violência sexual contra mulheres e meninas permanece como uma das mais graves violações de direitos humanos na contemporaneidade. O fenômeno, notado pela literatura especializada, apresenta características específicas: ocorre predominantemente no ambiente doméstico e intrafamiliar, vitimiza principalmente meninas e tem como perpetrador, na maioria dos casos, familiares ou parceiros íntimos (PIMENTEL, 2018, p. 177).

Por sua vez, as consequências transcendem a violação da dignidade sexual enquanto bem jurídico tutelado, comprometendo a integridade física, psíquica e moral das vítimas (Bott et al., 2010, p. 12; Drezett et al., 2013, p. 101-102; Pimentel, 2018, p. 180). Estudos com adolescentes demonstram que mesmo a exposição indireta à violência física ou sexual constitui fator de risco significativo para o desenvolvimento de *Transtorno de Estresse Pós-traumático* (TEPT), depressão grave e transtornos relacionados ao uso de substâncias químicas (KILPATRICK et al., 2003, p. 698700). No cenário internacional contemporâneo, a violência sexual contra mulheres e meninas configura-se como um dos principais desafios em matéria de direitos humanos, produzindo impactos profundos e duradouros. Os dados revelam que a predominância de agressores do sexo masculino, frequentemente parceiros ou pessoas próximas, evidencia a persistência da desigualdade de gênero como fator estrutural de risco.

Portanto, um enfrentamento eficaz aparenta exigir uma abordagem multissetorial, que leve em consideração os principais fatores de vulnerabili-

dade, assim como que se invistam em estratégias que busquem prevenir a violência e, simultaneamente, fornecer o suporte e cuidado que as vítimas e seus familiares necessitem para assegurar possibilidade da minimização de danos.

2.2 Dados do cenário brasileiro

O panorama brasileiro da violência sexual apresenta especificidades que refletem tanto a magnitude do problema quanto a fragilidade das respostas institucionais, revelando proximidade com aquilo que foi visto na seara internacional. Essa fragilidade se evidencia nos dados alarmantes revelados em estudo do *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada* (Ipea), que estima a ocorrência de aproximadamente 822 mil estupros por ano, dos quais apenas 8,5% são reportados à polícia e apenas 4,2% chegam a ser reconhecidos pelo sistema de saúde, configurando grave quadro de subnotificação (ALVES et al., 2023; IPEA, 2023).

As estatísticas também tornam visível um padrão persistente de violência de gênero e vulnerabilidade infantil, com notável subnotificação dos casos devido ao medo, à vergonha e à descrença nas instituições de proteção, situação que conduz a violência sexual a ser uma das menos denunciadas e em que as vítimas frequentemente enfrentam barreiras significativas para obter justiça. Não sem razão, segundo Drezzet, “acredita-se que a maior parte das mulheres não comunica a violência sexual por constrangimento e humilhação, somados ao receio de serem desacreditadas pelo parceiro íntimo, familiares, amigos, vizinhos ou por quem as atende nas diferentes instituições.” (2018, p. 142-143).

O 19º *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* registrou, somente em 2024, 67.204 casos de estupro de vulnerável, sendo a maioria das vítimas crianças de até 13 anos de idade (61,3%), com predominância do sexo feminino (86,2%) (FBSP, 2025, p. 178 e 184). Corroborando esse cenário de vitimização infantojuvenil, dados divulgados pela *Fundação Abrinq* confirmam a prevalência da violência sexual contra crianças e adolescentes: entre 2012 e 2022, aproximadamente 74% das notificações envolveram pessoas com menos de 19 anos de idade, reforçando a centralidade da infância e da juventude nesse fenômeno (Fundação Abrinq, 2024). Ao aprofundar a análise dessa violência, o *Atlas da Violência 2025* destaca particularidades importantes conforme a faixa etária: para meninas entre 0 e 9 anos, a negligência foi a forma mais frequente de agressão registrada

(49,5% dos casos), enquanto, na faixa etária de 10 a 14 anos, a violência sexual tornou-se a modalidade mais prevalente (45,7%). No que se refere ao contexto das agressões, em 81,3% das ocorrências, o domicílio figurou como o principal local da violência, perpetrada majoritariamente por homens (79,5% dos agressores) (IPEA; FBSP, 2025, p. 69; p. 68; p. 70).

Esses dados revelam a interseção entre gênero, idade e relações de poder que marcam a violência sexual no Brasil, caracterizando um cenário de hipervulnerabilidade infantil e de naturalização da violência no âmbito doméstico. Diante disso, impõe-se ao Estado brasileiro a adoção de respostas multissetoriais que combinem políticas públicas de prevenção, serviços especializados de saúde e assistência social, protocolos de atendimento centrados na vítima e mecanismos eficazes de responsabilização criminal.

O panorama confirma a centralidade da abordagem interseccional. A condição de gênero, somada à idade, raça, deficiência, orientação sexual ou situação socioeconômica, entre outras variáveis, influencia o risco de vitimização e as chances de acesso à justiça e a serviços de saúde. Por esta razão, Cecília de Mello e Souza e Leila Adesse asseveram que

[...] as relações de gênero, expressão das relações de poder entre os sexos, nos países em desenvolvimento — como é o caso do Brasil — têm fomentado um grande debate envolvendo as áreas psicossociais, de saúde, econômica, política, jurídica e cultural. As mulheres vêm obtendo êxito na conquista de certos direitos sociais, progredindo em direção à igualdade de gênero. A desigualdade, no entanto, ainda não foi totalmente ultrapassada, sendo um reflexo da tradição patriarcal da sociedade brasileira, expressada através da violência de gênero. Este é um fenômeno social alarmante que engloba diversos fatores e inclui um dos mais graves atos de agressão contra a mulher: a violência sexual (2005, p. 37).

O desafio, conseqüentemente, consiste em superar a distância entre os compromissos assumidos no plano internacional e a realidade cotidiana das vítimas, de modo a evitar a perpetuação da impunidade e dos impactos intergeracionais da violência. Esse hiato entre norma e efetividade revela-se particularmente crítico no contexto brasileiro, onde a ratificação de tratados internacionais e a incorporação formal de seus preceitos ao ordenamento jurídico não se traduziram, automaticamente, em transfor-

mações substanciais nas práticas institucionais. A efetivação dos direitos humanos das vítimas de violência sexual pressupõe, portanto, a articulação intersetorial coordenada entre saúde, assistência social, segurança pública e justiça, capaz de romper com a fragmentação que caracteriza a resposta estatal atual e garantir proteção integral.

3. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO E SUAS CONTRIBUIÇÕES

Para enfrentar a violência sexual, é indispensável utilizar os preceitos do direito internacional dos direitos humanos, que contribuem para construir uma agenda política contra as estatísticas alarmantes de violações que persistem em ocorrer (Piovesan, 2023, p. 167). Nesse sentido, contam-se, no plano global, instrumentos como a *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* (CEDAW, 1979; Brasil, 2002) e a *Convenção sobre os Direitos da Criança* (1989; Brasil, 1990). No plano regional, destacam-se a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura* (1984; Brasil, 1989) e a *Convenção de Belém do Pará* (1994; Brasil, 1996). Soma-se a esses instrumentos o *Protocolo de Istambul*, manual de referência para investigação e documentação eficazes de tortura e maus-tratos, com diretrizes específicas para violência sexual (1999; ONU, 2001).

Estados como o Brasil devem embasar suas atuações nas decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A jurisprudência do SIDH estabeleceu, por meio do controle de convencionalidade, parâmetros sobre a validade do ordenamento jurídico nacional para proteger os direitos da Convenção Americana (MAZZUOLI, 2018, p. 35-51). Essa orientação se justifica pelo fato de que as decisões das cortes regionais constituem estratégia eficaz para proteger direitos quando as instituições nacionais são omissas ou insuficientes (PIOVESAN, 2022, p. 403). No Brasil, o CNJ e o CNMP reconheceram expressamente o impacto desses precedentes por meio das Recomendações nº 123/2022 (BRASIL, CNJ, 2022) e nº 96/2023 (BRASIL, CNMP, 2023b), enfatizando a proteção convencional dos direitos humanos.

Essas decisões regionais são fundamentais porque garantem a responsabilização Estatal, promovem reformas institucionais e consolidam o respeito aos direitos humanos, incluindo o combate à violência sexual. Tendo em

vista essa relevância, serão examinados a seguir os instrumentos internacionais e a jurisprudência que definem e caracterizam a violência sexual e sua intersecção com a violência contra a mulher (3.1), bem como as normativas e julgados sobre o conceito de tortura aplicado à violência sexual (3.2).

3.1 Normas e jurisprudência do sistema interamericano relacionadas à violência sexual e sua intersecção com a violência contra a mulher

A violência sexual, conforme definição da OMS, abrange “qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, comentários ou investidas sexuais indesejadas, ou atos direcionados ao tráfico sexual ou, de alguma forma, voltados contra a sexualidade de uma pessoa usando a coação” (OMS, 2002, p. 147), independentemente da relação entre agressor e vítima ou do cenário onde ocorre. Embora essa definição não discrimine sexo ou orientação sexual, os dados demonstram que tais violações são perpetradas quase exclusivamente por homens contra mulheres e meninas (CAMPOS; CASTILHO, 2022, p. 451). Diante dessa realidade, a Comissão Interamericana reconhece que “a falta de igualdade formal das mulheres as coloca em situação de desproteção frente à violência” e que “as mulheres ainda não alcançaram igualdade jurídica plena em todos os países da região” (CIDH, 1998).

Por outro lado, destacase que, no Sistema Interamericano, vigora a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, conhecida como Convenção de Belém do Pará. Essa normatização constitui o principal instrumento do Sistema Interamericano para proteção das mulheres contra a violência (Brasil, 1996). Seu artigo 7º estabelece obrigações fundamentais aos Estados: absterse de atos de violência e zelar pela conformidade de seus agentes; incorporar normas preventivas e punitivas; adotar medidas de afastamento do agressor; e garantir acesso à justiça e reparações. Tais obrigações buscam inverter a lógica machista que pressupõe um consentimento feminino permanente (CIDH, 2001).

Nessa perspectiva, Campos e Castilho (2022, p. 449-451) demonstram que, contrariamente aos estereótipos, a maioria dos crimes sexuais ocorre no contexto doméstico-familiar, perpetrada por conhecidos da vítima, evidenciando a violência de gênero decorrente das relações desi-

guais de poder. Essa constatação empírica desconstrói o imaginário coletivo que associa a violência sexual primordialmente a agressões praticadas por estranhos em espaços públicos, revelando que o principal fator de risco reside nas relações de intimidade e proximidade familiar. A predominância da violência intrafamiliar impõe desafios específicos ao seu enfrentamento, pois as vítimas frequentemente se encontram em situação de dependência econômica e emocional em relação aos agressores, o que dificulta a ruptura do ciclo violento. Ademais, o ambiente doméstico, culturalmente percebido como espaço privado, favorece a naturalização dessas violações, perpetuando estruturas que legitimam o controle sobre os corpos femininos e infantis.

Por esta razão, merece destaque, em âmbito normativo interno brasileiro, o *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* (2021), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, que foi adotado pela Resolução CNJ nº 492/2023, instituindo a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional (BRASIL, CNJ, 2023). No âmbito do Ministério Público, a Corregedoria Nacional do CNMP expediu a Recomendação nº 02, de 22 de março de 2023, para assegurar a atuação com perspectiva de gênero (BRASIL, CNMP, 2023a).

Além da proteção convencional normativa, é preciso destacar a tutela oferecida pela Corte Interamericana às vítimas dessas violações, especialmente quando chamada a se manifestar sobre a violência de gênero, fator diretamente relacionado à violência sexual. Nesse sentido, a jurisprudência da Corte IDH tem sido fundamental na consolidação do entendimento sobre violência sexual como violação grave de direitos humanos. No caso *Presídio Miguel Castro vs. Peru* (2006), a Corte enquadrou pela primeira vez atos de violência sexual como tortura, aplicando conjuntamente a Convenção de Belém do Pará e a CIPPT (CORTEIDH, 2006, par. 307-311). Esse entendimento consolidou-se em casos posteriores, incluindo uma importante nota distintiva: ainda que não houvesse o envolvimento de agentes estatais.

Posteriormente, o caso *Campo Algodoeiro vs. México* (2009) representou marco fundamental ao abordar a violência estrutural de gênero, como destacam Heemann e Paiva (2020, p. 191). Neste julgamento, a Corte voltou a se pronunciar sobre sua competência para aplicar a Convenção

de Belém do Pará e condenou o México pela omissão que contribuiu para consolidar a discriminação estrutural contra mulheres, determinando a investigação com perspectiva de gênero, baseada nos artigos 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará (CORTEIDH, 2009, par. 389). Sobre o ponto da discriminação estrutural de gênero, Flávia Piovesan e Melina Girardi Fachin, nos comentários ao artigo 25 da CADH, lecionam que a Convenção não é o único documento que autoriza a Comissão e a Corte Interamericanas exercer suas competências contenciosas. Segundo discorrem, o artigo 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, seguindo a interpretação da Corte IDH, conferem ao sistema interamericano a competência para apreciar atos supostamente violadores de suas disposições por meio do mesmo trâmite que se aplica ao procedimento contencioso regulado pela CADH. (FACHIN; MAZZUOLLI; PIOVESAN, 2019, p. 250-251).

Nos casos *Fernández Ortega e Rosendo Cantú* (2010), ambos contra o México, a Corte declarou pela primeira vez a violação do artigo 7.a da Convenção de Belém do Pará, que impõe aos Estados o dever de absterse de violência contra a mulher (CORTEIDH, 2010a, par. 173; 2010b, par. 187). A jurisprudência subsequente – casos *J. vs. Peru* (2013), *Véliz Franco vs. Guatemala* (2014) e *Velásquez Paiz vs. Guatemala* (2015) – consolidou o entendimento de que “a violência sexual se configura com ações de natureza sexual cometidas sem consentimento, podendo incluir atos sem penetração ou contato físico” (CORTEIDH, 2006, par. 306; 2010a, par. 119), reconhecendo suas consequências devastadoras em termos físicos, emocionais e psicológicos.

Dessas decisões, é possível visualizar que o Tribunal de São José considera que a violência sexual se configura com ações de natureza sexual “que se cometem contra uma pessoa sem seu consentimento, que, além de compreender a invasão física do corpo humano, podem incluir atos que não envolvam penetração ou mesmo contato físico” (CORTEIDH, 2006, par. 119). Para além dessa caracterização conceitual – e seguindo os dados já revelados ao longo deste estudo –, a Corte Interamericana reconhece que a violência sexual contra as mulheres provoca consequências devastadoras em termos físicos, emocionais e psicológicos, deixando as vítimas frequentemente em estado de humilhação (CORTEIDH, 2006, par. 313).

No tocante ao Brasil, o caso *Favela Nova Brasília* (2017) marcou a primeira condenação do Estado brasileiro pela Corte IDH, que caracterizou o estupro praticado por policiais como tortura. Os fatos remontam a duas operações policiais, em 1994 e 1995, realizadas na favela Nova Brasília, parte do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro. Na ocasião, restou comprovado que pelo menos três jovens de 15, 16 e 19 anos foram estupradas. Além de tratar o estupro como uma forma de tortura pela polícia, o órgão internacional recomendou “o dever de investigar, com uma perspectiva de gênero e étnicoracial, todos os casos em que os agentes da ordem utilizam a força letal e/ou a violência sexual” (CORTEIDH, 2017, par. 307).

Diante do exposto, a análise normativa e jurisprudencial interamericanas evidencia que a violência sexual, predominantemente contra mulheres e meninas, é grave violação dos direitos humanos intrinsecamente ligada à discriminação de gênero. A consolidação jurisprudencial da Corte IDH demonstra avanços significativos no reconhecimento dessa intersecção, embora persista a necessidade de efetivação das garantias de proteção às mulheres na região, especialmente às crianças e adolescentes do sexo feminino que representam a maioria das vítimas.

3.2 Normas e jurisprudência do sistema interamericano relacionadas ao reconhecimento da violência sexual como forma de tortura

Desde as linhas iniciais, vem-se observando que o fenômeno da violência sexual contra meninas e mulheres apresenta características particulares e específicas, especialmente o elevadíssimo grau de afetação da dignidade das vítimas. Esta modalidade de violência é perene, pois causa – ou pode causar –, para além das lesões físicas, outros agravos, como gravidez indesejada, disfunção sexual e doenças sexualmente transmissíveis, tendo também grandes impactos sobre o estado mental e psicológico, que podem incluir ansiedade, depressão e ideação suicida (ADESSE; SOUZA, 2005, p. 14). Essa confluência de fatores exige que a investigação desses casos considere as especificidades e complexidades do fenômeno.

O reconhecimento desse amplo espectro de consequências impõe admitir que o bem jurídico tutelado transcende a dignidade ou a liberdade sexual, alcançando a própria integridade pessoal, intrinsecamente relacionada à dignidade humana. O direito à integridade pessoal, assim como o direito à vida, não admite suspensão de garantias, subsistindo mesmo

em circunstâncias excepcionais como guerra ou estado de emergência (FACHIN; MAZZUOLI; PIOVESAN, 2019, p. 49). Trata-se de norma de *jus cogens*, imperativa e inderrogável, com hierarquia superior no plano internacional (MAZZUOLI, 2022, p. 41). A proibição da violência sexual gera obrigações *erga omnes* das quais nenhum Estado pode se eximir, sendo essa violação da integridade pessoal o ponto de contato que permite caracterizar a violência sexual como tortura.

Não à toa, a normatização internacional considera que o conceito de tortura está intimamente relacionado com o direito à integridade pessoal. Nesse sentido, o artigo 5º da Convenção Americana, em seus primeiros itens, anuncia que: 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; e 2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, podem ser citados como normas de idêntico conteúdo o artigo 7 do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (PIDCP) e o artigo 3 da *Convenção Europeia de Direitos Humanos* (CEDH). Complementarmente, a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura* (CIPPT) define tortura como ato intencional que inflige penalidades ou sofrimentos físicos ou mentais com propósitos específicos (BRASIL, 1989, art. 2º).

No Sistema Interamericano, foi a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (CIDH) que primeiro delineou os critérios para sancionar um ato como tortura, assim se posicionando no caso *Luis Lizardo Cabrera vs. República Dominicana*: (a) deve haver intencionalidade; (b) deve infligir a uma pessoa dor ou sofrimento grave, podendo ser físico ou mental; (c) deve ter uma finalidade ou propósito; e (d) deve ser perpetrado por um funcionário público ou outra pessoa agindo em nome de uma autoridade pública, com seu consentimento ou aquiescência (CIDH, 1998). Seguindo essa orientação, a Corte IDH adotou essa definição em jurisprudência consolidada nos casos *Maritza Urrutia vs. Guatemala* (2003), *Presidio Miguel Castro vs. Peru* (2006), *Bueno Alves vs. Argentina* (2007), *Fernández Ortega vs. México* (2010) e *Rosendo Cantú vs. México* (2010), mantendo-a em decisões recentes como *López Soto vs. Venezuela* (2018) e *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México* (2018).

Por interpretação evolutiva, a Corte estabeleceu como elementos constitutivos da tortura: (i) ser ato intencional, (ii) causar severos sofri-

mentos físicos ou mentais e (iii) ter determinado fim ou propósito (CORTEIDH, 2007, par. 78-79). Fundamentalmente, reconheceu que “uma violação sexual pode constituir tortura mesmo quando consista em um único fato ou ocorra fora de instalações estatais” (CORTEIDH, 2010a, par. 127). O *Protocolo de Istambul* corrobora esse entendimento ao não exigir que o ato seja cometido exclusivamente por funcionário público, considerando tortura todos os atos que provoquem traumatismo como resultado de posição forçada, apontando especificamente a violência sexual como forma de tortura (ONU, 2001). Essa diferenciação é crucial: não se confunde a tortura praticada por agentes estatais por meio de violência sexual com o reconhecimento de que a violência sexual constitui, em si, forma de tortura, inclusive quando ocorre na esfera doméstico-familiar (MALAVER; VANRELL, 2016, p. 223-235).

Na violência sexual, a intencionalidade manifesta-se no controle do agressor sobre a situação, infligindo voluntariamente o abuso e exteriorizando relação de poder. Como explica Shue (2014, p. 35-36), a vítima fica à mercê do torturador em vulnerabilidade absoluta, com sua capacidade de ação eliminada enquanto subjugada de forma extrema. O sofrimento é avaliado considerando fatores endógenos (duração, métodos, efeitos físicos e mentais) e exógenos (idade, sexo, estado de saúde da vítima), sendo “inerente à violação sexual o sofrimento severo da vítima, mesmo sem evidências de lesões físicas” (CORTEIDH, 2010b, par. 114; 2017, par. 250). Quanto à finalidade, tanto a violação sexual quanto a tortura visam intimidar, degradar, humilhar, punir ou controlar a vítima (CORTEIDH, 2007, par. 83).

Especificamente sobre o elemento da finalidade, é preciso registrar que a Convenção Americana não apresenta rol exaustivo. Tanto que, no caso *Fernández Ortega e Outros vs. México* (2010), a Corte Interamericana, ao identificar a finalidade do caso concreto – castigar a vítima pela não disponibilização de informações –, salientou que esta conclusão não descartava a ocorrência concomitante de outras finalidades (CORTEIDH, 2010a, par. 127). Esse posicionamento segue o disposto no artigo 2º da CIPPT, que também prevê que os atos de tortura podem abarcar diversas consequências, como a anulação da personalidade da vítima ou a diminuição de sua capacidade física ou mental. Destaca-se que essa tendência encontra guarida na doutrina: Kai Ambos, ao analisar o elemento da fi-

nalidade específica, sustenta que esta não deve prevalecer como caracterizadora da tortura, visto que foi deliberadamente omitida do Estatuto de Roma e dos elementos dos crimes, que estabeleceram que nenhum propósito precisa ser demonstrado neste crime (2008, p. 493-494).

