

ABDConst

Academia Brasileira de Direito Constitucional

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Volume **16** | Número **30** | jan./jun. 2024

ABDConst.**Academia Brasileira de Direito Constitucional**

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

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

Constituição, Economia e Desenvolvimento

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Programa de Pós-graduação em Direito.

Vol. 16, n. 30 (jan./jun. 2023) - Curitiba: 2024

Publicação semestral

ISSN 2177-8256

1. Direito 2. Academia Brasileira de Direito Constitucional

Endereço para correspondência:

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

Editores Responsáveis: Rafael dos Santos-Pinto e Rene Sampar Editor Adjunto: Vinícius Quarelli

E-mail: revista@abdconst.com.br

Editoração: Vinícius Quarelli

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

CONSELHO EDITORIAL

Editores Responsáveis

Rafael dos Santos-Pinto

Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor na Universidade Positivo (UP) e Universidade Santa Cruz (USC). Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Bacharel em Direito pela UNESP

Rene Sampar

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

Editor Adjunto

Vinícius Quarelli

bolsista Capes/Proex; Doutorando e mestre em Direito Público pela UNISINOS; Especialista em Direito Constitucional pela ABDConst, bem como em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma instituição; Membro do DASEIN; Pesquisador e Professor

Membros do Conselho Editorial

Alexandre Walmott Borges

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

Antonio Carlos Wolkmer

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNESC.

António José Avelãs Nunes

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

Cristiano Celone

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

Eroulths Cortiano Junior

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

Ingo Wolfgang Sarlet

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

Luís Fernando Sgarbossa

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

Lenio Luiz Streck

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

Marco Aurélio Marrafon

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

Marcus Firmino Santiago da Silva

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

Mario Antonio Roque Midón

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

Mariana Mota Prado

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

Milena Petters Melo

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

Nicola Gullo

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

Priscila Machado Martins

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

Roberto Gargarella

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

Sabina Grabowska

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

Flávio Pansieri

Advogado e Professor da PUC-PR.

CONSELHO DE PARECERISTAS DA REVISTA DA ABDConst.

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

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

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

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

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

PARECERISTAS QUE PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

Alexandre Ferreira Costa - GO
Antonio Veloso Pereira Junior - MT
Carolina Rolim Machado Cyrillo Da Silva - RJ
Cleopas Isaías Santos - MA
Daniel Peixoto Murata - DF
Flávio Pansieri - PR
Francisco Monteiro Rocha Junior - PR
Geziela Iensue - MS
Guilherme Da Rocha - SP
Gustavo Siqueira - RJ
Ilton Norberto Robl Filho - DF
Ingo Wolfgang Sarlet - RS
Jacson Bacin Vicente - RS
Jeferson Teodorovicz - DF
João Paulo Mendes - PA
Luan Jung - RJ
Luisa Giuliani - RS
Mateus Barbosa Gomes Abreu - BA
Pablo Malheiros Da Cunha Frota - DF
Rene Sampar - PR
Rubens Beçak - SP
Sandro Mansur Gibran - PR

INDEXAÇÃO



EDITORIAL

A Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional publica seu número 29 (2024, v.16, n. 30, jan./jun.), marcando uma transição em seu projeto editorial. Nosso Editor Responsável, Dr. Ilton Norberto Robl Filho, que esteve à frente da Revista desde seu primeiro número, transmite agora o projeto para a próxima geração de editores.

O agradecimento deste periódico ao Prof. Ilton é incomensurável. Ele idealizou o projeto e dedicou-se incansavelmente à publicação de trabalhos de excelência desde 2009. Sob sua tutela, a Revista alcançou excelentes classificações no QUALIS, tornando-se referência para inúmeras linhas de investigação científica. Da mesma forma, deve-se ao seu empenho pessoal a internacionalização do periódico, com a publicação de artigos estrangeiros que trouxeram inovadoras perspectivas para diversos temas do direito público e privado.

A partir da presente edição assume como Editor Responsável Dr. Rafael dos Santos Pinto, outrora editor assistente, que muito aprendeu durante sua atuação em assistência ao Dr. Ilton, de quem recebeu a honrosa missão de dar continuidade ao projeto editorial num momento de amplas mudanças no sistema de avaliação de periódicos no Brasil.

Na presente edição a Revista se orgulha de apresentar três trabalhos de autores estrangeiros que enriquecem o debate jurídico. O primeiro tem como tema “O Direito Constitucional Alemão de Hoje: A Caminho da Transnacionalização?”, de autoria de Diego Alonso de Albuquerque Platz Pereira, Doutorando em Direito pela Universität Münster, que apresenta estudo no qual analisa tendências de transnacionalização no direito alemão. O segundo autor internacional é Matthew H. Kramer, docente da Universidade de Cambridge, traduzido por Gilberto Morbach, que escreve sobre a “Liberdade de expressão como autocontenção”. O terceiro trabalho trata-se do artigo “O precedente na arbitragem”, no qual Thomas Clay, docente de Direito Privado na Université Paris I Panthéon-Sorbonne, aborda a criação de precedentes no procedimento arbitral internacional.

Quanto aos autores nacionais, publica-se neste número o trabalho de José Márcio Carvalho da Silva e Leandro de Araújo Pernambuco, que investigam “O Ressarcimento ao Sistema de Saúde Único Brasileiro Pelas Operadoras de Planos de Saúde: Considerações Quanto À Sua (In)Constitucionalidade”, importante perspectiva sobre o direito à saúde em nosso país. Na sequência o trabalho “Uma Análise Biopolítica Das Fake News Como Causadoras do Aumento da Desigualdade Social em Uma Sociedade Biocapitalista”, de autoria de Sandro Marcos Godoy, Marcio Ricardo da Silva Zago e Murilo Muniz Fuzeto analisa sob o marco teórico da Sociedade Biocapitalista os efeitos nocivos das *fake News*. Já Laercio Cruz Uliana Junior, Betina Treiger Gruppenmacher e Nayara Sepulcri de Camargo Pinto enveredam no estudo de Jon Elster para desenvolver perspectiva das imunidades tributárias no texto “O Canto das Imunidades Tributárias: Provocações a partir da Teoria de Jon Elster”. Segue-se o estudo sobre o positivismo “O Caminhar Do Positivismo Jurídico Anglo-Saxão De Thomas Hobbes A Herbert Hart”, de autoria de Lucas Sipioni Furtado de Medeiros, Bernardo Strobel Guimaraes e Luis Henrique Braga Madalena, que versa sobre os autores fundamentais para a construção do positivismo jurídico. Em análise fundamental dos discursos discriminatórios em redes sociais Mariana Montenegro de Souza Lima e Daury César Fabríz nos trazem o trabalho “O Dever Fundamental do Combate aos Discursos Sexistas em Tempos de Redes Sociais”. Com o tema da pessoa com deficiência o artigo “A Evolução do Conceito Internacional de Pessoa com deficiência e a Sua Repercussão Na Proteção Assistencial No Brasil”, de autoria de Zenildo Bodnar, Sheyla Campos Pinheiro e Maria Fernanda Camões Tavares busca importante perspectiva internacional no estudo do tema. Já Diego Ghiringhelli de Azevedo e Luciano Vaz-Ferreira tratam do tema do plebiscito em perspectiva concreta no estado do Rio Grande do Sul no artigo “Soberana Popular e a Retirada Da Exigência De Plebiscito Para Venda De Estatais No Estado Do Rio Grande Do Sul”. Por fim, encerra-se com trabalho sobre o tema “David Landau e o Constitucionalismo Abusivo”, de autoria de José Eduardo Nunes de Carvalho e Marcelo Maurício da Silva, apresentando as ideias do docente americano.

Nossos votos são que os trabalhos aqui publicados, os primeiros da nova linha editorial e auxiliem na propagação de ideias compromissadas com os valores da Constituição, Economia e Desenvolvimento, eixos fundamentais desse periódico.

Boa leitura!

SUMÁRIO

1) O DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO DE HOJE: A CAMINHO DA TRANSNACIONALIZAÇÃO?.....	15
2) LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO AUTOCONTENÇÃO.....	23
3) O PRECEDENTE NA ARBITRAGEM.....	41
4) O RESSARCIMENTO AO SISTEMA DE SAÚDE ÚNICO BRASILEIRO PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE: CONSIDERAÇÕES QUANTO À SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE.....	58
5) UMA ANÁLISE BIOPOLÍTICA DAS FAKE NEWS COMO CAUSADORAS DO AUMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL EM UMA SOCIEDADE BIOCAPITALISTA.....	86
6) O CANTO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS: PROVOCAÇÕES A PARTIR DA TEORIA DE JON ELSTER.....	114
7) O CAMINHAR DO POSITIVISMO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO: DE THOMAS HOBBS A HERBERT HART.....	138
8) O DEVER FUNDAMENTAL DO COMBATE AOS DISCURSOS SEXISTAS EM TEMPOS DE REDES SOCIAIS.....	173
9) A EVOLUÇÃO DO CONCEITO INTERNACIONAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A SUA REPERCUSSÃO NA PROTEÇÃO ASSISTENCIAL NO BRASIL.....	200
10) SOBERANA POPULAR E A RETIRADA DA EXIGÊNCIA DE PLEBISCITO PARA VENDA DE ESTATAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	220
11) DAVID LANDAU E O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO.....	232

O DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO DE HOJE: A CAMINHO DA TRANSNACIONALIZAÇÃO?