Retomando a perspectiva teórica trabalhada nesta seção, pode-se concluir que a violação sexual também é caracterizada como tortura, tendo em vista que ataca diretamente as três esferas da integridade pessoal, quais sejam: física, psíquica e moral (MUDROVITSCH; SALOMÃO, 2024, p. 94-95). No mesmo sentido, a Corte Interamericana estabelece que a violação sexual é uma experiência extremamente danosa que tem consequências severas e causa grande dano físico e psicológico, deixando a vítima “humilhada física e emocionalmente, situação dificilmente superável com o passar do tempo, ao contrário do que ocorre em outras experiências traumáticas” (CORTEIDH, 2006, par. 311). Enfatiza-se que a tortura psicológica – que muitas vezes impede a vítima de denunciar sua ocorrência – mina as estruturas que dão à pessoa uma identidade com objetivos, limites e princípios pessoais, “transformando-a em um desesperador amontoado de desejos lacrimosos e amedrontados de agradar, pronta para obedecer às ordens do torturador” (SHUE, 2014, p. 37).

Por tudo que se analisou, pode-se concluir que a caracterização da violência sexual como uma forma de tortura no âmbito do Sistema Interamericano reflete interpretação evolutiva e abrangente que reconhece a gravidade e a magnitude das consequências dessa violência para as vítimas. Assim, a proteção da integridade pessoal, em suas dimensões física, psíquica e moral, impõe aos Estados a adoção de medidas para evitar e prevenir tais práticas, além de cumprir com as obrigações internacionais específicas assumidas nessa matéria.

4. OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência sexual ameaça à integridade física e mental das vítimas e viola direitos reconhecidos em instrumentos internacionais. Por afetar principalmente mulheres e meninas, foi reconhecida como tortura por organismos e cortes internacionais, com destaque para a jurisprudência do Sistema Interamericano.

Os atos normativos e decisões internacionais consolidaram parâme-

tros de atuação estatal baseados no marco jurídico de proteção dos direitos das mulheres, estabelecendo a relação entre discriminação, violência de gênero e violência sexual – qualificada como tortura –, incluindo a violência contra crianças e adolescentes. Esse padrão internacional impõe obrigações aos Estados que devem ser cumpridas em atos administrativos e processos penais e investigativos, visando a proteger os direitos humanos das vítimas conforme o direito internacional.

Desta forma, com o objetivo de facilitar a assimilação desse complexo normativo, serão apresentadas as obrigações estatais subdivididas em dois tópicos: a princípio, as obrigações decorrentes dos deveres estatais de investigação, processamento e, eventualmente, punição dos responsáveis (4.1), seguidas das obrigações especiais resultantes do reconhecimento do dever de enfrentamento qualificado da violência sexual quando relacionada a meninas e mulheres (4.2).

4.1. Obrigações decorrentes dos deveres estatais de investigação, processamento e, eventualmente, punição

O arcabouço normativo do Sistema Interamericano estabelece que as obrigações estatais relacionadas aos deveres de investigação, processamento e eventual punição dos responsáveis decorrem fundamentalmente dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, que tratam das garantias e da proteção judicial. Contudo, como previamente delineado, o *corpus juris* de proteção contra a violência sexual revela-se mais abrangente, incorporando instrumentos internacionais complementares, com destaque para a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura* (1985) e a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* – Convenção de Belém do Pará (1994).

As disposições convencionais de proteção aos direitos humanos e fundamentais, que abarcam a violência sexual, impõem aos Estados o dever de promover investigações aprofundadas, céleres e diligentes, capazes de esclarecer os fatos e, quando cabível, punir os responsáveis. O descumprimento dessas obrigações constitui fundamento suficiente para a responsabilização internacional do Estado perante a Corte IDH. Por essa razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos fundamenta as obrigações processuais positivas na cláusula geral do artigo 1.1, que estabelece o dever estatal de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos

na Convenção Americana, complementando-a com os artigos 2, 8 e 25 para embasar a necessidade de implementação das obrigações positivas. A título de exemplo, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem ser lembrados os casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Sentença de 29 de julho de 1988, Série C, n. 04, par. 62 e seguintes) e *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C, n. 70, par. 182 e seguintes).

Nesse sentido, a Corte enfatizou, no julgamento do caso *Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) *vs. Brasil*, a amplitude dessas obrigações:

A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Parte têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos (CorteIDH, 2010c, par. 173).

Fischer e Pereira (2019, p. 18) reconhecem que a jurisprudência da Corte Interamericana é pioneira na avaliação prática da qualidade do exercício das funções públicas na persecução penal, mediante a análise da conformidade e efetividade da administração da justiça nacional com os padrões de proteção implícitos nas cláusulas convencionais de salvaguarda dos direitos humanos.

Evidencia-se, portanto, que as autoridades devem adotar todas as medidas cabíveis e necessárias para investigar violações de direitos humanos de forma diligente e abrangente. Como obrigações específicas decorrentes desses deveres estatais, a Corte Interamericana destacou, no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil* (2017), a necessidade de que tanto a investigação quanto o processo penal incorporem perspectiva de gênero, seguindo linhas de investigação específicas para violência sexual conforme a legislação nacional e, quando aplicável, garantindo a participação

adequada das vítimas em todas as fases processuais. A investigação deve ser conduzida por profissionais capacitados para lidar com casos semelhantes, dispensando atenção especial às vítimas de discriminação e violência de gênero (CORTEIDH, 2017, par. 293).

A Corte IDH abordou especificamente os crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no ambiente intrafamiliar no caso *V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua* (2018), que envolveu violações sexuais de uma criança de oito anos perpetradas pelo próprio pai. A sentença condenou o Estado nicaraguense, estabelecendo deveres fundamentais para a persecução penal desses crimes a partir de um enfoque interseccional que considerou tanto o gênero quanto a idade da vítima (CORTEIDH, 2018c, par. 160).

O Tribunal ressaltou a importância de assegurar a participação efetiva de crianças e adolescentes vítimas em processos penais, esclarecendo que tal participação não deve limitar-se a aspectos probatórios. Para reconhecer as crianças como sujeitos de direitos, é essencial garantir sua legitimidade para atuar em defesa de seus próprios interesses desde o início até a conclusão do procedimento. É necessário fornecer-lhes informações sobre o andamento processual e sobre os serviços de assistência jurídica, saúde e outras medidas de proteção disponíveis.

O caso *V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua* enfatiza ainda que as garantias do devido processo legal previstas no artigo 8.2 da CADH não se aplicam exclusivamente aos acusados, mas também às vítimas e seus familiares, garantindo-lhes efetivo acesso à justiça em seu caráter bilateral. A Corte destacou que tanto a vítima do delito quanto sua mãe eram vítimas de violações de direitos humanos, assegurando o direito de acesso à justiça das vítimas ou seus familiares, incluindo o direito de conhecer a verdade sobre os fatos ocorridos (CorteIDH, 2018c, par. 218). Em síntese, as obrigações decorrentes dos deveres estatais de investigação, processamento e punição dos responsáveis por atos de violência sexual são fundamentais para a proteção dos direitos humanos, demandando procedimentos diligentes e abrangentes, com perspectiva de gênero, para assegurar a justiça e evitar a perpetuação da impunidade.

4.2 Obrigações especiais resultantes do reconhecimento do dever de enfrentamento qualificado da violência sexual

Para além dos deveres de atuação com a devida diligência na pro-

teção judicial contra atos de violência contra meninas e mulheres, bem como na prevenção, investigação, punição e reparação, os casos de violência sexual impõem obrigações adicionais específicas, relacionadas ao tipo de violência – de gênero e/ou intrafamiliar – e à condição etária da vítima.

As decisões e sentenças do Sistema Interamericano estabeleceram parâmetros obrigatórios para os Estados-membros na prevenção, proteção e busca pela erradicação da violência sexual contra mulheres, adolescentes e meninas na região. A Corte IDH determina a observância, nas investigações de casos de violência de gênero com recorte de violência sexual, de: (a) princípios para investigação de violência sexual; (b) princípios para investigação de tortura; (c) protocolos de entrevistas para supostas vítimas de atos de violência; (d) protocolos para exames de integridade sexual e perícia ginecológica; (e) linhas específicas sobre violência sexual, objetivando evitar omissões na coleta de provas (CORTEIDH, 2010b, par. 186, 193194, 254).

No julgamento do caso *Rosendo Cantú e outra vs. México*, a Corte estabeleceu que os princípios orientadores devem incluir: (a) recuperação e preservação do material probatório para colaborar em qualquer potencial investigação penal dos responsáveis; (b) identificação de possíveis testemunhas e obtenção de seus depoimentos; (c) determinação da causa, forma, lugar e momento do fato investigado. É imprescindível realizar investigação minuciosa do local do crime, conduzida por especialistas qualificados, utilizando métodos e técnicas adequadas (CORTEIDH, 2010b, par. 177178).

Em investigações penais por violência sexual, a observância de medidas específicas tornase essencial: (i) o depoimento da vítima deve ser colhido em ambiente acolhedor e seguro, proporcionando privacidade e confiança; (ii) o registro do depoimento deve minimizar a necessidade de repetição; (iii) a vítima deve receber atendimento médico, sanitário e psicológico imediato e contínuo, seguindo protocolo específico para mitigar as consequências do estupro; (iv) é fundamental realizar exame médico e psicológico completo e detalhado imediatamente, conduzido por profissionais qualificados e, quando possível, do sexo preferido pela vítima, permitindo acompanhamento por pessoa de sua confiança; (v) os atos investigativos devem ser documentados e coordenados, com tratamento diligente da prova, incluindo coleta de amostras suficientes, estudos para determinação de autoria, preservação de evidências e investigação imediata do local dos fatos, garantindo a cadeia de custódia; (vi) deve-se oferecer assistência jurídica

gratuita à vítima durante todas as fases do processo.

O precedente *Rosendo Cantú* manifesta preocupação particular em evitar que as autoridades investigativas concentrem esforços em convocar repetidamente a vítima para depoimentos, em detrimento da busca por outras provas, o que promove vitimização contínua e revivência da experiência traumática (CORTEIDH, 2010b, par. 180).

No caso *V.R.P., V.P.C. e outros vs. Nicarágua*, tratando da participação de crianças e adolescentes vítimas em processos penais sobre crimes contra a dignidade sexual e a questão da revitimização, a Corte advertiu que, para evitar nova vitimização ao longo do processo penal, os Estados têm deveres específicos. Estes incluem a oferta de assistência imediata e profissional – médica, psicológica e/ou psiquiátrica – realizada por profissionais capacitados para atender vítimas desse tipo de crime, com abordagem de gênero e focada na infância. Os Estados devem assegurar que o processo ocorra em ambiente não intimidador, hostil, insensível ou inadequado para a idade da vítima, e que o pessoal encarregado de colher depoimentos esteja devidamente treinado, garantindo que a vítima se sinta respeitada e segura (CORTEIDH, 2018c, par. 166).

O mesmo precedente disciplina a forma de colheita da declaração da criança vítima de abuso sexual, destacando que a entrevista deve ser conduzida por psicólogo especializado, permitindo à criança ou ao adolescente expressar-se da maneira que preferir ou de forma adaptada. A vítima não pode ser interrogada diretamente pelo órgão jurisdicional ou pelas partes. As salas devem oferecer ambiente seguro e não intimidatório, com privacidade e confiança, garantindo que não sejam interrogadas em mais ocasiões que as estritamente necessárias, atendendo ao seu interesse superior (CORTEIDH, 2018c, par. 168).

Busca-se minimizar qualquer efeito revitimizante, recomendando-se a gravação em vídeo das declarações de crianças e adolescentes. Quanto ao exame médico, a vítima ou seu representante legal deve poder escolher o sexo do profissional, que deve ser especialista em ginecologia infantojuvenil. O exame não deve ser repetido e só deve ser realizado com consentimento informado da vítima, respeitando sua maturidade, direito à privacidade e permitindo a presença de pessoa de confiança. A ausência de consentimento não deve prejudicar a credibilidade da vítima ou a investigação (CORTEIDH, 2018c, par. 169). Para além dessas diretrizes

específicas, o reconhecimento da violência sexual como forma de tortura permite a utilização do *Protocolo de Istambul* (ONU, 2001), que pode complementar as atuações estatais no enfrentamento dessa violência.

Pelo exposto, ao lado das obrigações gerais, existem obrigações especiais para o enfrentamento qualificado da violência sexual, especialmente contra meninas e mulheres, diretamente relacionadas a medidas específicas e sensíveis ao gênero e à idade das vítimas. A adoção de protocolos detalhados que contemplem essas obrigações específicas, já estabelecidas no sistema regional de direitos humanos, e sua efetiva implementação constituem passos essenciais para garantir uma abordagem eficaz, que assegure suporte adequado às vítimas, com minimização dos efeitos traumáticos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo geral analisar o panorama da violência sexual, sistematizar os parâmetros normativos e jurisprudenciais pertinentes e extrair obrigações estatais gerais e específicas aplicáveis ao contexto brasileiro, a partir dos padrões adotados pelo *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, com ênfase no reconhecimento da violência sexual como forma de tortura. O problema de pesquisa questionou de que modo o enquadramento da violência sexual como tortura modifica o dever estatal de agir e quais medidas são indispensáveis para o enfrentamento efetivo dessa prática.

Para responder a esse questionamento, foram traçados três objetivos específicos. O primeiro consistiu em mapear dados internacionais e nacionais que evidenciassem a magnitude e os impactos da violência sexual. Os resultados apresentados no item 2 demonstraram que a violência sexual permanece como problema global de saúde pública e grave violação dos direitos humanos, com prevalência elevada e estável, subnotificação crônica e concentração no ambiente doméstico-familiar. As estatísticas revelaram que aproximadamente uma em cada três mulheres sofreu alguma forma de violência ao longo da vida, com dados brasileiros indicando cerca de 822 mil estupros anuais, dos quais apenas 8,5% são reportados à polícia. Esses números evidenciam a vitimização sistemática de mulheres e meninas, especialmente crianças e adolescentes, perpetrada majoritariamente por parceiros íntimos ou conhecidos.

O segundo objetivo específico examinou as normas e decisões inter-

nacionais do *Sistema Interamericano*, com atenção à dimensão de gênero e interseccionalidade. Conforme exposto no item 3, a jurisprudência da *Corte Interamericana de Derechos Humanos* consolidou o entendimento de que a violência sexual constitui forma de tortura ao preencher os elementos constitutivos: intencionalidade, sofrimento severo e finalidade específica. Casos paradigmáticos como *Presidio Miguel Castro vs. Peru* (2006), *Campo Algodoeiro vs. México* (2009), *Fernández Ortega e Rosendo Cantú vs. México* (2010) e *Favela Nova Brasília vs. Brasil* (2017) demonstraram a evolução jurisprudencial que reconhece a violação sexual como tortura independentemente da qualidade do agressor ou do local de ocorrência, reforçando as obrigações estatais de proteção.

O terceiro objetivo específico apresentou as obrigações internacionais impostas aos Estados quanto à tutela das vítimas, distinguindo obrigações gerais e especiais. Conforme sistematizado no item 4, as obrigações gerais de devida diligência decorrem dos artigos 8 e 25 da *Convenção Americana*, exigindo investigações aprofundadas, céleres e com perspectiva de gênero. As obrigações especiais, por sua vez, incluem protocolos específicos de atendimento para evitar revitimização, coleta adequada de provas conforme padrões internacionais, assistência integral multissetorial e capacitação permanente dos profissionais envolvidos, além da aplicação do *Protocolo de Istambul* para documentação da tortura.

A hipótese que orientou esta investigação sustentava que o reconhecimento da violência sexual como tortura no âmbito do *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* estabelece obrigações estatais qualificadas e específicas, exigindo do Estado brasileiro a implementação de políticas públicas multissetoriais, protocolos de atendimento com perspectiva de gênero e interseccionalidade, além de mecanismos efetivos de prevenção, investigação e reparação. **A hipótese foi integralmente confirmada pela pesquisa**, uma vez que a análise da jurisprudência interamericana e dos instrumentos normativos demonstrou que o enquadramento da violência sexual como tortura efetivamente amplia e qualifica os deveres estatais, impondo obrigações inderrogáveis que transcendem as obrigações gerais de proteção judicial.

A sistematização das obrigações internacionais evidencia que o Estado brasileiro possui deveres jurídicos concretos e específicos no enfrentamento da violência sexual. O reconhecimento como tortura gera con-

sequências práticas imediatas, como a exigência de a investigação com perspectiva de gênero e interseccionalidade, a imposição da adoção de protocolos rigorosos de coleta de provas e atendimento às vítimas, determina a vedação absoluta de revitimização institucional, assegura o direito à reparação integral e estabelece a necessidade de capacitação permanente e especializada dos profissionais da rede de proteção.

A persistência das altas taxas de vitimização, apesar dos avanços normativos, expõe a distância ainda existente entre os compromissos internacionais assumidos e sua efetivação prática. A subnotificação crônica revela deficiências estruturais do sistema de proteção brasileiro, desde a ausência de ambientes acolhedores para denúncia até a fragmentação dos serviços de atendimento, perpetuando ciclos intergeracionais de violência e impunidade.

O enfrentamento efetivo da violência sexual como forma de tortura exige a reformulação das políticas públicas mediante a transformação das normas sociais que naturalizam a violência de gênero, o fortalecimento institucional com fluxos intersetoriais integrados entre saúde, assistência social, segurança pública e justiça, o acesso universal a serviços especializados, a formação continuada com perspectiva interseccional e a implementação de sistemas de monitoramento efetivos. O descumprimento dessas obrigações constitui não apenas violação dos direitos humanos das vítimas, mas também fundamento para a responsabilização internacional do Estado brasileiro perante a *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Por fim, sugere-se que futuras pesquisas aprofundem a análise sobre a incorporação dos padrões interamericanos na legislação processual penal brasileira, avaliem a efetividade dos protocolos de atendimento existentes e examinem as barreiras institucionais que impedem o acesso à justiça pelas vítimas. Apenas através da convergência entre vontade política, recursos adequados e implementação sistemática dos padrões internacionais de cuidado será possível romper o ciclo de violência que compromete a dignidade e o desenvolvimento pleno da população feminina brasileira.

REFERÊNCIAS

ACIERNO, R.; BEST, C. L.; KILPATRICK, D. G.; RESNICK, H. S.; RUGGIERO, K. J.; SAUNDERS, B. E. Violence and risk of PTSD, major depression, substance abuse/dependence, and comorbidity: results from the National Survey of Adolescents. **Journal of Consulting and Clinical Psy-**

chology, v. 71, p. 692-700, 2003.

ADESSE, L.; SOUZA, C. de M. **Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

ALVES, P.; CERQUEIRA, D.; COELHO, D.; FERREIRA, H.; SEMENTE, M. **Elucidando a Prevalência de Estupro no Brasil a Partir de Diferentes Bases de Dados**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2023. (Texto para Discussão, edição preliminar). Disponível em: <https://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2025.

AMBOS, K. **A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática**. Tradução de C. E. A. Japiassú; D. A. Raisman. Ed. brasileira reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Meu corpo, meus direitos: os direitos sexuais e reprodutivos são direitos humanos**. 2015. Disponível em: <https://www.anistia.org.br/manual-meu-corpo-meus-direitos/>. Acesso em: 14 set. 2025.

BOTT, S.; CONTRERAS, J. M.; DARTNALL, E.; GUEDES, A. **Violência sexual na América Latina e no Caribe: uma análise de dados secundários**. Iniciativa de Pesquisa sobre Violência Sexual, mar. 2010.

CAMPOS, C. H. de; CASTILHO, E. W. V. de (org.). **Manual de direito penal com perspectiva de gênero**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório sobre a condição da mulher nas Américas**. Washington, DC: OEA, 1998. Direito à integridade pessoal e proteção contra a violência contra a mulher. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Mujeres98/Mujeres98.htm>. Acesso em: 14 set. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Violência e discriminação contra mulheres, meninas e adolescentes: boas práticas e desafios na América Latina e no Caribe**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233, 14 nov. 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

DREZETT, J. Violência sexual: uma grave questão de saúde pública para as mulheres. In: PIMENTEL, S. (coord.). **Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 141-160. Edição do Kindle.

DREZETT, J.; MEIRELLES, A. de C.; RAMOS, D. G.; SOUZA, F. B. C. Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual. **Reprodução & Climatério**, v. 27, n. 3, p. 98-103, 2013. DOI: 10.1016/j.rec-li.2013.03.002.

FACHIN, M. G.; MAZZUOLI, V. de O.; PIOVESAN, F. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FISCHER, D.; PEREIRA, F. V. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **19º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2025. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/279>. Acesso em: 14 set. 2025.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Cenário da infância e adolescência no Brasil 2024**. 2024. Disponível em: <https://fadc.org.br/sites/default/files/2024-03/fundacao-abrinq-cenario-2024.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

HEEMANN, T. A.; PAIVA, C. C. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil**. Brasília: IPEA, 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11814/1/Publicacao_preliminar_TD_Elucidando_a_prevalencia_de_estupro.pdf. Acesso em: 14 set. 2025.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea); FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Atlas da Violência 2025**. Brasília: Ipea; São Paulo: FBSP, 2025. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes>. Acesso em: 14 set. 2025.

MALAYER, M. P.; VANRELL, J. P. **Torturas**: sua identificação e valoração médico-legal. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

MAZZUOLI, V. de O. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MUDROVITSCH, R.; SALOMÃO, L. F. (org.). **Convenção Interamericana de Direitos Humanos comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. Edição do Kindle.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Protocolo de Istambul**: manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Série de Formação Profissional n. 8. Nova Iorque; Genebra: Nações Unidas, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório Mundial da Juventude 2003**: a situação global dos jovens. Nova York: Nações Unidas, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório Mundial da Juventude 2020**: empreendedorismo social dos jovens e a Agenda 2030. Nova York: Nações Unidas, 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Editado por E. G. Krug; L. L. Dahlberg; J. A. Mercy; A. B. Zwi; R. Lozano. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Estimativas de prevalência da violência contra as mulheres**: estimativas globais, regionais e nacionais para a violência por parceiro íntimo contra mulheres e estimativas globais e regionais para a violência sexual por não-parceiros contra mulheres. Genebra: OMS, 2021. Disponível em: <https://iris.who.int/handle/10665/341337>. Acesso em: 14 set. 2025.

PIMENTEL, S. Quase invisíveis: o estupro de meninas e a gravidez infantil – sinalizações sobre a perversidade desses fenômenos. In: PIMENTEL, S. (coord.). **Estupro**: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 176-191. Edição do Kindle.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Edição do Kindle.

SHUE, H. A tortura secreta: subjugando o espírito. In: ASTOLFI, R.; CARDIA, N. (org.). **Tortura na era dos direitos humanos**. São Paulo:

Editora da Universidade de São Paulo, 2014. p. 15-39.

Legislação e Jurisprudência

BRASIL. **Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. **Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022.** Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14344.htm. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022.** Recomenda a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 492, de 17 de março de 2023.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Corregedo-

ria Nacional do Ministério Público. **Recomendação CN nº 02, de 22 de março de 2023.** Recomenda adoção de medidas destinadas a assegurar a atuação da Instituição ministerial com perspectiva de gênero. Brasília, DF: CNMP, 2023. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Recomendação nº 96, de 28 de fevereiro de 2023.** Recomenda a observância de tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, recomendações da CIDH e jurisprudência da CorteIDH. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-96---2023.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório de Mérito nº 54/01. **Caso 12.051.** Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil). 16 abr. 2001.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos** (CEDH). Roma, 1950.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.** Sentença de 29 jul. 1988. Série C, n. 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.** Sentença de 25 nov. 2000. Série C, n. 70.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala.** Sentença de 27 nov. 2003. Série C, n. 103.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso do Presídio Miguel Castro vs. Peru.** Sentença de 25 nov. 2006. Série C, n. 160.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Bueno Alves e Outros vs. Argentina.** Sentença de 11 maio 2007. Série C, n. 164.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso González e Outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México.** Sentença de 16 nov. 2009. Série C, n. 205.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Fernández Ortega e Outros vs. México.** Sentença de 30 ago. 2010a. Série C, n. 215.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Sentença de 24 nov. 2010b. Série C, n. 219.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Rosendo Cantú e Outra vs. México.** Sentença de 31 ago. 2010c. Série C, n. 216.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso J. vs. Peru.** Sentença de 27 nov. 2013. Série C, n. 275.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Véliz Franco e Outros vs. Guatemala.** Sentença de 19 maio 2014. Série C, n. 277.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Veliz Paiz e Outros vs. Guatemala.** Sentença de 19 nov. 2015. Série C, n. 307.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso da Favela Nova Brasília vs. Brasil.** Sentença de 16 fev. 2017. Série C, n. 333.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso López Soto vs. Venezuela.** Sentença de 26 set. 2018a. Série C, n. 362.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco vs. México.** Sentença de 28 nov. 2018b. Série C, n. 371.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH). **Caso V.R.P., V.P.C. e Outros vs. Nicarágua.** Sentença de 8 mar. 2018c. Série C, n. 350.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP).** 1966.

¹ Até a data da pesquisa o Brasil já havia sido condenado 18 vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), sendo 16 delas por falhas na proteção das vítimas, destacando problemas persistentes na justiça penal e na defesa dos direitos humanos no país. Para acesso aos casos: <https://www.corteidh.or.cr/>

SUBSIDIARIEDADE VERTICAL E FEDERALISMO TRINO BRASILEIRO EM TEMPOS DE COVID-19: COMPETÊNCIAS E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

VERTICAL SUBSIDIARITY AND BRAZILIAN TRIUNE
FEDERALISM IN TIMES OF COVID-19: COMPETENCIES
AND JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES

SUBSIDIARIEDAD VERTICAL Y FEDERALISMO TRINO
BRASILEÑO EN TIEMPOS DE COVID-19: COMPETENCIAS
Y JUDICIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SALUD

SUMÁRIO:

Introdução; 1. O Federalismo trino brasileiro, a autonomia dos entes locais e o princípio da subsidiariedade vertical: entre avanços e controvérsias; 2. As relações administrativas frente aos desafios diante do Covid – 19: do conflito positivo de competências ao déficit de financiamento das políticas subnacionais de saúde pública; 3. As medidas de distanciamento social e a crescente judicialização sobre as competências federativas em tempos de pandemia no Brasil; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

A maioria dos municípios atualmente enfrenta uma crise institucional e financeira, gerando uma assimetria na federação brasileira, pela falta de cooperação entre os entes. Diante dessa fragilidade do federalismo, cuja crise de engenharia institucional tendem a aumentar com pandemia do coronavírus, e

Como citar este artigo:
MACHADO, Betieli,
HERMANY, Ricardo.
"Subsidiariedade
vertical e federalismo
trino brasileiro em
tempos de Covid-19:
competências e
judicialização das
políticas públicas de
saúde". Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 46 2025,
p. 411-466.

Data da submissão:
05/10/2023

Data da aprovação:
13/11/2025

1. Universidade de Santa Cruz do Sul - Brasil
2. Universidade de Santa Cruz do Sul - Brasil

tendo em vista os desafios estruturais e financeiros e da judicialização em decorrência da pandemia, surge o seguinte questionamento: qual a postura adotada pelo Supremo Tribunal de Federal nas ações que enfrentam as competências dos entes subnacionais para viabilizar a concretização do direito à saúde no atual modelo de sistema federativo brasileiro? Para tanto utilizam-se os métodos de abordagem dedutivo e de procedimento hermenêutico, e a técnica de pesquisa bibliográfica. A estrutura metodológica parte da compreensão de aspectos essenciais do federalismo brasileiro, da autonomia dos entes e da subsidiariedade vertical; após, estudam-se as competências dos entes quanto a saúde pública em tempos de Covid-19; por fim, realiza-se uma análise das medidas adotadas pelo Brasil no combate ao Covid-19 e a consequente judicialização da saúde, com a análise de decisões do STF. Em notas conclusivas aponta-se para a importância da cooperação entre os entes federados na busca da defesa do interesse público e garantia de um melhor acesso à saúde.

ABSTRACT:

Most municipalities currently face an institutional and financial crisis, generating an asymmetry in the Brazilian federation, due to the lack of cooperation between entities. Given this fragility of federalism, whose institutional engineering crisis tends to increase with the coronavirus pandemic, and in view of the structural and financial challenges and judicialization due to the pandemic, the following question arises: what is the position adopted by the Federal Supreme Court in the actions that face the competencies of subnational entities to enable the realization of the right to health in the current model of the Brazilian federative system? For these purposes, the methods of deductive approach and hermeneutic procedure are used, and the bibliographic research technique. The methodological structure is based on the understanding of essential aspects of Brazilian federalism, the autonomy of entities and vertical subsidiarity; after, the competencies of the entities regarding public health in times of Covid-19 are studied; finally, an analysis of the measures adopted by Brazil in the fight against Covid-19 and the consequent judicialization of health is carried out, with the analysis of decisions of the Supreme Court. Inconclusive notes, it is pointed out the importance of cooperation between federal entities in the search for the defense of the public interest

and guarantee of better access to health.

RESUMEN:

La mayoría de los municipios enfrentan actualmente una crisis institucional y financiera, generando una asimetría en la federación brasileña, debido a la falta de cooperación entre entidades. Ante esta fragilidad del federalismo, cuya crisis de ingeniería institucional tiende a aumentar con la pandemia del coronavirus, y teniendo en cuenta los desafíos estructurales, financieros y judiciales derivados de la pandemia, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es la postura adoptada por el Supremo Tribunal Federal en las acciones que enfrentan las competencias de los entes subnacionales para viabilizar la concretización del derecho a la salud en el modelo actual del sistema federativo brasileño? Para ello se utilizan los métodos de enfoque deductivo y de procedimiento hermenéutico, y la técnica de investigación bibliográfica. La estructura metodológica parte de la comprensión de aspectos esenciales del federalismo brasileño, la autonomía de las entidades y la subsidiariedad vertical; después, se realiza un análisis de las competencias de los entes en materia de salud pública en tiempos de Covid-19; finalmente, se realiza un análisis de las medidas adoptadas por Brasil en la lucha contra el Covid-19 y la consecuente judicialización de la salud, con el análisis de las decisiones del Supremo Tribunal Federal. En notas concluyentes, se señala la importancia de la cooperación entre los entes federados en la búsqueda de la defensa del interés público y garantía de un mejor acceso a la salud.

PALAVRAS-CHAVE:

Covid-19; Federalismo Cooperativo; Judicialização da Saúde; Políticas Públicas de Saúde; Poder local.

KEYWORDS:

Covid-19; Cooperative Federalism; Judicialization of Health; Public Health Policies; Local power.

PALABRAS-CLAVE:

Covid-19; Federalismo Cooperativo; Judicialización de la Salud; Políticas Públicas de salud; Poder local.

INTRODUÇÃO

O aperfeiçoamento/reformulação do federalismo no Brasil pode ser analisado por meio das Constituições promulgadas e outorgadas desde o período imperial em 1824, onde apenas se idealizava uma federação, até a Constituição de 1988 que a consagra como estrutura de Estado, concedendo *status* aos municípios como entes subnacionais com autonomia. Essa estrutura é ressignificada ao longo do tempo, passando por períodos de centralização e descentralização do poder. Com o ordenamento constitucional atual, ocorre uma maior distribuição de competências aos entes – principalmente para os municípios os quais em sua maioria não possuem condições financeiras e estruturais de concretizar as tarefas a eles atribuídas.

Diante das incongruências da estrutura brasileira, com o acirramento da guerra fiscal entre os estados, falta de articulação entre os entes, concentração da arrecadação tributária, o federalismo de natureza cooperativa idealizado pela Constituição transforma-se em uma estrutura com viés competitivo. Esses fatos são potencializados com as crises econômica e estrutural agravadas com a pandemia do Coronavírus (Covid-19), posicionando o federalismo brasileiro e a estrutura da saúde em uma situação de vulnerabilidade.

Em face da fragilidade do federalismo brasileiro, cuja crise de engenharia institucional tendem a aumentar com pandemia do coronavírus, e tendo em vista os desafios estruturais e financeiros e da judicialização em decorrência da pandemia, surge o seguinte questionamento: qual a postura adotada pelo Supremo Tribunal de Federal nas ações que enfrentam as competências dos entes subnacionais para viabilizar a concretização do direito à saúde no atual modelo de sistema federativo brasileiro? Parte-se da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar as competências federativas durante a pandemia, atuou como mediador institucional capaz de mitigar conflitos positivos de competência e reforçar a necessidade de cooperação entre União, estados e municípios.

Para responder ao questionamento proposto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, realizando-se uma verificação que parte do geral - os aspectos teóricos do federalismo e do princípio da subsidiariedade vertical - para o particular - a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações que enfrentam as competências dos entes subnacionais

durante a pandemia de Covid-19 -, até alcançar as conclusões do estudo. O método de procedimento é hermenêutico, voltado à correta interpretação dos textos normativos e das decisões judiciais, o que se torna relevante por permitir uma leitura crítica da realidade jurídico-institucional e das relações de cooperação federativa.

Quanto à técnica de pesquisa, esta é bibliográfica, direcionada à análise de documentação indireta, observando os contornos e fundamentos da legislação e utilizando obras doutrinárias, artigos científicos, dissertações e teses que tratam das temáticas abordadas. Complementarmente, são examinados julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal, relacionados às competências dos entes federativos nas ações e políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia.

A estrutura metodológica parte da compreensão dos aspectos essenciais do Estado brasileiro - o federalismo e o princípio da subsidiariedade vertical - e da autonomia *sui generis* conferida aos municípios, evidenciando, contudo, a fragilidade do federalismo trino. Em seguida, estudam-se os desafios impostos pela pandemia da Covid-19, notadamente em relação ao financiamento e à gestão das políticas públicas de saúde. Por fim, realiza-se uma análise crítica das medidas adotadas pelo Brasil no combate à pandemia e da consequente judicialização da saúde, com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

A fundamentação teórica ancora-se nos aportes de Dallari (1968) e Bercovici (2004), para compreender a formação histórica do federalismo brasileiro, e em Hermany (2012) e Krell (2008), que contribuem para a releitura contemporânea da subsidiariedade como princípio de coordenação entre entes federativos. Esses referenciais sustentam a hipótese de que o modelo trino brasileiro enfrenta assimetrias estruturais que se agravaram durante a pandemia, exigindo a reconfiguração cooperativa do pacto federativo.

1. O FEDERALISMO TRINO BRASILEIRO, A AUTONOMIA DOS ENTES LOCAIS E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE VERTICAL: ENTRE AVANÇOS E CONTROVÉRSIAS

Uma das principais teorias que deve ser estudada para que os Estados moderno e contemporâneo sejam entendidos é a do modelo de Estado Federal. Evidencia-se que o referido modelo apresenta como princípio

a aliança de Estados autônomos que visem a formação de um sistema comum em uma nação. Tal modelo, nos últimos duzentos anos, vem sendo reproduzido nas Constituições de diversos Estados, prevendo um complexo rol de repartição de competências entre os entes integrantes, bem como apresenta como base jurídica a Norma Fundamental. Assim que os entes federativos aceitam a Norma e, como regra, não deixam de obedecê-la, passando a dispor apenas das atribuições que o diploma assegura. (Dallari, 1968).

Desse modo, as origens do Federalismo remontam ao modelo Norte-Americano datado em 1787, quando a Constituição dos Estados Unidos da América instituiu o federalismo, visto que por meio da adoção do modelo os Estados Unidos tornaram-se independentes da Inglaterra. Durante o período mencionado, alguns autores, como Tocqueville aperfeiçoaram a teoria, entendendo que se fosse adotado um sistema Federal seria possível ter-se uma dupla soberania, uma da União e outra dos estados-membros. (Bercovici, 2004). Destaca-se que o federalismo fruto da experiência norte-americana começou a ser delineado nos períodos de 1776 a 1787, apresentando como principais teóricos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, autores da obra “*Federalist Paper*”, os quais publicaram um conjunto de 85 artigos assinados por “*Publius*”, pseudônimo coletivo utilizado por eles, na imprensa de Nova York, entre os anos de 1787 e 1788.

Além disso, Soares e Machado (2018, p. 19) complementam que a partir da observação da origem do federalismo, a ideia de dupla autonomia territorial tornasse mais clara, visto que sua garantia é o propósito da nova institucionalidade, a qual visa a conciliação e maximização dos benefícios de uma comunidade política centralizada – Estado nacional –, garantindo a autonomia para os seus componentes – descentralização. Com isso, nota-se que o pacto federativo originado nos Estados Unidos da América necessitou de um forte trabalho de “engenharia institucional”, buscando a dupla autonomia territorial, ou seja, do centro político federal (à União) e dos entes subnacionais (os estados). Ainda, o modelo de Estado Federativo instituiu um sistema de controles mútuos – freios e contrapesos institucionais (*checks and balances*) –, que visam limitar a atuação dos Poderes centrais e subnacionais, gerando um equilíbrio de poder.

No Brasil, em 1817, muito antes de ser proclamada a independên-

cia, existem registros de uma possível adoção de um sistema Federal, na Revolução Pernambucana, buscando a independência do País do Estado Português. Durante o período colonial o País restou dividido em capitânias, que posteriormente transformaram-se em províncias em 1821. Com a independência surge uma nova constituinte, em 1824, e nesse período passou a ocorrer uma confusão com a utilização dos termos confederação e federação, percebendo-se isso por meio da leitura do ordenamento, onde estas expressões eram utilizadas como sinônimos. (Bercovici, 2004).

Mesmo com a confusão entre os termos e a linha de discussão entre os legisladores, entendendo que Federalismo era sinônimo de descentralização, a Constituição de 1824 atribuiu em seu artigo 1º o termo como separatismo, mantendo a divisa entre as províncias sem alterar os poderes. Os governos eram presididos por pessoas nomeadas pelo imperador, e os cidadãos tinham o direito de intervir nos negócios locais, no Conselho Geral da Província e nas Câmaras dos Distritos – tais câmaras possuíam a competência de gerir a economia dos governos locais. Dito isso, pode-se observar em primeiro que a ideia de Federalismo vem associada ao separatismo, tendo em vista que era proibido que poderes políticos pudessem admitir algum tratado, laço ou federação, e em segundo o império era oposto ao ideal federativo. (Bueno, 1958; Torres, 2017).

A primeira Constituição da República - conhecida como a primeira Constituição federalista e republicana brasileira -, proclamada em 1891, surge como uma consequência da crise do Segundo Reinado e da necessidade de instituição de um novo regime no Brasil. Nesse período, as províncias foram transformadas em estados, contudo, consequentemente, esse fato resultou em desigualdades entre os entes, pois os Estados mais fortes como São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul dominavam a República (Baracho, 1986). Dentre as principais mudanças estruturais no País, pode-se apontar a alteração da forma de governo monárquico para o republicano, o sistema parlamentarista para o presidencialista e a forma de Estado passou de unitária para Federal. (Clêve; Barroso, 2011).

Com a presença marcante de Ruy Barbosa todas as características do sistema federativo no Brasil foram implementadas, valendo-se predominantemente do exemplo norteamericano. Todavia, a maior crítica ao modelo de sistema federalista brasileiro encontra-se alicerçado nesse ponto, eis que tal influência ocasionou dificuldades para o Brasil se adap-

tar à nova forma de Estado, pois o sistema foi transmutado – imposto e delimitado – sem considerar a realidade brasileira¹. (CASSEB, 1999). A história constitucional brasileira demonstra que o conceito de federalismo nas Constituições não é absolutamente original. De fato, a linha geral de construção e organização do sistema constitucional brasileiro como divisão das competências legislativa e administrativa, foi resgatada no direito estrangeiro, acrescentando algumas características que distinguem o texto constitucional brasileiro de outros Estados Federais, seja pela extensão significativa do territorial, ou do número de entes federados que se optou em termos de autonomias com a Constituição de 1988, dando origem *sui generis* ao federalismo brasileiro. (Müller; Friederich, 2020, p. 51).

Com a reforma constitucional de 1926 surgiram diversos desafios em razão da luta civil, impondo aos estados a necessidade de adoção de normas temporárias, por exemplo, quanto a impossibilidade de reeleição de governadores e representação de minorias. Após o término da Primeira Guerra Mundial os principais enfrentamentos entre as oligarquias estaduais, somadas a crise econômica e queda da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, resultaram no fim da constituinte de 1891. Desse modo, com a revolução de 1930, surge uma nova Constituição, em 1934, afirmando o modelo federativo com o aumento do poder no governo nacional, conferindo ao ente competências não específicas e outras que pertenciam aos estados-membros. (Torres, 2017).

Além disso, o modelo de estado federativo norte-americano não foi o único a influenciar a história do federalismo no Brasil, sendo que a principal influência da Constituição brasileira de 1934 foi a Constituição alemã de 1919 – a Constituição de Weimar –, passando a adotar um modelo federativo “cooperativo”. Nela foram previstas ações de cooperação entre os entes no subitem VIII, estabelecendo no artigo 91, as tarefas comuns e de cooperação administrativa, onde foi abordada nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e” a colaboração da federação na distribuição de custos para o planejamento do ensino e fomento da pesquisa, para os sistemas técnicos de informação, bem como para a comparação de desempenho e seguridade básica dos desempregados. (Bercovici, 2004).

Por conseguinte, com as dificuldades de implementação de um modelo de federalismo cooperativo, idealizado pelo ordenamento de 1934, advém a Constituição de 1937 – denominada de “polaca” – somada a cen-

tralização, mantendo-se o federalismo apenas nominalmente, sem que fosse realmente concretizado. Em 1946 ocorre a promulgação de uma nova Constituição, que restaura os princípios da democracia e do federalismo cooperativo, visando reduzir as desigualdades regionais, inaugurando os embriões de um federalismo cooperativo brasileiro. (Horta, 2002). Bastos (1996) complementa que a Constituição de 1946 apresentava características desenvolvimentistas, com a retomada da autonomia dos estados-membros, inovando ao ceder aos municípios a faculdade de autogoverno, por meio da repartição de competências.

O final de sua vigência foi conturbado em meio a diversos retrocessos, com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, quando assumiu João Goulart, e mesmo com as diversas transformações que tentou implementar em seu mandato, poucas se efetivaram. Com a sucessão dos governos militares, foi implementado um governo totalitarista que restringia garantias e liberdades individuais, por intermédio de intervenções federais e perseguição política. Ressalta-se, assim, que com o advento da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969, por seu cunho autoritários, o federalismo foi extinto, oportunidade em que o Estado voltou a ser unitário, tendo em vista que ocorreu a centralização dos poderes na União. (Tavares, 2012).