*GERMAN CONSTITUTIONAL LAW OF TODAY: TOWARDS
TRANSNATIONALIZATION?*

Diego Platz Pereira¹

RESUMO: O presente texto é uma resenha do mais novo *Handbuch des Verfassungsrechts* alemão. A resenha busca apresentar essa obra partindo da tese de que um estudo aprofundado e atual dos assuntos mais centrais do direito constitucional alemão não tem como ignorar esse novo *Handbuch*. A pesquisa é eminentemente exploratória e qualitativa e desenvolve-se a partir de análise bibliográfica da obra resenhada. Conclui-se que o *Handbuch des Verfassungsrechts* é marcado ao menos pelas três seguintes temáticas: i) a discussão sobre a transnacionalização do discurso constitucional-científico alemão; ii) releituras do papel do Tribunal Constitucional Federal alemão; e iii) análises da ordem constitucional para além da dogmática constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Alemão; *Handbuch des Verfassungsrechts*; Transnacionalização.

ABSTRACT: This text is a review of the newest German *Handbuch des Verfassungsrechts*. The review seeks to present this work based on the thesis that an in-depth and current study of the most central issues of German constitutional law cannot ignore this new *Handbuch*. The research is eminently exploratory and qualitative and develops from bibliographical analysis of the reviewed work. It is concluded that the *Handbuch des Verfassungsrechts* is marked by at least the following three issues: i) the discussion on the transnationalization of the German constitutional-scientific discourse; ii) re-readings of the role of the German Federal Constitutional Court; and iii) analyses of the constitutional order beyond constitutional dogmatics.

Key-words: Constitutional Law; German Law; *Handbuch des Verfassungsrechts*; Transnationalization.

1. INTRODUÇÃO

Em uma olhada rápida no sumário deste livro, o(a) leitor(a) brasileiro(a) não tão familiarizado(a) com as discussões dos últimos quinze anos da teoria e dogmática alemã

¹ **1. Qualificação:** Doutorando e Mestre (LL.M.) em Direito pela Universidade de Münster (Alemanha); **2. e-mail:** diegoalonsopereira@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7685452195319315>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0009-0001-9615-4703>; e **5. vinculação:** Universidade de Münster (Alemanha)

pode ter dificuldade em encontrar nomes conhecidos. Constitucionalistas como Robert Alexy, Peter Häberle, Friedrich Müller, Konrad Hesse ou Otto Bachof não figuram aqui como co-autores².

De certa forma, essa informação já introduz bem o novo *Handbuch des Verfassungsrechts* no Brasil. É que, em seu cerne, a obra pretende contribuir à integração do pensamento constitucional alemão ao contexto global e transnacional de hoje (HERDEGEN et. al, 2021a, p. 10-11; HERDEGEN et al., 2021b) e, para isso, foi publicado em vinte e oito capítulos (mais uma introdução conjunta dos organizadores) com autoria de vinte e três destacados(as) professores(as) em exercício em diferentes universidades alemãs³. Além disso, o projeto contou com a participação oficial de dezoito proeminentes conselheiros(as) de diferentes nações – professores(as), *experts* do direito constitucional e até mesmo vários ex-juízes de tribunais constitucionais e internacionais⁴.

Não seria exagerado especular que estamos tratando aqui de uma obra que será um importante ponto de referência para a doutrina e teoria constitucional alemã dos próximos vinte anos. Nesse sentido, a tese dessa resenha é que: um estudo aprofundado e atual dos assuntos mais centrais do direito constitucional alemão não tem como ignorar o mais novo *Handbuch des Verfassungsrechts*.

Após uma apresentação com informações introdutórias sobre a obra em questão, a tese da resenha será desenvolvida qualitativamente a partir de uma discussão de questões básicas e temas centrais que perpassam a maior parte dos capítulos do *Handbuch des Verfassungsrechts*. Em foco estarão, em especial: i) a discussão sobre a transnacionalização do discurso constitucional-científico alemão; ii) as releituras do papel do Tribunal

² Os dois últimos autores faleceram nos anos de 2005 e 2006, respectivamente.

³ São eles: Matthias Bäcker, Pascale Cancik, Wolfgang Durner, Martin Eifert, Klaus Ferdinand Gärditz, Matthias Herdegen, Peter M. Huber, Matthias Jestaedt, Jens Kersten, Oliver Lepsius, Johannes Masing, Christoph Möllers, Angelika Nußberger, Ralf Poscher, Ute Sacksofsky, Margarete Schuler-Harms, Angelika Siehr, Antje von Ungern-Sternberg, Uwe Volkmann, Christian Waldhoff, Astrid Wallrabenstein, Joachim Wieland e Hinnerk Wißmann.