Em 1980 com a redemocratização, e o advento de novas perspectivas para o federalismo brasileiro, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, vigente até hoje. Destaca-se que uma de suas grandes inovações é a inclusão dos municípios como entes federados, verificando-se o anseio na promoção e estruturação de um federalismo, buscando a descentralização da estrutura e a garantia de uma maior autonomia aos entes subnacionais. Desta forma, o modelo federal para organização do Estado se propõe como eficiente na busca pela garantia e funcionamento de institutos democráticos. Nesse sentido, evidencia-se que a descentralização, a legitimidade e a representatividade são os principais valores que devem ser perseguidos pela organização federal, cabe salientar que a federação brasileira surge inspirada no modelo norte-americano.

O Constituinte Originário em 1988 restaurou a Federação e buscou resguardar o pacto federativo com viés cooperativo, prevendo o modelo de estado federativo como princípio fundamental no artigo 1º, salientan-

do que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados-membros, municípios e Distrito Federal, formando um Estado Democrático de Direito. Além disso, vedou a secessão do pacto, em qualquer hipótese ou condição, em razão do princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, visto que a forma federativa possui *status* de cláusula pétrea, conforme disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso I da Constituição. (Machado; Hermany, 2022).

Ademais, o *caput* do artigo 18 da Constituição aborda a divisão de poderes entre os entes, sendo que a federação brasileira, diferente das outras federações, é formada por um sistema com três níveis de governo – formando um federalismo trino e *sui generis*, visto que no direito comparado não existe nenhum outro modelo de Estado Federal que comporte esse modelo de divisão territorial adotado pelo Brasil –, em razão de que os municípios foram incluídos como entes integrantes da federação, dotados de autonomia e competências. Ademais, as três esferas de governo apresentam seus próprios Poderes Legislativos e Executivos, contudo apenas as esferas federal e estadual possuem seus próprios Poderes Judiciários.

A partir da Constituição de 1988 os municípios passam a ter *status* de entes federativos, possuindo capacidade de exercer direitos e de ter obrigações, não sendo eles subordinados a nenhuma das outras esferas de governo – considerados autônomos. Desse modo, a autonomia vem garantida pelo ordenamento constitucional, ou seja, passa a adquirir a tríplice capacidade de governo, por meio de seus prefeitos, vice-prefeitos e vereadores; de administração – observadas as competências e limites legais; e de organização, elaborando sua Lei Orgânica. A autonomia municipal apresenta-se nas normas de direito brasileiras por intermédio da tríplice capacidade – política, administrativa e financeira – sendo que o município quando dotado de autonomia pode colaborar na gestão das políticas públicas, por meio do cumprimento de suas competências, concedendo maior efetividade e concretizando direitos e objetivos de interesse social.

Assim, o sistema de cooperação entre os governos se justifica e se inicia por meio do reconhecimento de que cada ente da federação tem o dever de colaborar com todos os outros, objetivando a orientação, a coordenação e o controle do processo político-administrativo. Contudo, a capacidade de execução e os recursos vêm distribuídos de forma desigual,

necessitando por essa razão que se concretize o sistema de cooperação delineado na Constituição de 1988, o qual visa propiciar condições mínimas para o exercício do papel na estrutura. Da mesma forma, o sistema cooperativo se efetiva a partir da repartição de competências verticais e se justifica devido aos governos central, regional e local terem como plano a execução das tarefas estatais, visando que os cidadãos sejam beneficiados. Assim como assume uma cooperação subsidiária, buscando auxiliar os entes menores, quando não for possível realizar as tarefas sozinhos. (Krell, 2008).

Ademais, no Brasil há uma centralização dos recursos, a qual se torna evidente por meio da análise da autonomia financeira dos municípios. Observa-se que ela está direcionada para a possibilidade de os governos locais instituírem e arrecadarem tributos próprios, com a posterior aplicação sem a interferência de outros entes, além de ter direito, por dispositivo constitucional, de repasses. Nesse sentido, evidencia-se que são importantes os recursos decorrentes do denominado FPM e de outras transferências – que se reiteram – mostram-se insuficientes. A autonomia vem disposta na Constituição no artigo 30, III, que dispõe: “instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei” (Brasil, 1988).

Com base nesses pressupostos, pode-se determinar a complexidade do arranjo e coordenação dos poderes e suas organizações no sistema federal, identificando-se, assim, múltiplos centros de Poder. De tal maneira, nas esferas federal, estadual e municipal, seus respectivos órgãos serão coordenados, todos com poderes decisórios, de modo que cada Poder no respectivo nível da federação terá sua própria competência com base na autonomia dos entes federativos. Estes, no seu âmbito de competências, terão de harmonizar fronteiras, sendo que as competências da União abrangem todo o território nacional, as competências dos estados-membros compreendem apenas os limites dos seus respectivos territórios, e as competências dos municípios abarcam os interesses locais. No entanto, deve ser respeitada a impossibilidade de um ente federado contrair obrigações contra o outro, além das já previstas na Constituição. (Müller; Friederich, 2020, p. 51).

Contudo, após 33 anos, observa-se o agravamento das crises finan-

ceiras enfrentadas pelos entes, principalmente pelos municípios – com o aumento de gastos, endividamento, a fragilidade fiscal, entre outros. Ainda, ocorre uma descentralização assimétrica das políticas sociais e desarticulação da política federal e do desenvolvimento regional, que, consequentemente, resulta em uma diminuição da manutenção das competências, principalmente no âmbito local, quando se analisa a sua absoluta impossibilidade orçamentária devido ao sistema desproporcional adotado, com a centralização de recursos e a descentralização de competências – muitas vezes violando a autonomia –, fenômeno que se denomina de “prefeiturização”, em que a esfera municipal apenas é chamada para a execução de políticas públicas construídas pela esfera central.

O federalismo revela-se necessário para concretização de uma ordem democrática, assim como forma uma técnica de distribuição do poder remete ao ideal de descentralização dos poderes soberano e administrativo. Dessa maneira, a descentralização é fundamental no espaço territorial brasileiro, tendo em vista a manutenção da pluralidade das condições regionais integrada na unidade nacional do federalismo. (Odorissi; Hermany, 2018). Além disso, a federação como pressuposto para o regime democrático viabiliza a gestão da coisa pública, respeitando-se as peculiaridades, interesses e particularidades regionais e locais. (Iorio Filho; Duarte, 2020).

Portanto, a aposta do Constituinte de 1988 foi precisamente um processo intenso denominado de descentralização fiscal, atribuindo à União o papel de harmonizar as desigualdades, principalmente as regionais e locais, por meio de aumento dos percentuais de tributos a serem transferidos pela União, “enfraquecendo” em certa medida o governo federal, o qual passou a ter de negociar com as lideranças políticas regionais e locais. (Arretche, 2012). Nesse contexto, a lógica federativa encontra na descentralização uma vinculação com a subsidiariedade, sendo um espaço ideal para a sua realização. (Hermany, 2012; Odorissi; Hermany, 2018).

Dessa feita, os constituintes de 1988 acreditavam na ideia de cooperação entre os entes, contudo fizeram previsão da descentralização como forma de administrar a divisão de competências administrativas, tendo como base o princípio da subsidiariedade, conforme previsto na Constituição alemã. Assim, o princípio da subsidiariedade estabelece que as esferas federal e estadual devem prevalecer sobre os governos municipais

somente quando a execução das políticas governamentais não puder ser efetivamente implementada. Logo, a subsidiariedade amplia as atribuições devido à complexidade do atendimento aos interesses sociais. (Hermany; Machado, 2020).

Existe uma relação íntima entre os princípios da subsidiariedade e o federativo, pois em uma federação a separação de poderes pode ocorrer de forma horizontal - entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, e de modo vertical - entre o poder central e os poderes locais. Dessa maneira, nas federações existe uma distribuição de poder de forma vertical, em que existem entre o Poder Público central e os cidadãos entidades intermediárias - como, por exemplo, no Brasil, na Alemanha e nos Estados Unidos os Estados-federados. Nesse sentido, a subsidiariedade deve ser interpretada como um princípio fundamental para a estrutura federal, porém independe desta, em virtude de que pode ser encontrada afastada deste contexto. (Saraiva, 2001).

As funções subsidiárias do Estado podem ser desempenhadas em dois graus: a) a atuação complementar, em que o Estado é responsável por suprir a insuficiência dos entes quando esses não tenham como executar satisfatoriamente suas obrigações, devido a algumas condições diversas; e b) criar condições necessárias para assegurar o desempenho da comunidade e seus particulares. (Hermany; Machado, 2020). O princípio da subsidiariedade pode ser conceituado como uma forma de recomendação aos poderes e às estruturas institucionais mais próximas aos cidadãos, que devem priorizar suas ações, com foco na solução dos problemas sociais. A proposta prioriza as esferas políticas descentralizadas e promove o desenvolvimento das autoridades locais. (Baracho, 1997).

Diante disso, o princípio da subsidiariedade compreende duas dimensões, sendo elas: uma vertical, em que são distribuídas o máximo de competências ao nível menor; e outra horizontal, na qual se insere no espaço local próprio, repartindo o poder entre sociedade e governo. (Baracho, 1997). Portanto, o princípio da subsidiariedade na lógica vertical encontra-se voltado para as relações entre os entes da federação; e na dimensão horizontal orienta às relações entre Estado, empresas, associações e pessoas. (Cavalcanti, 2009). Com efeito, no princípio da subsidiariedade o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, preferencialmente, às autoridades que estiverem mais próximas dos cidadãos. Nessa

perspectiva, a atribuição de uma responsabilidade para outra autoridade deve ter como base a natureza e amplitude da tarefa, assim como as exigências de economia e eficácia. (Martins, 2003).

Desse modo, propõe-se que os estados-membros executem somente aquilo que os municípios não possam realizar, bem como à União efetua apenas o que os municípios e os estados-membros não possam desempenhar sozinhos. Portanto, vislumbra-se que o Federalismo também apresenta como objetivo a aplicação do princípio da subsidiariedade pelo Estado, visando, com isso, que exista um governo central mais equilibrado e um país mais democrático. (Casseb, 1999). Nesse sentido, evidencia-se que, a partir desses pressupostos, que a maioria das competências estatais deveriam ser remetidas aos entes locais e, conseqüentemente, ampliando-se a descentralização. Assim, apenas as matérias de maior complexidade e abrangência mais extensa, com base nos ideais da subsidiariedade, seriam de competência dos estados-membros e, em último caso, da União. (Hermany, 2012; Odorissi; Hermany, 2018).

Cumprе mencionar que no Brasil o princípio da subsidiariedade encontra-se previsto implicitamente por meio da leitura sistemática dos artigos 1º, 18 e 34, inciso VII, alínea “c” da Constituição, restando definido os elementos essenciais do referido princípio, que se relacionam com o modelo federativo adotado, bem como a organização descentralizada do Estado se destaca como um espaço conveniente à sua aplicação. (Baracho, 1997). Com relação às competências, o princípio da subsidiariedade é compreendido como fundamental em razão da vinculação das atribuições dos municípios ao conceito indeterminado de interesse local. Desta forma, evidencia-se que a subsidiariedade na perspectiva vertical tende a delimitar a atuação do ente local, proporcionando que uma maior quantidade de atribuições seja gerenciada pelos municípios, sempre que existir interesse. (Grotti, 1997; Hermany; Machado, 2020).

Por conseguinte, o princípio da subsidiariedade leciona, como regra geral, que as competências e o exercício do poder, devem ocorrer nas esferas mais próximas do cidadão, sendo que somente em casos de economia ou de eficiência podem ser repassadas para as instâncias mais distantes. De tal modo, trata-se de um princípio inteligente, pois de um lado incentiva a descentralização - ao prever uma cláusula geral de competência local - e de outro não permite que os municípios sejam isolados -

em situações de economicidade e eficiência -, direcionando as responsabilidades para União e estados-membros. (Hermany; Machado; Silva, 2021).

Com relação às políticas públicas de saúde em tempos de pandemia de Covid-19, o princípio da subsidiariedade expressa-se em sua dupla face, visto que pelo viés vertical é elemento essencial para a solução de possíveis conflitos positivos de competências, já pela lógica horizontal quando se constata que o Estado não consegue prover serviços de saúde e produzir insumos sem a participação ativa da população e da iniciativa privada. Destaca-se, ainda, que quando é abordado esse tema é importante observar o princípio da subsidiariedade como uma cláusula geral de atribuição de competência aos entes subnacionais, principalmente de competência aos entes locais, os quais são as esferas mais próximas dos cidadãos. Assim, o princípio da subsidiariedade auxilia na reformulação da federação e no fortalecimento dos estados-membros e municípios.

Nesse prisma, o federalismo brasileiro necessita de uma reformulação, no sentido de materializar o modelo cooperativo, que prima pelo desempenho da tarefa estatal de modo conjunto e equilibrado em todo o território, com a atuação cooperada entre as esferas para o cumprimento – em especial – das competências comuns. Mostra-se necessária que se efetive a coordenação e a cooperação como *conditio sine qua non* para a realização das tarefas públicas, principalmente diante da pandemia do Covid-19 enfrentada pelo Brasil e em vários outros países, sendo de fundamental análise, neste contexto, às competências dos entes federativos em matéria de saúde pública.

Este é o cenário que justifica uma análise mais contextualizada do federalismo concretizado no Brasil, tendo em vista que em situações como a excepcionalidade e urgência de uma pandemia que a sociedade é confrontada com os desafios de aplicação de conceitos de autonomia, em seus três níveis, e cooperação entre o governo central e os entes subnacionais. Sem dúvida a existência, em relação às políticas públicas de saúde, de um conflito positivo de competências exige tanto uma rearticulação financeira, bem como um conjunto de regras jurídicas editadas em harmonia federativa, o que, em princípio, não vem se observando na experiência brasileira recente, dada a crescente judicialização das matérias envolvendo o combate à pandemia e a forma federativa de Estado, especialmente com relação às competências dos entes federados.

Logo, a análise dos efeitos concretos da estrutura de federação no Brasil deve ser verificada, em primeiro aspecto, no campo da articulação entre Executivo e Legislativo, nas diferentes esferas de governo, para o enfrentamento da grave crise que a sociedade mundial atravessa. Por outro lado, dada a fragilidade prática da federação brasileira, observa-se uma crescente judicialização, principalmente no que tange às competências dos entes federativos, decorrente de uma clara ausência de cooperação e sinergia em relação aos agentes políticos, notadamente na articulação entre os gestores locais e regionais com o governo central.

2. AS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS FRENTE AOS DESAFIOS DIANTE DO COVID – 19: DO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIAS AO DÉFICIT DE FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS SUBNACIONAIS DE SAÚDE PÚBLICA

No plano administrativo é essencial que se observem duas vertentes na análise das políticas públicas de saúde no Brasil, aparentemente paradoxais: de um lado, a consagração da saúde como direito subjetivo de natureza constitucional cuja garantia compete conjuntamente às três esferas da Federação – União, Estados, Municípios; e, de outro, a deficitária descentralização dos recursos financeiros para o suporte às despesas públicas na área da saúde.

A pandemia ocasionada pelo Covid-19 (Sars-Cov-2) traz à tona a emergência desse debate, especialmente no que se refere à política pública de saúde, tendo em vista que surge a necessidade de compatibilização da repartição das competências dos entes federativos, dos interesses nacional, estadual e local a partir dos limites de atuação e autonomia de cada ente no âmbito da efetivação de políticas públicas de enfrentamento da pandemia. Nesse contexto, evidencia-se que, sob influência dos conceitos da modernidade, aguarda-se que as decisões tomadas sejam racionais, isto é, espera-se que sejam condizentes com a ordem constitucional. (Müller; Friederich, 2020, p. 51).

Além das técnicas de distribuição de poder, que visam o equilíbrio das relações entre centralização e descentralização, delineia-se o federalismo brasileiro tendo em vista o rompimento das heterogeneidades socioeconômicas existentes no território nacional. Assim, são elencadas competências materiais comuns ou concorrentes, bem como é viabiliza-

da a instituição de regiões administrativas, buscando fomentar o desenvolvimento e redução das desigualdades regionais, dessa maneira, o eixo central do federalismo é a cooperação interfederativa que busca corrigir assimetrias regionais e alcançar o bem-estar social e o equilíbrio econômico em todas as esferas. (Capuano, 2018).

Notadamente, o sistema de cooperação entre governos começa com o reconhecimento de que cada ente federado tem a responsabilidade de colaborar com outros entes, visando orientar, coordenar e controlar o processo político-administrativo. É importante, no entanto, analisar a distribuição desigual de recursos e capacidade para executar e, portanto, justificar um sistema cooperativo, em que busque oferecer condições mínimas para o cumprimento de funções dentro da estrutura. (Krell, 2008). Este sistema é eficaz por meio da divisão vertical de competências e é baseado na implementação planejada de tarefas nacionais pelos governos central, regional e local para alcançar os interesses públicos. Além disso, realiza uma cooperação subsidiária para auxiliar os entes menores quando eles não tenham como realizar as tarefas sozinhos.

A Constituição de 1988 em diversos dispositivos prevê princípios informadores e regras de competências referentes à proteção da saúde pública. O preâmbulo ressalta a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Consequentemente, a ideia de bem-estar evidencia-se como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde. Salienta-se que os direitos à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Desse modo, destaca-se que a saúde é prevista pela Constituição como um direito fundamental social no Capítulo II, forte em seu artigo 6º, reafirmada no artigo 196, em que esta é disposta como um direito de todos e dever do Estado. Assim, deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que tenham como escopo a redução do risco de doenças e de outros agravos, ocorrendo por meio do acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação. Ademais, reafirmando a essencialidade e a relevância da prestação do serviço público de saúde, a Constituição prevê um capítulo específico no Título VIII, da Ordem Social no capítulo II seção II da Saúde, indicando que os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hie-

rarquizada, em forma de sistema único de acordo com o inciso I do artigo 198. Portanto, os serviços públicos de saúde são de responsabilidade de todos os entes federados, de modo direto e indireto, existindo nesse ponto um conflito positivo de competências.

Cabe ressaltar que no Brasil existem três níveis de competências, a saber, a (i) União o nível nacional, (ii) os estados-membros e (iii) os municípios os dois níveis subnacionais. A Constituição em dez artigos passa a tratar das competências federativas, de modo que, a partir dos artigos 21 a 30, os quais podem ser definidos como os “pilares” que mantêm a divisão de competência entre os entes federados. Nesse sentido, as competências da União dividem-se da seguinte forma: materiais concorrentes, nos termos do artigo 21; legislativas privativas, conforme disposto no artigo 22; já o artigo 25 prevê que os estados-membros também possuem competência residual; e os municípios têm as competências expressadas nos artigos 29 e 30. (Machado; Hermany, 2022).

A Constituição define claramente o federalismo cooperativo como forma de divisão de poderes entre os entes, o qual está disposto no 23 e 24. Assim, o artigo 24 estabelece as competências legislativas concorrentes da União, estados-membros e Distrito Federal, enquanto o artigo 23 enfatiza as competências materiais administrativas comuns da União, estados-membros, municípios e Distrito Federal. De tal modo, todos os entes exercem igualmente a competência comum, sem subordinação, assim como a atuação de uma não exclui a atuação da outra e portanto, todos estão obrigados a prestar os serviços em matérias do setor social.

É importante notar que, especificamente, nas áreas de competência relacionadas à saúde pública, há um espaço que deve necessariamente ser integrador, ou seja, um espaço onde as três esferas de governo precisam atuar efetivamente na mesma direção para cuidar da saúde e assistência, de acordo como o artigo 23 da Constituição. Assim, torna-se essencial, pois as regras para esse dispositivo também refletirão na organização do Sistema Único de Saúde.

Portanto, um dos pilares do Estado Federal é o princípio da autonomia dos entes federativos, o qual apresenta como pressuposto a repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Com relação à saúde e assistência pública a Constituição prevê a competência administrativa comum entre União, estados-membros, Distrito Federal

e municípios, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23 – situação que deveria compatibilizar autonomia com cooperação e acertada distribuição de recursos públicos capazes de financiar de forma eficaz as despesas/investimentos no combate ao Covid-19, devendo ainda ser observada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde, prevista no artigo 198 da Constituição.

Quando se refere aos serviços gerais de saúde pública, indica claramente no artigo 30, inciso VII, e artigo 198, inciso I, que esses serviços serão descentralizados e hierarquizados, ou seja, prestados diretamente pelos entes municipais e indiretamente pelos estados-membros e pela União, no âmbito de cooperação técnica e financeira, ou seja, basicamente relaciona-se a descentralização. Almeida (2013) frisa que embora a competência administrativa para cuidar da saúde seja comum aos entes, deve ser executada de acordo com as normas gerais editadas pela União sobre a matéria. Nesse contexto, verifica-se que o desempenho das tarefas comuns pressupõe leis derivadas de competências legislativas concorrentes, conforme previsto no artigo 24, a qual leciona que compete à União editar normas gerais e às demais esferas da legislação suplementar.

O artigo 24, inciso XII, da Constituição, prevê as competências legislativas concorrentes entre a União, os estados-membros e o Distrito Federal, ou seja, entre outras matérias, no que se refere à defesa da saúde. Cabe referir, que essa competência não exclui os municípios, eis que lhes compete assuntos de interesse local, isto é, compete legislar de forma suplementar à legislação federal e a estadual no que lhe couber. Portanto, de acordo o artigo 30, incisos I, II e VII da Constituição, os entes municipais têm competência de prestar serviços de saúde à população na forma de cooperação técnica e financeira entre a União e os estados-membros.

Nesse prisma, além de ter competências privativas e comuns, os entes federativos ainda concorrem, sendo a competência concorrente típica de divisão vertical de competência no caso brasileiro, assim como remete a ideia de cooperação. Desse modo, essa competência manifesta-se na possibilidade de que diferentes entes federativos atuem sobre a uma mesma matéria, neste caso, a predominância da União é legislar normas gerais (artigo 24, parágrafo 1º) e os estados-membros estabelecem a possibilidade em virtude da competência suplementar de legislar sobre assuntos referentes aos seus interesses locais (artigo 24, parágrafo 2º), sendo que

suplementar possui alcance semântico de pormenorização: detalhamento.
² (Bitencourt; Reck, 2012).

Por conseguinte, a Constituição na ausência de lei federal sobre normas gerais, confere aos estados-membros e ao Distrito Federal a possibilidade de exercerem a competência legislativa plena, desde que atendidas suas peculiaridades (artigo 24, parágrafo 3º). Logo, a competência concorrente, prevista no artigo 24, é definida como um condomínio legislativo entre a União, os estados-membros e o Distrito Federal, resultando em uma clara divisão vertical de competências normativas entre os entes. (BITENCOURT; RECK, 2012).

Atualmente, em razão da pandemia do coronavírus (Covid-19), existe uma ameaça séria, iminente e incontestável ao bom funcionamento de todas as políticas públicas que busquem a proteção da vida, saúde e bem-estar da população. De tal modo que a gravidade da emergência causada pelo Covid-19 exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, que a proteção à saúde pública seja concretamente efetivada, assim como que sejam adotadas todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o suporte e manutenção das atividades com eficácia do Sistema Único de Saúde.

Evidencia-se, ainda, que desde a promulgação da Constituição de 1988 as instituições políticas que garantem a unidade do Estado federativo brasileiro, as unidades referentes à autonomia política e à representação dos governos subnacionais foram estabilizadas, visto que o Estado brasileiro apresenta institutos destinados a garantir a autonomia dos entes federativos. Nesse sentido, de acordo com os preceitos constitucionais, os governos estaduais e municipais dispõem de autonomia para eleger os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, possuem autoridade política, que se legitimada por meio dos seus eleitores, bem como apresentam autonomia legislativa para implementar suas próprias políticas públicas. (ARRETCHE, 2006).

É importante ressaltar que, além das previsões constitucionais referentes à distribuição de competências, legislativas e administrativas, para prestação dos serviços de saúde pública, os artigos 15 ao 19 da Lei nº 8.080/90 regulamentam as atribuições para cada ente federativo no Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS é de responsabilidade das três esferas de governo, sendo que para sua implementação e gestão as

obrigações e atividades nas municipalidades precisam ser exercidas de forma integrada às demais esferas de governo, visando a construção de políticas setoriais e intersetoriais que garantam à população o acesso universal e igualitário. Efetivando-se o federalismo cooperativo, com a atuação conjunta dos entes em prol do benefício ao cidadão em todas as esferas governamentais. (BRASIL, 2009).

Desse modo, com relação às competências previstas na Lei nº 8.080/1990 para os entes federativos referentes ao SUS, o artigo 15 consagra as atribuições comuns a todas as esferas no âmbito administrativo, reafirmando a previsão contida na Carta Política. Assim, define as instâncias e os mecanismos de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços de saúde, bem como as atribuições para coordenar e organizar o sistema de informação para administrar os recursos orçamentários e financeiros destinados anualmente à saúde.

Saliente-se, da mesma norma, a definição, nos artigos 16, 17 e 18, das competências próprias de cada ente federativo, em que o artigo 16 prevê as políticas gerais de saúde, frisando que compete a direção nacional do SUS a definição e coordenação dos sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade, além de prever normas de vigilância sanitária. Dessa feita, cabe à União a promoção da descentralização aos estados-membros e aos municípios dos serviços e ações de saúde de abrangência ao nível estadual e local. Todavia, o parágrafo único do referido artigo ressalta uma exceção, em que nos casos de grave calamidade que estejam fora do controle das demais esferas, a competência para executar de forma direta as ações de saúde é da União.

O artigo 17 faz previsão de que compete a direção estadual do SUS a promoção da descentralização aos municípios dos serviços e das ações de saúde, sem ocorrer prejuízo nas ações suplementares, assim como prevê a prestação de apoio técnico e financeiro aos entes locais. Além disso, compete aos estados-membros a gestão dos sistemas públicos de alta complexidade em nível estadual e regional. Já no artigo 18 é indicado que compete às direções municipais do SUS a gestão e execução dos serviços públicos de saúde que estejam voltados para atenção primária, os quais são prestados principalmente nas Unidades Básicas de Saúde, objetivando o atendimento da maioria dos problemas da população, sem ser necessário o encaminhamento para outros serviços de maior complexidade.

Por derradeiro e por simetria constitucional o artigo 19 registra que compete ao Distrito Federal as atribuições tanto estaduais quanto municipais. Em síntese, verifica-se que o artigo 16 utiliza para abordar a competência da União os verbos “definir e coordenar”; o artigo 17 utiliza o para prever a competência dos estados-membros o verbo “coordenar de forma suplementar”; e no artigo 18 com relação às competências dos municípios o verbo utilizado é “executar os serviços”.

Quanto ao financiamento da saúde o constituinte originário, no artigo 198, regulamentou as atribuições, entretanto, não fez previsão dos índices mínimos de repasse, indicando apenas que o SUS é financiado com os recursos da seguridade social, da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios. Nesse sentido, cabe ao poder constituinte derivado reformador estabelecer a fixação de tais índices, prevendo os critérios de base para cada ente federativo, em que devem ser fixados e previstos os percentuais mínimos, os requisitos de fiscalização dos recursos e o formato de rateio por meio de edição de lei complementar periódica. Assim, os referidos índices foram abordados na emenda constitucional nº 29/2000, que acrescenta o parágrafo 2º e incisos ao artigo 198, além de inserir o artigo 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Todavia, apenas em meados de 2012, com a advento da Lei Complementar (LC) 141/2012³, que foi regulamentada a EC nº 29/2000, sendo previsto no artigo 1º da norma em comento o valor mínimo e os critérios para o cálculo do montante a ser aplicado anualmente pela União. Ainda, prevê os percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos estados-membros, Distrito Federal e municípios nas ações e serviços de saúde pública, indicando os critérios de avaliação, fiscalização, controle das despesas com saúde e de rateio.

Assim, a LC 141/2012 reforça o dever dos estados-membros e do Distrito Federal aplicarem o percentual mínimo de 12% da arrecadação dos impostos em ações e serviços de saúde, conforme previsto no artigo 6. Ademais, é dever dos municípios e do Distrito Federal aplicarem o percentual mínimo de 15%, estabelecido no artigo 7º, bem como é atribuição do Distrito Federal realizar a aplicação anual de no mínimo 12% do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e municipal, de acordo com o artigo 8º.

Contudo, lamentavelmente, a situação do percentual da União é di-

versa, visto que apenas com o advento da EC nº 86/2015 o poder central passa a ser obrigado a realizar despesa pública com um percentual específico sobre sua receita corrente líquida, existindo ainda a previsão de um escalonamento de índices mínimos na forma progressiva. Frisa-se que a estruturação do SUS tem gerado divergências federativas entre a União e os municípios, pois os municípios tendem a assumir a maior parte do ônus fiscal nos gastos em saúde – contrariando-se aqui o ideal de federalismo cooperativo disposto anteriormente.

A municipalização das ações e serviços de saúde é implementada como um avanço importante para o SUS, pois tende a concretizar a descentralização política, um dos pilares base do federalismo. Além de proporcionar um novo modelo de gestão social participativa, sendo que tal método visa efetivar uma parceria entre o governo e a comunidade, auxiliando no controle social das ações do Poder Público e abrindo espaço para um novo pacto federativo, voltado para a solidariedade política e social. (Carvalho; Santos, 2002).

No entanto, apesar de tais perspectivas, na prática a implementação das ações e serviços de saúde vêm ocorrendo diferente do idealizado, pois que as despesas municipais em saúde pública são efetivadas além do mínimo constitucional previsto, ou seja, são proporcionalmente maiores que as dos demais entes. Porém, a aplicação superior não é, em regra, uma opção da gestão local, mas decorre em razão de que os municípios são compelidos a executar a aplicação de tais medidas pela realidade local, pelos custos subestimados das transferências voluntárias feitas pela União para a execução descentralizada das ações e serviços públicos de saúde, ou ainda, por conta das demandas judiciais, antes referida, em busca de procedimentos e sobretudo de fornecimento de medicamentos.

Portanto, evidencia-se que os Municípios são, incontestavelmente, os entes que assumem a maior parte da carga fiscal nos gastos em saúde. Consequentemente, a estrutura implantada no SUS vem criando certos abismos e divergências federativas entre a União e entes locais, tendo em vista que os municípios arcam com diversas funções, especialmente naquelas relacionadas com as prestações diretas de serviços aos cidadãos, se contrapondo a irrisória parcela que os municípios recebem através da repartição de receitas (Corazza, 2017).

Nesse sentido, nota-se que esta é a realidade cotidiana do federalis-

mo trino brasileiro, eis que enfrenta, conforme afirmado, um paradoxo: de um lado a existência de um conflito positivo de competências orientado pela descentralização enquanto princípio informativo constitucional. E de outro, a fragilidade no financiamento das políticas públicas regionais e sobretudo locais que desestabiliza o sistema, ainda mais nas hipóteses de demandas judiciais que tem como polo passivo normalmente a esfera local.

De outro modo, diferentemente seria se o sistema de saúde brasileiro fosse efetivamente descentralizado, conforme idealizado e previsto constitucionalmente, isto é, que as normas e os interesses locais fossem predominantes sobre as autoridades superiores, diversamente da forma que vem ocorrendo atualmente – assimétrico e relativo (Castro, 2001). Ou seja, no sistema engendrado na Constituição os entes locais seriam responsáveis pelo atendimento da população, competindo aos estados-membros e à União a cooperação técnica e financeira necessária ao desempenho dessa função, convergindo com o previsto na Lei 8.080/90.

Nesse contexto, é imprescindível que para ter maiores oportunidades de concretização do direito à saúde para todas as pessoas, é importante que as organizações sociais e estatais concedam maiores privilégios aos municípios, reordenando por meio disso o pacto federativo, diante das responsabilidades e das excessivas demandas que os entes locais realizam. Além disso, nota-se que a em decorrência das demandas, relacionadas aos serviços e ações de saúde que recaírem para os entes locais, a autonomia financeira desses entes e os poucos recursos dificultam a efetividade do direito à saúde (Figueiredo, 2007).

Evidente que a pandemia agudiza a situação ora descrita, notadamente em face da insuficiente repartição de recursos públicos para fazer frente às demandas emergenciais de atendimento, especialmente para a testagem e orientação de isolamento aos pacientes. Todavia, mesmo que ainda aquém das necessidades locais, é fundamental registrar alguns avanços importantes liderados pelo movimento municipalista no Brasil, representado pela Confederação Nacional de Municípios (CNM), no tocante ao financiamento das políticas públicas de enfrentamento à pandemia.

Assim, é importante destacar duas medidas financeiras emergenciais articuladas junto ao Governo Federal e ao Congresso Nacional, a saber: a Lei Complementar nº 173/2020, sancionada pelo Presidente da República,

no dia 27 de maio de 2020, denominada como Programa Federativo de Enfrentamento do Coronavírus, que distribuiu aos Municípios Brasileiros o montante de R\$ 23⁴ bilhões de reais, além de suspender a exigibilidade de pagamento de débitos previdenciários dos entes locais com a União, norma que também garante redistribuição de recursos aos Estados. (BRASIL 2020l). Ainda, a edição da Medida Provisória nº 938/2020, transformada na Lei nº 14.041⁵, sancionada pelo Presidente da República, no dia 18 de agosto de 2020, que mantém o valor nominal dos fundos de repasse de recursos constitucionais de Estados (Fundo de Participação dos Estados) e Municípios (Fundo de Participação dos Municípios) idêntico entre os meses de março a junho do exercício de 2020 em relação ao mesmo período de 2019 como forma de minimizar o impacto na retração das receitas públicas durante as medidas de restrição das atividades econômicas, sendo distribuídos um apoio financeiro de 16 bilhões de reais. (Brasil, 2020d).

No que se refere às normas supraleais, é importante considerar o Regulamento Sanitário Internacional 10.212/2020, no qual a Organização Mundial de Saúde define o estado de pandemia e portanto, emergência sanitária internacional e conceitua o isolamento social. A partir disso, é preciso recorrer a duas normas ordinárias federais: 1) a Lei 8.080/90, que define regras para vigilância sanitária e epidemiológica para o enfrentamento de situações como o Covid-19; e 2) a Lei 13.979/20, modificada posteriormente por duas Medidas Provisórias 926/20 e 927/20, que promulga a emergência de saúde pública de importância nacional, seguida pelo Decreto Regulamentar 10.282/20, que conceitua os serviços essenciais, sendo posteriormente alterada pelo Decreto nº 10.292/20. (Müller; Friederich, 2020, p. 69).

Neste contexto, a Lei do SUS é uma espécie de lei “geral”, enquanto que a Lei 13.979 assume uma conduta de lei “especial”, visto que deve ser aplicada durante a epidemia do Covid-19. Neste sentido, de acordo com as normas de introdução do direito brasileiro e a doutrina de teoria geral do direito, esta última aplica-se preferencialmente à Lei do SUS, servindo para eventual aplicação em caso de lacuna da lei especial, sendo outra questão prática que a Lei levanta em casos de epidemia é que, ao determinar como as entidades agem, cria uma dependência de estados-membros e municípios que, de certa forma, restringe a forma como os entes exer-

cem as competências suplementares, estabelecendo uma base de limitações e restrições que não estão previstas no artigo 24 da Constituição. (Müller; Friederich, 2020, p. 69).

Além disso, em meio a pandemia da Covid-19, o Brasil tem enfrentado um verdadeiro “pandemônio” no sentido de engenharia institucional, visto que atualmente os municípios estão editando decretos, os estados-membros vêm editando decretos e o Governo Federal também está editando decretos, semanalmente em muitos casos. De tal maneira, destaca-se que, por incrível que pareça, não há um diálogo efetivo entre o Governo Federal e os estados-membros, visto que os decretos vão, em sua grande maioria, em direções opostas, e os prefeitos que são os mais hipossuficientes neste caso, diante de decretos federais em um sentido e de decretos estaduais em sentido diverso do federal, estão tendo que observar tais decretos e, ao final, precisam decidir de forma concreta qual medida é a mais acertada, isto é, são os gestores locais que decidem as questões do comércio e de políticas públicas mais essenciais, principalmente nas políticas de saúde. Portanto, nota-se que a responsabilidade recai no ente local. (Hermany; Machado; Silva, 2021).

Por conseguinte, com referência ao Direito à saúde, diante do cenário pandêmico brasileiro ocorre uma maior necessidade de seja efetivada a cooperação federativa, tendo em vista que a cooperação não vem sendo concretizada na prática, mesmo que o Governo Federal, na figura do Presidente da República, - tenha sancionado a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 - considerada a lei da pandemia - e no artigo 3º atribuía aos municípios e estados-membros, sem a necessidade de autorização - em muitos casos de delegação do Ministério da Saúde para adoção de ações para o enfrentamento da pandemia, tais como ações de isolamento social, aplicação de vacinas e definição de políticas restritivas, acabam gerando conflito entre os entes.

Logo, desde os primeiros meses de enfrentamento do Covid-19 o foco de divergência entre as diferentes esferas da federação – e muito especialmente no que toca ao relacionamento entre governo central com os governos subnacionais (sejam Estados e Municípios) – tem sido a ausência de um plano coordenado e convergente das medidas de distanciamento social, referentes ao plano de vacinação e as competências comuns e concorrentes dos entes. Tal situação tem provocado uma lamentável

corrida ao Poder Judiciário, o que desloca a centralidade de um gabinete integrado e de emergência entre os entes federados para uma inacreditável disputa perante o Supremo Tribunal Federal como órgão/elemento para efetivação do Estado Democrático de Direito. Sendo possível identificar, por intermédio da análise das decisões - como far-se-á a seguir no próximo tópico - que têm como escopo a discussão de medidas e de competências para estabelecer os meios adequados para o enfrentamento do Covid-19.

3. AS MEDIDAS DE DISTANCIAMENTO SOCIAL E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO SOBRE AS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL

É importante frisar que diante da situação atualmente vivenciada, em razão da pandemia do coronavírus, a atuação dos estados-membros e municípios é ainda mais essencial, visto que são os entes locais e regionais que possuem condições de diagnosticar mais precisamente o avanço da Covid-19, além de indicar de modo pontual a capacidade de operação do Sistema Único de Saúde em cada localidade. Contudo, é essencial que este agir local e regional esteja articulado com as diretrizes gerais estabelecidas pelas regras constitucionais e pela normatização federal atinente à matéria: indiscutível a necessidade de coordenação, colaboração e cooperação federativa.

Contudo, a concretização de um federalismo cooperativo para o enfrentamento da pandemia é colocada em xeque, tendo em vista quantidade inflacionária de atos normativos e legislações - no âmbito federal, estadual e municipal - dispondo sobre medidas para o enfrentamento da crise sanitária do coronavírus. Assim, foram editadas legislações e atos normativos de emergência ao nível nacional, desde o início da pandemia, verificando-se que as medidas consubstanciadas em atos normativos e leis resultam em 676, até o dia 27 de maio de 2022, conforme informações disponíveis no *website* do Planalto <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm>, sendo divididos em: 01 decreto legislativo; 72 decretos; 06 deliberações; 04 Emendas Constitucionais; 17 instruções normativas; 05 Leis Complementares; 91 leis; 108 medidas provisórias; 02 mensagens de veto; 285 portarias; e 85 resoluções (Brasil, 2022b).

Além disso, os estados-membros e os municípios, no âmbito de seus

territórios e no exercício de suas atribuições, com fundamento na competência concorrente e suplementar para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia do coronavírus (Covid – 19), vêm publicando legislações, sendo: 47.756 leis municipais; e 2.244 leis estaduais. Dessa maneira, totalizam 50.000⁶ normas jurídicas. (Brasil, 2022e).

É mister destacar as medidas adotadas para regulamentar a emergência ao nível nacional, sendo as seguintes: a Lei nº 13.979⁷, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia do coronavírus; a Portaria GM/MS nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, que declara a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em razão da Infecção Humana pelo Covid-19 e estabelece o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública e suas competências; e a Portaria GM/MS nº 356, de 12 de março de 2020, que dispõe sobre a regulamentação e operacionalização da Lei nº 13.979/2020, prevendo medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19.

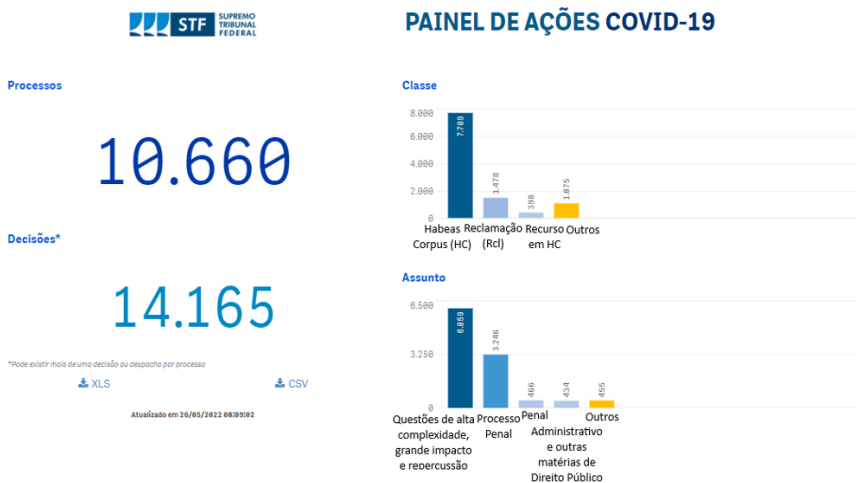
Com relação à repartição de competências administrativas e legislativas, além da Lei nº 13.979⁸, é importante mencionar: o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, o qual reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. No entanto, a partir da análise das legislações decorrentes do estado pandêmico, evidencia-se que mesmo havendo regras nacionais adequadas e em consonância com as orientações científicas, existem inúmeras divergências – em uma verdadeira inflação de decretos estaduais e municipais – que põem em xeque a cooperação entre os diferentes entes da federação, além de ações e sobretudo posições que demonstram dissonância entre o governo nacional e os subnacionais, o que resulta, consequentemente, em debates e judicializações, referentes ao Covid-19, que desmobilizam o enfrentamento à pandemia e explicitam uma deficiente engenharia institucional no Brasil.

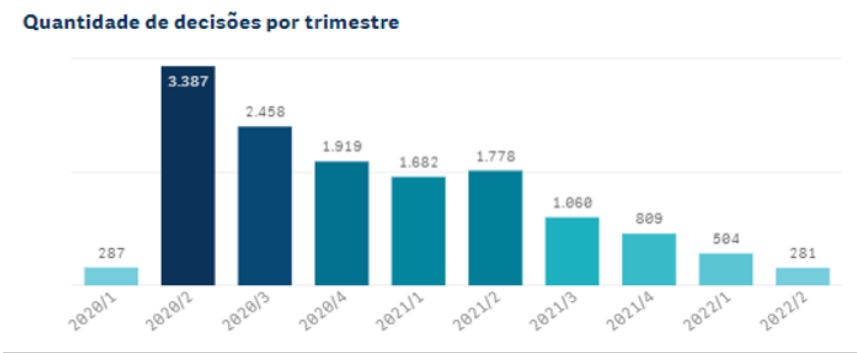
Frisa-se que questões relacionadas à interpretação e aplicação das normas pelos entes federativos passam a ser demandadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir das diversas normativas sancionadas em res-

posta à crise de saúde pública de importância internacional causada pelo coronavírus. Assim, no contexto da pandemia, a judicialização da saúde começa a ganhar novas roupagens, antes abordando questões relacionadas à distribuição de medicamentos e insumos, agora versa sobre o conflito positivo de competências. Todavia, a judicialização da crise do coronavírus é preocupante, dado que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, tem em tramitação cerca de 10.660 processos e possui 14.165 decisões proferidas, a maioria das quais são denegatórias para seguimento ou de improcedência as ações protocoladas.

O Supremo Tribunal Federal visando divulgar, informar e tornar transparentes os dados para sociedade e viabilizar o acompanhamento das ações, perante a Corte, que estejam relacionadas à pandemia do coronavírus, disponibiliza o “Painel de Ações Covid-19”, tendo em vista a divulgação de informações para a sociedade de dados atualizados sobre os processos em tramitação, o andamento das ações associadas à pandemia e as decisões tomadas sobre a temática, em tempo real e atualizado a cada cinco minutos, sendo possível consultar as decisões proferidas pelo STF. A navegação é dinâmica e interativa, permitindo a visualização dos processos por classe ou por assunto, conforme se verifica a excessiva judicialização a partir do Covid-19:

Figuras 1: Painel de Ações Covid-19





Fonte: Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2022d).

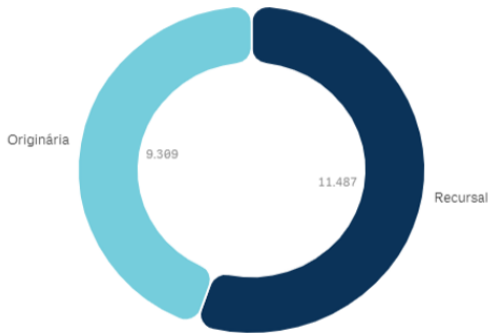
Destaca-se que os dados foram extraídos na data de 26 de maio de 2022, as referidas ações e decisões por trimestre estão relacionadas, tão somente, às medidas de combate a pandemia do coronavírus, evidenciando-se a quantidade e a complexidade da judicialização no Brasil no período da pandemia e sua relação com alguns elementos dos desafios do federalismo, assim como se nota que o segundo trimestre de 2020 registrou uma inflação nas decisões referentes ao Covid-19. Além disso, observa-se a quantidade de processos distribuídos aos Ministros e registrados à Presidência no Painel Geral do Acervo do Supremo Tribunal Federal, intitulado “Corte Aberta”, conforme se observa abaixo:

Figura 2: Painel Geral do Acervo do Supremo Tribunal Federal





Acervo de processos originários e recursais



Fonte: Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2022a).

Portanto, nota-se que nas figuras 2. Com dados e tabelas coletados na data de 26 de maio de 2022, estão dispostos os dados referentes a quantidade de processos distribuídos aos Ministros - total de 645.631 - e registrados à Presidência - total de 333.606 -, nos períodos de 2010 a 2022; a quantidade de decisões por ano - de 2020 a 2022, totalizando 233.336, sendo que dentre elas encontram-se as decisões proferidas referentes ao enfrentamento da pandemia; e os processos originários e recursais que estão tramitando no Painel Geral do Acervo do STF. Assim, em uma análise comparativa das ações ajuizadas pós pandemia (figuras 1) e ações ajuizadas pré-pandemia (figuras 2), verifica-se que está no patamar da razoabilidade, comparado ao histórico de ações que tramitam no Supremo Tribunal de Federal desde 2010.

Além disso, conforme as ações analisadas identifica-se que 232 são

referentes a controle concentrado e estão tramitando relacionadas diretamente com as ações adotadas pelos entes federativos para o enfrentamento do Covid-19. Ademais, outro dado importante refere-se ao quantitativo de decisões por classe processual em cada período, conforme se verifica abaixo:

Figura 3: Classes processuais nos períodos anteriores e posteriores ao início da pandemia

Classe Processual	19/6/2019 a 19/3/2020	20/3/2020 a 31/12/2020
ARE	4.940	5.566
HC	1.111	3.443
RE	1.628	2.069
Rcl	905	1.747
RHC	284	620
STP	9	563
ADI	274	490
MS	187	289
ACO	34	165
RMS	109	154
Pet	50	139
ADPF	27	93
MI	54	88
AR	52	70
AI	41	46

Fonte: Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2022c, p. 41).

Nesse contexto, evidencia-se que houve um aumento em todas as classes processuais entre os períodos pré-pandemia e pós início da pandemia. Assim, ocorreu uma expansão expressiva nas decisões proferidas em sede de reclamações constitucionais, ações cíveis originárias e suspensões de tutela provisória. Desse modo, no período pré-pandemia, o Supremo havia proferido 905 decisões em reclamações, 9 em suspensões e 34 em ações cíveis. No período seguinte, o quantitativo de decisões aumentou para 1.747 em reclamações, 563 em suspensões e 165 em ações cíveis.

(Brasil, 2022c).

Cumpra mencionar que a crise causada pela pandemia coronavírus ocasionou o ajuizamento, perante ao STF, de diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Evidenciando que as ações discutem medidas que afetam direitos dos trabalhadores, competências federativas, extensão do prazo de pagamento da dívida dos Estados com a União, requisições administrativas, calendário eleitoral, entre outras. De tal forma, é possível verificar tais pressupostos a partir do quantitativo de julgados por ramo do Direito nos períodos anteriores e posteriores ao início da pandemia. Logo, a figura a seguir classifica por ramo do Direito:

Figura 4: Ramos do Direito nos períodos anteriores e posteriores ao início da pandemia:

Ramo do direito	19/6/2019 a 19/3/2020	20/3/2020 a 31/12/2020
Direito administrativo e outras matérias de direito público	3.539	4.248
Direito processual penal	1.776	3.544
Direito penal	1.118	2.030
Direito tributário	1.082	1.986
Direito processual civil e do trabalho	838	1.237
Direito do trabalho	509	874
Direito civil	521	586
Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão	0	518
Direito previdenciário	176	338
Direito do consumidor	108	123

Fonte: Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2022c, p. 42).

Além disso, observa-se que a judicialização, no referido período, está acima do patamar razoável, comparado ao histórico de ações que tramitam no Supremo Tribunal de Federal, ou seja, com relação às classes processuais, é possível observar um aumento significativo de decisões proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade, comparando com o período pré-pandemia, visto que a Corte havia proferido 274 decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e 27 em arguições

de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). No período posterior ao início da pandemia, o STF proferiu 490 decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e 93 em arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). (Supremo Tribunal Federal, 2022c).

Ainda, foi proferido um conjunto de decisões que envolviam questões de alta complexidade, principalmente relacionadas ao Direito Administrativo, sendo que nesses casos, essencialmente, foram pautas relacionadas ao exercício de competência constitucional. Nesse sentido, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, proposta contra diversos dispositivos da Medida Provisória (MP) 926/2020, a qual atribuiu à Presidência da República a centralização das prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção e de serviços públicos e atividades essenciais.

O requerente alegou que a Medida Provisória tende a esvaziar a competência e a responsabilidade constitucional dos estados-membros e municípios para a execução de medidas sanitárias, epidemiológicas e administrativas relacionadas ao combate à pandemia do coronavírus. O relator da ação, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, em sede de Medida Cautelar, de 24 de março de 2020, reconheceu que os estados-membros, Distrito Federal e municípios também podem tomar providências na pandemia do coronavírus.

Na citada ação, o Ministro destaca que a competência para tratar de normas de cooperação em saúde pública é concorrente entre todos os entes, sendo que as regras de repartição de competências administrativas e legislativas deve respeitar a interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020.

Com relação à Medida Provisória 926/2020, do governo federal, o relator decide que:

[...] Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.

[...]. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. [...] (Brasil, 2020b, p. 05).

A decisão supracitada indica que as providências não afastam atos a serem praticados pelos estados-membros, Distrito Federal e municípios, em razão da competência concorrente nos termos do artigo 23, inciso II da Constituição. Todavia, ocorre um pequeno erro material na identificação das competências que trata o referido artigo, pois o artigo 23 trata das competências materiais administrativas comuns de todos os entes federativos. Notadamente, as competências concorrentes da União, estados-membros e Distrito Federal estão expressas no artigo 24, contudo não exclui os municípios, em face da competência suplementar disposta no artigo 30, incisos I, II e VII.

Nota-se que em sessão plenária o STF, no dia 15 de abril de 2020, referendou a referida medida cautelar na ADI nº 6.341, reafirmando o poder dos estados-membros, Distrito Federal e municípios para preverem medidas restritivas durante a pandemia, assim como podem estabelecer as atividades que devem ser suspensas e os serviços interrompidos, a partir dos pressupostos científicos estabelecidos na legislação federal infra e constitucional. De tal forma, o Supremo, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, acrescida de interpretação conforme a Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais (BRASIL, 2020f).

A decisão que as competências comuns e concorrentes são inafastáveis, eis que os estados-membros, Distrito Federal e municípios devem atuar igualmente nas ações voltadas à saúde pública, tampouco é mitigado o poder/dever da União para a coordenação do enfrentamento da pande-

mia do Covid-19. Com isso, transcrevem-se alguns extratos para demonstrar o entendimento sobre o compartilhamento de funções. Vislumbra-se partes do voto do Ministro Alexandre de Moraes⁹:

A complexidade e a gravidade da crise não permitem o desrespeito à Constituição. Mais do que isso, na crise, é que as normas constitucionais devem ser respeitadas. Na crise, a Constituição deve servir de guia aos líderes políticos para que haja cooperação, integração, exatamente para chegarmos a bom tom no final dessa difícil caminhada para todos: União, Estados, Municípios e todos os brasileiros. [...]. Na previsão do art. 23, saúde pública é matéria de competência comum de todos os entes federativos; e não está só no art. 23. No art. 194, a Constituição também assim estabelece. (Brasil, 2020f, p. 22-23)

Outrossim, Alexandre de Moraes prossegue explanando que:

[...] no momento de acentuada crise, o que nós precisávamos - e precisamos - é fortalecimento da união entre os entes federativos, ampliação da cooperação entre os entes federativos, dos três Poderes. São instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados por todas as lideranças políticas municipais, estaduais e federais em defesa do interesse público. O que menos precisamos é embates judiciais entre entes federativos para que um queira anular o que o outro fez, ou para que o outro queira sobrepujar o posicionamento dos demais. Temos que afastar esse personalismo ou esses personalismos de diversos entes federativos prejudiciais à condução das políticas públicas de saúde essenciais, neste momento, ao combate da pandemia do Covid-19. [...] O que não podemos, com o devido respeito às opiniões em contrário, é, a partir da crise, e a partir de casos isolados de exagero [...] acabar com as autonomias estaduais, distrital e municipais, determinando uma centralização na União. (Brasil, 2020f, p. 24-28).

Do mesmo modo, verificam-se os trechos do voto do Ministro Luiz Fux, que aduz:

A Constituição Federal prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF), bem como cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II, CF). Estabeleceu, assim, um condomínio legislativo em matéria de saúde, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União

e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. [...] Em termos gerais, a Federação se caracteriza por aglutinar, dentro de um mesmo território, diversos centros dotados de capacidade política. O federalismo configura um arranjo institucional que envolve a partilha vertical do poder entre várias entidades políticas autônomas, que coexistem no interior de um único Estado soberano. Trata-se de um modelo de organização política que busca conciliar a unidade com a diversidade.

Por conseguinte, resta claro que a decisão acima não determina a abertura do comércio, flexibilização de regras ou qualquer outra ação que possa prejudicar a saúde pública, especialmente na pandemia. Ao contrário, estipula que todos devem assumir a responsabilidade compartilhada, avaliar a situação em suas respectivas regiões, respeitar o federalismo cooperativo, descentralizando, assim, o combate à pandemia e a autonomia local, ou seja, os entes federados devem prezar a cooperação e adotar medidas coordenadas com articulação prévia entre os órgãos do governo, sem que usurpem a autonomia um do outro.

As decisões proferidas na ação supracitada vão ao encontro da decisão do Ministro Alexandre de Moraes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672, de 08 de abril de 2020, a qual foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) contra os atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados durante a crise de saúde pública decorrente da pandemia do coronavírus. A decisão proferida garante aos governos estaduais, distrital e municipal, no âmbito de seus territórios e no exercício de suas atribuições, a competência concorrente e suplementar para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia do coronavírus, no sentido de: imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras (BRASIL, 2020e).

É importante frisar os seguintes termos da decisão:

Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de 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 institu-

cional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia [...] A gravidade da emergência causada pela epidemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. [...] RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, 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; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário (Brasil, 2020c, p. 5-10).

Além disso, a decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin, do dia 01 de maio de 2020, em sede de liminar na Reclamação (Rcl) nº 40.342 converge com as decisões proferidas nas ações supramencionadas, a qual visa que o Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR) reveja, segundo os parâmetros da jurisprudência do Supremo, decisão que impôs ao município de Londrina (PR) o fechamento do comércio local e a paralisação de outras atividades. Destaca-se que o Município de Londrina editou nova norma para flexibilizar decretos locais anteriores e permitir a abertura de estabelecimentos industriais, da construção civil e comerciais. (Brasil, 2020h).

Desse modo, na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual, o TJ-PR determinou a edição de novo decreto para que fossem retomadas as medidas de fechamento do comércio local. Sendo que o tribunal estadual ressaltou que o município extrapolou sua competência ao permitir o funcionamento de estabelecimentos industriais e da cons-

trução civil, as quais são atividades que não estão previstas no Decreto 10.282/2020, que disciplina as atividades essenciais no âmbito federal. Ainda, na reclamação ajuizada no Supremo Tribunal Federal, o ente local aponta a violação da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, em que o Plenário confirmou a competência concorrente dos entes federativos para adotar medidas para o enfrentamento da emergência na saúde pública.

Notadamente, o ministro decidiu pela manutenção do fechamento do comércio de Londrina-PR. Assim, inicialmente, o ministro ressalta que a liminar do Tribunal de Justiça do Paraná está fundamentada no esgotamento da competência municipal em razão do exercício da atribuição federal e que ofende a decisão do STF na medida cautelar deferida na ADI nº 6.341. Contudo, o ministro destaca que, na ADI nº 6.341, o Plenário ressaltou expressamente a necessidade de preservação das competências dos entes federados, conforme previsto na Constituição Federal (Brasil, 2020h).

Portanto, de acordo com a decisão proferida na ADI nº 6.341, tanto o exercício da competência dos entes federados quanto o seu afastamento pelo Judiciário deve ser fundamentado, nos casos concretos, em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), sendo que tais elementos não constam na decisão do TJ-PR. Desta forma, em razão do princípio da precaução e do perigo da irreversibilidade do comprometimento do direito à saúde, o ministro decide que deve ser mantida a decisão que suspende os decretos municipais, mantendo o comércio fechado. Ou seja, deve ser mantido o decreto municipal até que o TJ-PR decida sobre a restrição com base nos parâmetros fixados pelo STF nas decisões anteriores que abordam a competência concorrente dos entes federados (Brasil, 2020i).

A decisão proferida na medida cautelar de suspensão de segurança nº 5.371 Amapá, vai ao encontro a essas supramencionadas. Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli, em 29 de abril de 2020, acolheu o pedido do Município de Macapá-AP para assegurar a legalidade do decreto municipal que prevê medidas de restrição à aglomeração de pessoas, buscando a redução dos riscos de transmissão do Covid-19. A norma municipal também suspende as atividades e eventos nos estabelecimentos comerciais (Brasil, 2020g).

Dessa maneira, o ministro destaca que a gravidade da situação exige que exista a cooperação entre os entes e que sejam adotadas medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, respeitando a competência constitucional de cada ente federativo. Ainda, ressalta que, no julgamento do referendo da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, o Plenário da Corte indica que o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, mas reconhece e preserva a atribuição de cada esfera de governo (Brasil, 2020f).

Ainda, assume relevo mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.343, a qual tem como relator o Ministro Marco Aurélio, sendo proposta visando a suspensão de pontos das Medidas Provisórias (MPs) nº 926/2020 e nº 927/2020 que tratam do transporte intermunicipal durante a pandemia do coronavírus, pois tais medidas introduziram alterações na Lei 13.979/2020, que prevê medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública.

O requerente afirma que as exigências introduzidas pelas medidas comprometem a essência do pacto federativo e violam as competências material e legislativa dos estados-membros e do Distrito Federal para cuidar da saúde e do transporte intermunicipal. No entanto, o ministro, no dia 25 de março de 2020, indeferiu o pedido de liminar, frisando que neste momento é recomendável a implementação de políticas governamentais de alcance nacional (Brasil, 2020c).

Em sessão plenária o STF, no dia 06 de maio de 2020, deferiu parcialmente medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.343, indicando que estados e municípios, no âmbito das suas atribuições e em seu território, podem adotar, respectivamente, medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local durante a pandemia, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde para a decretação de quarentena, isolamento, entre outras medidas. Além disso, os Ministros destacaram que a União também tem competência para a decretação das mesmas medidas quando houver interesse nacional (Brasil, 2020i).

Ainda, decidiram que devem ser observadas as competências concorrentes e suplementares de estados e municípios para a adoção das medidas. Desse modo, é necessário que as providências estatais, em todas as esferas, ocorram por meio de ações coordenadas e planejadas pelos

entes e órgãos competentes. Sendo que as medidas devem ser fundadas, necessariamente, em informações e dados científicos, e não em opiniões pessoais de quem não detém competência ou formação técnica para tanto. Ou seja, a competência dos estados-membros e municípios, bem como a da União, não confere carta-branca para limitar a circulação de pessoas e mercadorias com base, unicamente, na conveniência e na oportunidade do ato. E devem ser embasadas em recomendação técnica fundamentada de órgãos da vigilância sanitária e devem preservar o transporte de produtos e serviços essenciais, assim definidos nos decretos da autoridade federativa competente (Brasil, 2020h).

De outro modo, cabe mencionar a ocorrência de um conflito positivo de competência voltado para a obrigatoriedade da vacina para imunização contra o Sars-Cov-2, tratando-se de discussões originadas através de 6 ações ajuizadas no STF, sendo elas: ADI nº 6.586; ADI nº 6587; ADPF nº 754¹⁰; ADPF nº 756; ADPF nº 770 e ACO nº 3451. As ações buscam a determinação da vacinação obrigatória; que o Governo Federal adquira a vacina produzida por uma empresa chinesa em parceria com o Instituto Butantan¹¹; que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, o qual autoriza que as autoridades podem adotar ou não, no âmbito das suas competências, a realização obrigatória de imunização; a autorização para compra direta de vacinas pelos estados-membros e municípios.

Dessa maneira, observa-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada no dia 21 de outubro de 2020, tem pedido de medida cautelar no sentido de determinar que seja dada interpretação ao artigo 3º, inciso III, alínea “d”, Lei 13.979/2020 conforme os artigos 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal. Ou seja, a ação busca que seja assegurada a competência dos estados-membros e municípios para decidirem ou não sobre a vacinação compulsória contra a Covid-19 (BRASIL, 2020j).

Além disso, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada no dia 23 de outubro de 2020, tem a finalidade de que sejam adotadas as providências relacionadas à decisão do Presidente da República que determinou a interrupção das tratativas realizadas entre a União, por intermédio do Ministério da Saúde e o Instituto Butantan de São Paulo, para aquisição de

doses de vacina contra a Covid-19, a serem utilizadas para a imunização da população brasileira, sendo tal vacina desenvolvida em parceria com o laboratório Sinovac, se encontrando em fase final de testes clínicos. A ação busca que o Presidente da República seja obrigado a proceder com a compra das vacinas. (BRASIL, 2020m).

Evidencia-se que em setembro de 2021 partidos políticos apresentaram um pedido de tutela de urgência relacionada à vacinação dos adolescentes, questionando a nota técnica emitida pelo Ministério da Saúde, a qual restringiu a vacinação dos jovens com comorbidades, em que os partidos apontaram que tal medida estaria afrontando o posicionamento da Anvisa, do Conselho Nacional de Saúde (Conass) e da Câmara Técnica do Programa Nacional de Imunizações do Ministério da Saúde. (BRASIL, 2021c).

Assim, em 21 de setembro de 2021, o Relator Ministro Lewandowski, deferiu a oitava tutela provisória incidental, sinalizando que a decisão para promover a imunização de adolescentes acima de 12 anos é competência dos estados-membros, municípios e do Distrito Federal. Ainda, o Relator indicou que a decisão sobre a inclusão ou exclusão de adolescentes entre as pessoas a serem vacinadas deve considerar, em razão do artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 13.979/2020, as evidências científicas e as análises estratégicas em saúde, isto é, observando as cautelas e as recomendações dos fabricantes das vacinas, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e das autoridades médicas. (Brasil, 2021c).

Já no dia 11 de outubro de 2021, por unanimidade, o plenário do STF referendou a decisão cautelar do Ministro Lewandowski, reafirmando a competência dos estados-membros, municípios e Distrito Federal para imunizar adolescentes contra a Covid-19. De tal forma, o ministro Lewandowski reiterou que o Plenário do STF já definiu que os entes federados têm competência concorrente para adotar as providências necessárias ao combate da pandemia na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, indicando, ainda, que a mudança de regra do Ministério da Saúde, que passou a não mais recomendar a vacinação de adolescentes de 12 a 17 anos sem comorbidades, não tem amparo em evidências acadêmicas ou análises estratégicas. (Brasil, 2021d).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada no dia 22 de outubro de 2020,

com pedido de medida cautelar para confirmar a inconstitucionalidade do artigo 3º, inciso III, alínea “d”, da Lei 13.979/2020, por entender que violaria os artigos 5º, *caput*, 6º e 196 e seguintes, todos da Constituição Federal. De outra forma, subsidiariamente, requer a aplicação da interpretação conforme a Constituição, para que seja evitada a vacinação compulsória, tendo em vista que subsiste a insegurança quanto à eficácia e eventuais efeitos colaterais das vacinas (Brasil, 2020).

Já a Ação Cível Originária nº 3451, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada no dia 09 de dezembro de 2020, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada pelo Estado do Maranhão contra a União, alegando que o Governo Federal tem deixado de adotar medidas necessárias à promoção do direito fundamental à saúde, em especial para a elaboração e execução de um plano de imunização da população brasileira, ou seja, buscando a autorização para a compra direta, a ser realizada pelo estado-membro, sem ter de esperar pelo repasse dos lotes adquiridos pelo Governo Federal. Nesse sentido, verifica-se que em decisão de 17 de dezembro de 2020, o Ministro decidiu em sede de medida cautelar:

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para assentar que o Estado do Maranhão (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderá dispensar à respectiva população as vacinas das quais disponha, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderá importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020 (Brasil, 2020n)

No dia 24 de fevereiro de 2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a medida cautelar da referida ação. (Brasil, 2021a). Outra decisão que converge e expande os efeitos da ACO supracitada é a decisão

proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada no dia 09 de dezembro de 2020, em face de ações e omissões do Poder Público Federal, especialmente do Presidente da República e do Ministério da Saúde, em razão da mora em fornecer à população um plano definitivo nacional de imunização e o registro e acesso à vacina contra a Covid-19, em afronta ao artigo 1º, inciso III, artigo 5º, *caput*, artigo 6º, e artigo 196 da Constituição Federal.

Desta forma, o Ministro concedeu a medida cautelar, no dia 17 de dezembro de 2020, e, logo após, o Plenário referendou tal medida no dia 24 de fevereiro de 2021, autorizando os estados-membros e municípios a importarem e distribuírem vacinas, tendo em vista a magnitude da pandemia e necessidade de atuação conjunta e cooperada da União e dos entes federativos subnacionais, desde que respeitadas as evidências científicas, ou seja, é necessário que as vacinas sejam registradas por pelo menos, uma autoridade sanitária estrangeira e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) não observe o prazo de 72 horas para a expedição da autorização. (Brasil, 2021b).

O Ministro relator ressaltou que é necessária uma atuação proativa dos agentes públicos em todos os níveis de governo, sobretudo mediante a implementação de programas universais para a vacinação. Ressaltando, ainda, que ao Sistema Único de Saúde compete, dentre outras atribuições, executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, as quais são compatíveis com o “federalismo cooperativo” ou “federalismo de integração” adotado na Constituição de 1988. Ademais, destaca que a Lei 6.259/1975 faz previsão de que compete ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações (PNI), definindo, assim, um calendário nacional de vacinação, incluindo as de caráter obrigatório. Contudo, essa atribuição não exclui a competência dos demais entes federativos para adaptarem o programa às especificidades locais, bem como suprir eventuais lacunas ou omissões do Governo Federal, relacionadas à pandemia. (Brasil, 2021b).

Constata-se, diante da situação pandêmica ocasionada pelo Covid-19, que no Brasil há um elevado número de ações perante o Supremo Tribunal Federal, muitas delas relacionadas às competências dos

entes federativos, que evidenciam uma profunda fragilidade no sistema de articulação entre as diferentes esferas de gestão. Logo, tal situação demonstra claramente estar-se muito aquém dos ideais constitucionais de autonomia aliada à coordenação, subsidiariedade e integração. E, de forma surpreendente, o principal elemento de divergência, ao contrário do histórico federativo envolvendo o financiamento da saúde pública, passa a ser a divergência na implementação das regras de distanciamento social, recomendadas pela Organização Mundial de Saúde, no que tange a sua concretização no âmbito do conflito positivo de competências verificado no Brasil, que, ao invés de significar um avanço cooperativo, desvela uma profunda crise política que se manifesta numa ineficiente engenharia institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propõe a analisar a fragilidade do federalismo brasileiro e do sistema de saúde pública em tempos de pandemia do coronavírus (Covid – 19). O problema da pesquisa questiona diante dos desafios estruturais e financeiros e da judicialização em decorrência da pandemia coronavírus, como o atual modelo de sistema federativo brasileiro pode viabilizar a concretização do direito à saúde, com base na postura adotada pelo Supremo Tribunal de Federal nas ações que enfrentam a temática das competências dos entes subnacionais.

Desse modo, no primeiro tópico se verifica o federalismo brasileiro, a autonomia dos entes federativos, ênfase local, e o princípio da subsidiariedade em sua lógica vertical, em tempos de Covid-19. Nesse tópico evidencia-se que o Brasil adota o modelo de federalismo de viés cooperativo que se concretiza por meio da repartição de competências verticais e se fundamenta no fato de que os governos central, regional e local buscarem o desempenho da tarefa estatal que beneficie o cidadão. Assim, diferente de muitas federações, a brasileira é formada por um sistema que apresenta três níveis de governo (triplo federalismo), visto que inclui os municípios como partes integrantes da federação, sendo que os três níveis de governo têm seus próprios Poderes Legislativos e Executivos, e os níveis federal e estaduais seus próprios Poderes Judiciários.

No segundo tópico são abordadas as competências dos entes federados, especialmente na saúde pública e os desafios diante do Covid-19,

ressaltando-se que os constituintes de 1988 estabeleceram a descentralização como meio de gerenciar a divisão de competências administrativas, prevendo-se o direito à saúde como direito subjetivo constitucional. Portanto, em nota conclusiva percebe-se que o grande desafio da federação brasileira é a realização fática desta atribuição compartilhada e que exige uma articulação no exercício das competências comuns, assim como uma proporcionalidade em relação ao financiamento das políticas públicas sempre o cotejando com a lógica descentralizada própria de uma federação.

É o que se demonstrou na terceira parte do artigo, isto é, as fragilidades concretas do sistema único de saúde brasileiro aplicado ao enfrentamento da Covid-19 que, por surpresa, não tem nas temáticas financeiras o principal elemento de conflito, mas sim na dissonância de ações de distanciamento social e observância, inclusive de normas editadas pela própria União, bem como um conflito em relação às competências para a vacinação. Este déficit de relacionamento institucional é demonstrado na judicialização da saúde em tempos de pandemia do coronavírus.

Evidencia-se, contudo, que diversas questões relacionadas ao enfrentamento da pandemia do coronavírus, que demonstram um embate de decretos entre governo nacional e governos subnacionais, chegaram em sede de jurisdição constitucional, os quais ocasionaram insegurança jurídica e consequentemente contribuindo para judicialização da crise. Assim, notou-se que questões relacionadas à interpretação e aplicação das normas pelos entes federativos passaram a ser demandadas pelo Supremo Tribunal Federal. Desta forma, visando responder o problema de pesquisa, destaca-se que os imensos desafios enfrentados pelos entes federados estão relacionados com dissonância entre a gravidade e a emergência causada pela pandemia do coronavírus e a atuação de enfrentamento das autoridades brasileiras, em especial por parte do governo central, impedindo a efetivação concreta das políticas de proteção à saúde pública, com a adoção coordenada de todas as medidas possíveis e tecnicamente abalizadas para a eficácia das atividades do Sistema Único de Saúde no combate ao Covid-19.

No contexto da pandemia, a judicialização da saúde começou a ganhar novas roupagens, visto que antes abordava questões relacionadas à distribuição de medicamentos e insumos, e agora versando sobre o confli-

to positivo de competências. Destaca-se que as referidas ações e decisões por trimestre, abordadas nas figuras 1, eram relacionadas às medidas de combate a pandemia do coronavírus, sendo que no segundo trimestre de 2020 registrou uma inflação nas decisões referentes ao Covid-19. Já nas figuras 2, foram dispostos os dados referentes a quantidade de processos distribuídos aos Ministros e registrados à Presidência. Assim, em uma análise comparativa das ações ajuizadas pós pandemia (figuras 1) e ações ajuizadas pré-pandemia (figuras 2), verifica-se que está no patamar da razoabilidade, comparado ao histórico de ações que tramitam no Supremo Tribunal de Federal desde 2010.

Contudo, quando se analisou minuciosamente o acervo, por classes processuais e temáticas, foi possível identificar que houve um aumento significativo, acima do patamar razoável, entre os períodos pré-pandemia e pós início da pandemia comparado ao histórico de ações que tramitam no Supremo Tribunal de Federal, confirmando a hipótese de que a crise ocasionada pelo Covid-19 gerou uma maior judicialização.

Além disso, as decisões apenas são exemplificativas e demonstram que as discussões relacionadas ao âmbito do exercício das competências, concorrentes e comuns, de definição de competências, normas gerais e suplementares e aos níveis de tomadas de decisões cooperadas são problemas antigos no sistema federativo brasileiro, isto é, tais problemas apenas se acentuaram durante a pandemia. Notadamente, o federalismo cooperativo - subsidiário - é colocado em xeque, demonstrando a necessidade e importância de que todas as autoridades públicas, de todos os Poderes, atuem nos limites constitucionais, pois as assimetrias na gestão da saúde em tempos de Covid-19 atingem diversos níveis de governo em simultâneo, potencializando o desafio enfrentado na busca por um equilíbrio dialético com uma atuação cooperada, subsidiária e coordenada, buscando a redução da judicialização e uma maior união para o enfrentamento da pandemia.

Por fim, é necessário se repensar o papel dos entes locais na era pós-pandemia do coronavírus, visto que diante do colapso sanitário em função do Covid-19 torna-se evidente que nos momentos de tensão e dificuldades são os municípios os entes chamados a resolver a situação. Assim, destaca-se que os gestores dos entes subnacionais, governadores e prefeitos, foram absolutamente decisivos no enfrentamento da crise brasileira,

tendo em vista que evitaram um mal ainda maior do que este verificado no processo da crise do coronavírus.

Verifica-se, ainda, que a pandemia trouxe à luz um problema de divergência de posições entre as lideranças nos diferentes níveis da federação, exatamente onde deveria ter sido concretizado na prática, em atitudes de gestão, o federalismo coordenado, cooperado e colaborado - entre todos os entes. Desta forma, é evidente a necessidade de se trabalhar o pacto federativo, de forma concreta, isto é, analisando minuciosamente e observando como executar as competências comuns e concorrentes, tendo a fortalecer os entes subnacionais, especialmente os municípios, para se estabelecer uma estrutura financeira adequada para concretização de políticas públicas principalmente de saúde.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao art. 23, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; Streck, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ARRETCHE, Marta. *Democracia, Federalismo e Centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz/Ed. FGV (coedição), 2012.

ARRETCHE, Federalismo. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, p.123-127, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BITENCOURT, Caroline Müller; BITTENCOURT, Denise Friederich. A dinâmica do federalismo brasileiro no tema das políticas públicas, controle social e a Covid-19. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*.

cia, v. 25, n. 3, p. 49–77, 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller, RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul./set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 29*, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 86*, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. *Legislação COVID-19, 2022b*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm>. Acesso em: 17 maio 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020a. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. *Lei complementar n. 141*, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores

mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. *Lei Complementar n. 173*, de 27 de maio de 2020l. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-173-de-27-de-maio-de-2020-2589151682>>. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL. *Medida provisória n. 938*, de 02 de abril de 2020d. Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv938.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *O SUS no seu município: garantindo saúde para todos*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.586*, Distrito Federal, em 22 de outubro de 2020j. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.587*, Distrito Federal, em 21 de outubro de 2020l. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 672*, Distrito Federal, em 08 de abril de 2020e. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPe>>.

ca.asp?id=15342867936&text=.pdf >. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 754*, Distrito Federal, em 22 de outubro de 2020k. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Corte Aberta*: painéis estatísticos, 27 de maio de 2022a. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html#>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Civil Originária nº 3.451*, Distrito Federal, em 17 de dezembro de 2020c. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770*, Distrito Federal, em 17 de dezembro de 2020o. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345314162&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341*, de 24 de março de 2020b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342747913&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.343*, de 25 de março de 2020i. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342754741&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação 40.342*, de 01 de maio de 2020h. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342999707&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.371*, de 29 de abril de 2020g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS_5371.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Oitava tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756*, Distrito Federal, em 21 de setembro de 2021m. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347912154&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Painel de ações Covid-19*, de 27 de maio de 2022d. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 27 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Civil Originária nº 3.451*, Distrito Federal, em 24 de fevereiro de 2021a. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345861512&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770*, Distrito Federal, em 24 de fevereiro de 2021b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345861511&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341*, de 15 de abril de 2020f. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.343*, de 06 de maio de 2020i. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Oitava tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756*, Distrito Federal, em 21 de setembro de 2021d. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349336980&text=.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. *Tenha conhecimento das Leis criadas pelo seu município e Governo do Estado, a respeito do novo Coronavírus (COVID-19)*, 27 de maio de 2022e. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/coronavirus>>. Acesso em: 27 maio 2022.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da*

Constituição do Império. São Paulo, Serviço de Documentação. Min. Da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CAPUANO, Tamara de Padua. *O federalismo cooperativo e a necessidade de efetivação do direito à saúde das pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde: comentários à lei orgânica da saúde: Lei n. 8.080/90 e 8.142/90*. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2002.

CASSEB, Paulo Adib. *Federalismo: aspectos contemporâneos*. *Coleção saber jurídico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: Bases para um novo federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 67/2009, p. 258-277, abr./jun. 2009.

CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional: organização do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORAZZA, Ana Helena Scalco. *Os contratos de gestão e os termos de parceria firmados entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público e os municípios para a execução de serviços públicos de saúde: reflexões e propostas à luz da teoria da ação comunicativa*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

DALARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIA, Eliana Goulart Leão de. Poderes implícitos na Constituição. *Dout-rinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 3, p. 425-446, mai., 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, n. 1, 2007.

GROTTI, Dinorá Musetti. A federação brasileira como forma de descentralização do poder. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 18, p. 130-133, jan./mar., 1997.

HERMANY, Ricardo. (Re)discutindo as políticas públicas no espaço local: interconexões entre federalismo, subsidiariedade e direito social no Brasil. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org). *Federalismo e Constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2012.

HERMANY, Ricardo; MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem; SILVA, Maria Rita Bezerra da. A fragilidade do federalismo cooperativo brasileiro e seus desafios em tempos de pandemia do coronavírus. In: SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; BRAGA JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes (org.). *Os novos desafios do Direito Público*. Salvador: Motres, 2021.

HERMANY, Ricardo; MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem. A subsidiariedade horizontal e as políticas públicas de saúde: o empoderamento da sociedade local em tempos de pandemia de Covid-19. *Revista Paradigma*, v. 29, n. 3, p. 132–161, 2020.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. Reflexões sobre o federalismo à brasileira em tempos de pandemia da Covid-19. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 1049-1065, set./dez. 2020.

KRELL, Joachim Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ODORISSI, Luzia; HERMANY, Ricardo. Federalismo cooperativo em xeque: o desequilíbrio financeiro local frente ao fenômeno migratório no tocante ao atendimento básico de saúde do município de Pacaraima- RR. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28, jan./jun., p. 241-266, 2018.

MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem; HERMANY, Ricardo. as assimetrias na gestão pública da saúde: os desafios da governança multinível em tempos de pandemia do Covid-19. NOGUEIRA, Humberto; ALVITES, Elena; SCHIER, Paulo,; SARLET, Ingo W. (Orgs). *Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 2, Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

MARTINS, Margarida Slema D’ Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o princípio da subsidiariedade: gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2001.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Angelo. *Federalismo e políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018.

TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A formação do Federalismo no Brasil*. Brasília: Edições Câmara, 2017.

'Notas de fim'

1 Cabe mencionar que a formação do Federalismo norteamericano foi originada por meio da união entre os Estados, dotados de soberania e Constituições próprias, os quais se uniram em um só ente. Realidade essa totalmente diferente do caso brasileiro, pois sua origem foi inversa, em razão de que houve uma segregação, visto que o Estado anteriormente unitário foi dividido em diversos estados-membros.

2 “Ressalte-se que o interesse em questão é sempre considerado do ponto de vista de sua predominância, pois, em última análise, o que é de interesse geral também é de interesse regional e local, e vice-versa, devendo, portanto, ser tomada como base para a repartição de competências, uma gradação da conveniência das matérias. Assim, por exemplo, se um assunto é de interesse mais geral do que regional e local, será incluído na esfera de competência da União”. (Faria, 2011).

3 Observa-se que a norma aborda, ainda, os componentes qualitativos para a análise dos gastos de saúde, bem como estabelece as regras, diretrizes e condições para identificação de despesas que podem ser consideradas como ações e serviços públicos de saúde. Consequentemente, reduzindo a subjetividade e aproximando as despesas do setor à intenção originária do constituinte da EC nº 29, de 2000.

4 Ressalta-se que dos 23 bilhões de reais destinados aos municípios serão distribuídos, nos termos do artigo 5º, inciso I, alínea “b” e inciso II, alínea “b”, da seguinte forma: 1) 3 bilhões de reais aos Municípios para ações de saúde e assistência social; 2) 20 bilhões de reais aos municípios.

5 A qual dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19.

6 Distribuídas da seguinte forma: Acre: 64; Alagoas: 33; Amapá: 94; Amazonas: 259; Bahia: 717; Ceará: 219; Distrito Federal: 69; Espírito Santo: 126; Goiás: 146; Maranhão: 84; Mato Grosso: 1739; Mato Grosso do Sul: 486; Minas Gerais: 2619; Pará: 85; Paraíba: 135; Paraná: 5916; Pernambuco: 390; Piauí: 59; Rio de Janeiro: 558; Rio Grande do Norte: 117; Rio Grande do Sul: 21267; Rondônia: 552; Roraima: 22; Santa Catarina: 8671; São Paulo: 5476; Sergipe: 40; Tocantins: 57. (Brasil, 2022e).

7 A Lei Nacional da Quarentena visa estabelecer barreiras à proliferação em massa do coronavírus, que já atingiu diversos países do mundo, regulamentando algumas das possíveis medidas que podem ser adotadas para o enfrentamento dessa doença. Ressalta-se

que a lei indica medidas de determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e coleta de amostras clínicas; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde; flexibiliza a contratação pública de insumos e suprimentos, bem como cria as modalidades de licitações: o pregão especial e a hipótese de licitação dispensável; adotando entre outras medidas (Brasil, 2020a).

8 Cabe salientar que o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.; já os Decretos nº 10.292, de 25 de março de 2020; nº 10.329, de 28 de abril de 2020; nº 10.342, de 07 de maio de 2020; e o nº 10.344, de 11 de maio de 2020, trazem alterações para o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.

9 “A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.” (BRASIL, 2020f, p. 37)

10 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 754, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada no dia 22 de outubro de 2020, também questiona atos do Presidente da República que desautorizaram a assinatura do Ministério da Saúde no protocolo de intenção para a aquisição da vacina CoronaVac, desenvolvida pela farmacêutica chinesa Sinovac Biotech em parceria com o Instituto Butantan, de São Paulo. Assim, indica que há afronta aos preceitos fundamentais constantes nos artigos 5º, 6º e 196 da Constituição Federal e busca que o Governo Federal assine o protocolo de intenções de compra das doses para vacinar a população (BRASIL, 2020e). Houve a perda do objeto da ação para ser analisado no presente artigo, tendo em vista que o Governo Federal já adquiriu diversos lotes da referida vacina. (BRASIL, 2020k).

11 Fato este que mesmo antes de julgado definitivo, o Governo Federal vem adquirindo o referido imunizante.

TESES E DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS 2025 (maio / agosto)

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO

TEORIAS DA JUSTIÇA: JUSTIÇA E EXCLUSÃO

LINHAS DE PESQUISA

Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça

Função Política do Direito e Teorias da Constituição

Direitos e Vulnerabilidades

TESES

A Cabeça de Jano e a (In) Justiça de Transição Penal Brasileira

Doutoranda: Andressa Paula de Andrade

Data: 23/05/2025

Banca

Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

Dra. Bruna Azevedo de Castro

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Dr. José Roberto Anselmo

Dra. Simone Cristine Araujo

A trajetória de consolidação da Ordem dos Advogados do Brasil como uma instituição sui generis: uma análise a partir de casos de revisão judicial e da produção legislativa sobre seu Estatuto desde 1988

Doutorando: Vinny Pellegrino Pedro

Data: 27/06/2025

Banca:

Dr. Vladimir Brega Filho

Dra. Eliana Franco Neme

Dra. Flavia Danielle Santiago Lima

Dr. Jairo Neia Lima

Dr. Rafael Rodrigues Viegas

Tributação e solidariedade fiscal: Por um Estatuto de Crise

Data: 27/06/2025

Doutoranda: Ana Luiza Godoy Pulcinelli

Banca

Dr. Ricardo Pinha Alonso

Dr. Edinilson Donisete Machado

Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Dra. Renata Cristina de Oliveira Alencar Silva

Dr. Tiago Cappi Janini

DISSERTAÇÕES

O trabalho prisional e a remição da pena: entre Direitos humanos e disfunções do sistema penal

Mestrando: Henrique Giacomini

Data: 09/05/2025

Banca

Dr. Vladimir Brega Filho

Dra. Bruna Azevedo de Castro

Dr. Gianpaolo Poggio Smanio

Standard de prova para o acordo de não persecução penal: em busca de uma decisão controlável no contexto da justiça penal negociada

Mestranda: Gisele Mara de Oliveira

Data: 16/05/2025

Banca

Dra. Samia Saad Gallotti Bonavides

Dra. Bruna Azevedo de Castro

Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Investigação criminal defensiva como concretização da ampla defesa e da paridade de armas na investigação preliminar à luz da teoria garantista

Mestrando: Leonardo de Lara Araujo

Data: 11/07/2025

Banca:

Dr. Valter Foletto Santin

Dra. Bruna Azevedo de Castro

Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade

AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO

GUILHERME DE FARIA NICASTRO

Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Societário e Bacharel em Direito pela FGV Direito SP – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com formação complementar em Relações Internacionais Contemporâneas pela FGV CPDOC – Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas. Advogado nas áreas de Infraestrutura e Project Finance e Diretor da Juventude Monárquica do Brasil pelo Estado de São Paulo. Contato: guinicastro@hotmail.com

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR

Livre-docente, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Reitor, Diretor-Adjunto da Faculdade de Direito e Professor de Direito Constitucional da PUC-SP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Contato: vsnunes@pucsp.br

HELGA LELL

Doctora en Derecho (Universidad Austral, Argentina), Magíster en Filosofía con orientación en Filosofía Política y Social (Universidad Nacional de Quilmes, Arg.), Magíster y Especialista en Estudios Sociales y Culturales (Universidad Nacional de La Pampa, Arg.) y Abogada (UNLPam, Arg.). Es Posdoctora por la Universidad Nacional de Rosario (Arg.). Posee el Diploma en Humanidades Digitales de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y el Diploma en Construcción de Proyectos y Metodología de las Ciencias Sociales por Conicet y la Universidad Nacional de La Plata. Es experta en Minería de Textos con Python (Instituto Data Science). Es Investigadora Adjunta de Conicet, Argentina. Es Profesora Titular Regular de Filosofía del Derecho y del Taller de Argumentación Jurídica y Debate de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Ha realizado estadías de académicas en las Universidades de Friburgo (en el Hans Kelsen Research Group) y de Bonn (en el Käte Hamburger “Recht als Kultur” Kolleg) (Alemania) y del Sinú – Seccional Cartagena y Tecnológico Comfenalco (Colombia) y de San Gregorio de Portoviejo (Ecuador). Ha participado de una escuela de verano en la Universidad Nacional y Kapodistriaca de Atenas con financiamiento de la Unión Europea y la Fundación para el Mundo Helénico y en la Universidad Técnica de Dresde con financiamiento del Fondo Alemán para la Iniciativa de Excelencia. Es coordinadora de Investigación y Posgrado y ha sido directora del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas de la FCEyJ, UNLPam. Contato: helgalell@conicet.gov.ar

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pesquisou na Faculty of Law e no Health Law Centre da University of Ottawa (Canadá). Professor de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia. Contato: raphaelregobr@gmail.com

BRUNO MESQUITA BRAGA

Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Análise

ta Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3896923574870179>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8304-2569>. Contato: brunobraga08@gmail.com

MONICA MOTA TASSIGNY

Pós Doutora em Direito e Ciências Políficas em Aix-Marseille Université (France); Doutorado Sanduíche na Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS/ Paris) e Doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (PPGD/ UNIFOR). Contato: monica.tass@gmail.com

ANDREA BEZERRA DE MELO GIRÃO MOTA

Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Bolsista Proex/Capes. Advogada e jornalista. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628067261476427>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-1228-5184>. Contato: andreabezerramelogmail.com

LUCIANO CESAR CASAROTI

Possui graduação em Direito pela Universidade do Oeste Paulista. Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direito Humanos pela Universidade Federal do Tocantins - UFT em associação com a Escola da Magistratura Tocantinense - ESMAT. Atualmente, é titular da 1ª Promotoria de Justiça de Paraíso do Tocantins e exerce as funções de subprocurador-geral de Justiça e assessor especial da Procuradoria-Geral de Justiça. Contato: luciano.casaroti@hotmail.com

VALTER MOURA DO CARMO

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado em Direito na Universidade de Marília - UNIMAR, com bolsa do PNPd da CAPES. Atualmente é professor colaborador do mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins - UFT em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense - ESMAT. Membro do Conselho Fiscal do CONPEDi. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Acadêmico Efetivo da Academia Cearense de Direito - ACED. Foi professor Visitante no PPGD da Universidade Federal Rural do Semi-Árido - UFERSA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direitos Humanos e Inclusão Digital. Contato: vmcarmo86@gmail.com

VINÍCIUS ALVES SCHERCH

Doutor em Ciência, Tecnologia e Sociedade na Universidade Federal de São Carlos - UFSCar (2024). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2019). Graduado em Direito pela Faculdade Cristo Rei (2010). Professor. Advogado. Contato: vinicius.scherch@gmail.com

VINÍCIO CARRILHO MARTINEZ

Pós Doutor em Direito e em Ciência Política. Professor Associado da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar/CECH. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Tecnologia e Sociedade - PPGCTS da Universidade Federal de São Carlos. Contato: vicama@uol.com.br

BEATRIZ BERTA GOMES DOS SANTOS

Graduanda do curso de Bacharelado em Direito no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima - UFRR. Contato: beaberta1808@gmail.com

GABRIELA MESQUITA DE SOUZA

Graduanda do curso de Bacharelado em Direito no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima - UFRR. Contato: gabrielamesquitarr@gmail.com

SHEILA KAROLLAYNE FRANÇA SILVA

Graduanda do curso de Bacharelado em Direito no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima - UFRR. Contato: sheila7franca@gmail.com

WANDERSON PEREIRA DE JESUS

Graduando do curso de Bacharelado em Direito no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima - UFRR. Contato: wandersonufrrr@gmail.com

ZEDEQUIAS DE OLIVEIRA JÚNIOR

Doutor em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Roraima - UFRR, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA, especialista em Direito Urbano Ambiental pela Universidade Federal do Mato Grosso - UFMT, em Meio Ambiente e Políticas Públicas (UNICEN), em Direito Penal (APC/GO), em Direito Processual Penal (APC/GO), em Direito Civil (APC/GO) e em Direito Processual Civil (APC/GO). Professor de Direito Ambiental, Direito Urbanístico, Direito da Flora e Unidades de Conservação e Processo Penal I da Universidade Federal de Roraima e Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Histórico e Cultural do Ministério Público de Roraima. Contato: zedequiasjunior@hotmail.com

FRANCISCO EMILIO BALEOTTI

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor aposentado junto ao Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Contato: baleotti@uel.br

DANIELA HRUSCHKA BAHDRUR

Doutoranda em Filosofia Política pela Universidade Estadual de Londrina. Contato: danielahru.adv@gmail.com

CINTYA MARIA NISHIMURA DURÃES

Doutoranda em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR com apoio da CAPES-PROSUP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público com ênfase em gestão pública

pelo Instituto Damásio de Direito. Especialista em Direito Digital e Compliance pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bacharel em Direito pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”. Advogada. Contato: cnddireito@gmail.com

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

Pós-Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília. Contato: professora-mariadefatimaribeiro@gmail.com

ELAINE CRISTINA SOTELO FACHINI

Doutora em Direito pela Universidade de Marília/UNIMAR (2025). Área de concentração: Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Linha de Pesquisa 1: Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais. Bolsista PROSUP/CAPES de 2022 a 2025. Mestre em Direito pela Universidade de Marília/UNIMAR (2020). Área de concentração: Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Linha de Pesquisa 1: Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais. Bolsista PROSUP/CAPES de 2018 a 2020. Pós-Graduada em Auditoria, Compliance e Proteção de Dados (2024) na Universidade de Marília/UNIMAR. Pós-Graduada em Docência no Ensino Superior, com ênfase em Gestão/Planejamento Escolar e Metodologias Ativas, pela Universidade de Marília/UNIMAR (2017). Graduada em Direito pela Universidade de Marília/UNIMAR (2005). Possui experiência em Direito Constitucional, Direito Digital, Compliance e Proteção de Dados (LGPD). Contato: lainefachini@gmail.com

FLAVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco (UPE). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) Profissional em POLÍTICAS PÚBLICAS da Universidade Federal de Pernambuco (MPPP/ UFPE). Pós-Doutorado em Direito pela Universitat de València/Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa JUSPOLÍTICA - Diálogos, Historicidades e Judicialização de Políticas (Direito/UPE), e Pesquisadora no Grupo PRAETOR - Grupo de estudos sobre Poder Judiciário, Política e Sociedade (Ciência Política/UFPE), registrados no Diretório Geral de Grupos de Pesquisa do CNPQ. Diretora Adjunta Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Membro da Comissão de Estudos sobre Políticas Públicas do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Advogada da União, com exercício na Procuradoria Regional da União na 5ª Região. Áreas de pesquisa: Judicialização da Política, Ativismo, Autocontenção e Política Judicial, Diálogos Institucionais, Políticas Públicas e Sistema de Justiça. Academia: upe.academia.edu/FlaviaDanielleSantiagoLima . Contato: flavia-santiago@uol.com.br

ANNE BEATRIZ PIMENTEL DE ARRUDA

Graduada em Direito pela Universidade de Pernambuco (UPE). Residente jurídica do Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPPE). Contato: anne.pimentel@upe.br

LÍVIA BRIOSCHI

Doutoranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), com bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível

Superior (CAPES). Pesquisadora vinculada ao Núcleo de Estudos Avançados em Transição Energética (NEATE) da FGV Direito Rio. Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) com bolsa pela parceria da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES) e CAPES. Especialista em Direito Internacional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela FDV. Contato: liviabrioschi@hotmail.com

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-doutorado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenadora e professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Contato: elda@fdv.br

ROGELIO LOPEZ SANCHEZ

Contato: rogelio.lopez.sanchez@gmail.com

NAILEA CONTRERAS

Contato: lo6sa.derecho@gmail.com

DOUGLAS STRACHICINI

Doutorando em Direito. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) - Área de concentração: Direitos Humanos e Fundamentais; Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e Direitos Fundamentais. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (USP). Promotor de Justiça Titular de Entrância Final no Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Comarca de Várzea Grande. Contato: douglasstrachicini@hotmail.com

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) (2010). Professora Adjunta de Criminologia da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Contato: soaresvladia@gmail.com

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO

Doutoranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany. Contato: betielisauzem@yahoo.com.br

RICARDO HERMANY

Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado/

Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. Contato: hermany@unisc.br

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

1) Informações gerais:

A revista *Argumenta Journal Law*, de periodicidade semestral, destina-se à publicação de textos originais de Ciência Jurídica, Ciências Sociais Aplicadas, e Ciências Humanas, que estejam dentro de suas linhas editoriais, com o propósito de difundir, em nível nacional e internacional, as reflexões dos pesquisadores de temas relacionados com a Justiça e a Exclusão Social.

O Conselho Editorial recomenda que os trabalhos que lhe forem encaminhados sejam inéditos ou apresentados em eventos científicos, como seminários, congressos, encontros, simpósios. Preferencialmente serão publicados artigos, resenhas de obras recentes (publicadas nos dois últimos anos), e resumos de dissertações e teses.

Os autores cedem os direitos autorais dos artigos publicados para o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Os dados e conceitos emitidos, bem como a exatidão das referências são de inteira responsabilidade dos autores.

As colaborações deverão seguir rigorosamente as normas abaixo.

São publicados textos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano e Francês.

As submissões devem ser feitas exclusivamente por via eletrônica, pelo endereço eletrônico: seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta.

2) Preparação dos originais:

Os trabalhos, que não devem exceder a 30 laudas, redigidos em papel formato A4 (21 cm por 29,7 cm), redigido preferencialmente em MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 ou versão superior para Windows (PC), com fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples, alinhamento justificado, e margens de 1,5 cm (superior e inferior) e de 2,0 cm (esquerda e direita). O cabeçalho deverá ter 1,5 cm e o rodapé 1,0 cm, os parágrafos devem ser de 1,25 cm, bem como as citações com recuo especial.

Os trabalhos devem obedecer à seguinte seqüência: título (caixa alta, em negrito, centralizado); autor (em itálico, alinhado à direita, apenas o sobrenome em maiúscula, seguido da primeira nota que se referirá à qualificação acadêmica e profissional do autor, colocada em nota de rodapé; resumo seguido de abstract e resumen(em fonte 10, com no máximo 100 palavras, versão em inglês e espanhol); palavras-chave seguidas de keywords e palabras clave (em fonte 10, com até 5 palavras, versão em inglês e espanhol, os títulos dos tópicos devem ser em negrito); texto (subtítulos sem adentramento, distinguidos por números arábicos, em negrito, apenas a primeira letra maiúscula); Referências bibliográficas (sem adentramento, em negrito). Evitar o uso de negrito no corpo do texto,

utilizando-o apenas nos tópicos indicados.

Evitar também excesso de notas de rodapé, priorizando a identificação parentética das fontes no próprio texto (Ex.: PASOLD, 1999, p. 23).

Observar as normas da ABNT (NBR-6023).

3) Normas específicas:

Citação no texto: de preferência, parentética (entre parênteses, citar sobrenome do autor, ano de publicação e número da página transcrita); se tiver mais de três linhas, redigi-la com o mesmo recuo dos parágrafos;

Referências bibliográficas: apresentar em ordem alfabética, iniciando pelo sobrenome do autor, com destaque gráfico (em caixa alta), Nome do autor. O título principal em *itálico*. Número da edição. Cidade: Editora, ano de publicação. As linhas seguintes à primeira não devem ser redigidas com deslocamento. Obedecer normas da ABNT para todo tipo de fonte bibliográfica.

4) Processo de Seleção dos Artigos:

Todo artigo será submetido a dois pareceristas por meio do sistema *double blind per review*, sendo um Conselheiro Editorial, e outro Conselheiro Técnico- Científico. Os pareceristas não conhecerão a autoria dos artigos submetidos. Caso o texto obtenha dois pareceres favoráveis será encaminhado para o banco de artigos aprovados e publicado nas edições subseqüentes da revista.

Caso haja pareceres divergentes, ou sugestões de modificação do texto, caberá recurso ao Conselho Editorial, sendo que o Editor Chefe designará relator, que fará parecer definitivo sobre o mérito acadêmico científico do artigo.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: ppgd@uenp.edu.br

Argumenta Journal Law - argumenta@uenp.edu.br

RULES FOR SUBMISSION

1) General Information:

The Journal Argumenta is intended to publish the original texts of Juridical Science, Applied Social Sciences and Humanities, which are within their editorial lines, with the purpose to disseminate, at national and international reflections by researchers of issues related to Justice and Social Exclusion.

The Editorial Board recommends that the texts that have been sent be unpublished or presented at scientific meetings, seminars, congresses, conferences, symposia. Preferably publish articles, reviews of recent works (published in the last two years), and abstracts of dissertations and theses.

The authors transferring copyright of published articles for the Masters Program in Juridical Science at the State University of Northern Paraná.

The data and concepts presented, as well as the accuracy of the references are the sole responsibility of the authors.

The collaborations should strictly follow the rules below.

Texts are submitted in portuguese, english and spanish.

Manuscripts may be submitted electronically or via regular mail, though electronic submissions are strongly encouraged and greatly appreciated. Manuscripts submitted via e-mail should take the form of attachments formatted in Microsoft Word and should be e-mailed to Journal Argumenta, at seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta.

2) Preparation of documents:

The work, which should not exceed 30 pages, written on paper format A4, preferably written in MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 or later for Windows (PC) in Times New Roman, size 12, single spaced, justified, and 1.5 cm margins (top and bottom) and 2.0 cm (left and right). The header should be 1.5 cm and 1.0 cm bottom, paragraphs should be 1.25 cm, and quotes with special retreat.

Entries must have the following sequence: title (all caps, bold, centered), author (in italics, left aligned, just a last name in capital letters, followed by the first note will refer to the academic and professional qualifications of the author, placed in a footnote, summary followed by abstract (in font 10, with a maximum of 100 words in English or Spanish version) keywords followed by keywords (in font 10, with up to five words, in English or Spanish version, the Titles should be in bold) text (captions without getting through, distinguished by Arabic numerals, bold, only first letter capitalized) References (without getting through, in bold). Avoid the use of bold in the text, using it only in the subjects shown.

Also avoid excessive footnotes, parenthetical prioritizing the identification of the sources in the text (eg PASOLD, 1999, p. 23).

Observe the ABNT (NBR- 6023).

3) Specific rules:

Citation in text: preferably parenthetical (in parentheses, cite the author's surname, year of publication and page number of transcript), if more than three lines, I wrote it with the same indentation of paragraphs.

References: in alphabetical order, starting with the author's name, especially graphic (in capitals), author's name. The main title in italics. Issue number. City: Publisher, year of publication. The following lines should not be the first written with displacement.

Obey ABNT for all types of source.

4) Selection Process for Articles :

Every article will have two referees through the system per review double blind, and an Editorial Board, and other Scientific-Technical Advisor. The referees did not know the authorship of articles submitted. If the text gets two favorable opinions will be forwarded to the bank of articles adopted and published in subsequent editions of the magazine.

If there are divergent opinions or suggestions for modification of the text may be appealed to the Editorial Board, and appoint the Chief Editor rapporteur, who will make final opinion on the academic merit of the scientific article.

STATE UNIVERSITY OF NORTHERN PARANA - UENP
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRE OF APPLIED SOCIAL SCIENCES
Master and PhD Program - Juridical Science

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: ppgd@uenp.edu.br
 Argumenta Journal Law - argumenta@uenp.edu.br

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE TEXTOS

1) Información general:

La revista ARGUMENTA Journal Law en seis meses, tiene por objeto publicar textos originales de Ciencias Jurídicas, Ciencias Sociales y Humanidades, que son dentro de sus líneas editoriales para el fin de difundir, tanto a nivel nacional como internacional, las reflexiones de los investigadores de las cuestiones relacionadas con la Justicia y la Exclusión Social.

El Comité Editorial recomienda que los trabajos que se envía sean originales.

Los autores ceden los derechos de autor de los textos publicados para el Programa de Maestría en Ciencias Jurídicas de la Universidad Estatal del Norte de Paraná.

Los datos emitidos y conceptos, así como la exactitud de las referencias, son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Las contribuciones deben seguir estrictamente las reglas a continuación.

Textos se publican en portugués, Inglés y español.

Las presentaciones deben hacerse en su totalidad por vía electrónica, por correo electrónico: seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta.

2) Preparación de los documentos:

El trabajo, que no debe exceder de 30 páginas, escrito en papel de tamaño A4 (21 cm x 29,7 cm), escrito preferentemente en MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 o superior para Windows (PC) Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo, justificado, y márgenes de 1,5 cm (superior e inferior) y 2,0 cm (izquierdo y derecho). La cabecera debe tener 1,5 cm y 1,0 cm de pie de página, párrafos debería ser de 1,25 cm y citas con retiro especial.

Las entradas deben cumplir con el siguiente orden: título (mayúsculas, negrita, centrado); Autor (en cursiva, alineado a la derecha, sólo el apellido en mayúsculas, seguido de la primera nota se referirá a las cualificaciones académicas y profesionales del autor, situado en una nota al pie, resumen seguido de abstracto y resumen (en tamaño de fuente 10, con un máximo 100 palabras, la versión en Inglés y Español); palabras clave seguidas de las palabras clave y key words (en tamaño de fuente 10, con un máximo de 5 palabras, la versión en Inglés y Español, los títulos de los temas deben ser negrita), texto (títulos sin sangría, distinguido por números arábigos, en negrita, sólo la primera letra en mayúscula); Referencias (sin sangrado, en negrita) Evite el uso de negrita en el texto, su uso sólo en los temas indicados.

También evite las notas excesivas, entre paréntesis priorizar la identificación de las fuentes en el propio texto (Ej.: Pasold, 1999, p. 23).

Observe la ABNT (NBR-6023).

3) Normas específicas:

Citación Texto: preferentemente entre paréntesis (soportes, citar el apellido, año de publicación y número de página de la transcripción del autor); si usted tiene más de tres líneas, que escribió con la misma sangría de los párrafos; Referencias: visualización en orden alfabético, comenzando por el apellido del autor, con resaltado gráfico (en mayúsculas), nombre del autor. El título principal en cursiva. Número de la edición. Ciudad: Editorial, año de publicación. Las siguientes líneas a la primera no se deben escribir con el desplazamiento.

Obedecer las normas de la ABNT para todo tipo de fuente bibliográfica.

4) Los artículos Proceso de Selección :

Todos los artículos son sometidos a dos árbitros a través del sistema ciego dub por review, un miembro del Consejo de Redacción, y otra Técnico y Asesor Científico. Los árbitros no conocen la autoría de los artículos presentados. Si el texto de obtener dos opiniones favorables serán remitidos al Banco de artículos aprobados y publicados en las ediciones posteriores de la revista.

Si existen opiniones divergentes, o sugerencias de modificación de texto pueden ser apeladas ante el Consejo de Redacción, y el Editor Jefe nombran ponente, que hará que la opinión científica definitiva sobre el mérito académico del artículo.

UNIVERSIDAD ESTATAL DE NORTE DE PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES APLICADAS
Programa de Maestria e Doctorado em Direito

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: ppgd@uenp.edu.br

Argumenta Journal Law - argumenta@uenp.edu.br



Universidade Estadual do Norte do Paraná
Campus de Jacarezinho
Centro de Ciências Sociais Aplicadas

Avenida Manoel Ribas, 711 | Centro
Caixa postal 103 Jacarezinho | PR | CEP 86400-000 - BRASIL
Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354
[http: www.uenp.edu.br/index.php/argumenta](http://www.uenp.edu.br/index.php/argumenta)
argumenta@uenp.edu.br