⁴ São eles: Vincenzo Baldini, Olivier Beaud, Giovanni Biaggini, Pedro Cruz Villalón, Bernhard Ehrenzeller, William Ewald, Christoph Grabenwarter, Danile Halberstam, Shu-Perng Hwang, Olivier Jouanjan, Go Koyama, Russell A. Miller, Andrés Sajó, Sir Konrad Schiemann, Yeong-Chin Su, Christian Vigoroux, Erika de Wet e Andrzej Wróbel.

Constitucional Federal alemão; e iii) as análises da ordem constitucional para além da dogmática constitucional.

2. À GUIZA DE APRESENTAÇÃO DA OBRA

“Manual do Direito Constitucional” seria definitivamente uma tradução inadequada para essa obra para o português⁵, por pelo menos duas razões. A primeira é que ela não cai bem no atual cenário jurídico brasileiro, em que os “manuais” de direito são, via de regra, obras concisas ou sistematizadas para aprovação em concursos públicos ou para estudos sem uma finalidade profundamente jurídico-científica. Ao contrário disso, este livro representa uma releitura crítica, densa e capilar de temas centrais ao constitucionalismo alemão. O segundo é que a ideia de *Handbuch* do direito constitucional alemão remonta a uma tradição germânica de mais de dois séculos⁶, marcada, no contexto da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), por um intercâmbio de ideias da jurisprudência constitucional com a doutrina no campo intermediário entre a teoria e a dogmática constitucional (MASING, 2021b, p. 990-991). Dessa maneira, “manual” acaba por dizer muito pouco para o(a) leitor(a) brasileiro(a).

Os capítulos do livro estão divididos em cinco grandes partes: i) fundamentos; ii) princípios constitucionais; iii) organização do Estado; iv) direitos fundamentais; e v) regimes constitucionais específicos. Por meio dessa estrutura, puderam ser revisitados praticamente todas as questões centrais e os alicerces da dogmática constitucional alemã⁷.

⁵ Apesar de ainda nos ser desconhecida alguma iniciativa de tradução dessa obra para o português, uma breve observação sobre seu título nos pareceu relevante. De toda maneira, há perspectivas de publicação da obra também em uma versão em inglês: cf. Jakab (2022, p. 710).

⁶ Cf. p. ex.: Saalfeld (1812), Anschütz e Thoma (1930) e Benda (1995). Vale ressaltar que a referência ao “direito constitucional” (*Verfassungsrecht*) no título da obra ao invés da tradicional abordagem alemã sobre o “direito estatal” (*Staatsrecht*) parece ter sido uma escolha consciente e atenta à internacionalização da discussão alemã.

⁷ A primeira parte da obra (“fundamentos”) contém quatro capítulos, respectivamente sobre: i) a Lei Fundamental na conjuntura do constitucionalismo ocidental; ii) a constituição no sistema internacional de multiníveis; iii) a Lei Fundamental como constituição da compensação proporcional; iv) e o desenvolvimento constitucional e a Jurisprudência constitucional. A segunda parte (“princípios constitucionais”), tematiza em seus quatro capítulos: v) a democracia; vi) o Estado de direito; vii) o Estado social; e viii) a Federação. A terceira parte (“organização do Estado”) trata em sete capítulos sobre: ix) nacionalidade (a nível nacional e europeu) e migração; x) direito partidário, eleitoral e parlamentar; xi) o sistema de governo parlamentar; xii)

A despeito da diversidade de matérias tratadas, há ao menos três teias comuns que perpassam quase todos os capítulos da obra, que se caracterizam: i) pela tentativa de transnacionalização do discurso constitucional-científico alemão; ii) por releituras do papel do Tribunal Constitucional Federal alemão (*das Bundesverfassungsgericht*), especialmente nos contextos constitucionais alemão e europeu; e iii) por análises institucionais da ordem constitucional, buscando (de maneira consciente) ir reflexivamente além da dogmática constitucional.

Em primeiro lugar, a busca pela transnacionalização do discurso constitucional-científico alemão é visível na obra por meio de frequentes referências a sistemas jurídico-constitucionais estrangeiros e de análises integradas do direito constitucional alemão com o direito internacional e o direito europeu. Para Gärditz (2021a, p. 254-260) todas essas normas (bem como a doutrina constitucional estrangeira) são abrangidas pelo pensamento jurídico transnacional (*transnationales Verfassungsdenken*) e constituem fontes do desenvolvimento constitucional (*Quellen der Verfassungsentwicklung*). Seguindo essa linha, os dois primeiros capítulos da obra já tratam da Lei Fundamental alemã no contexto do constitucionalismo ocidental (HERDEGEN, 2021) e da Constituição no sistema internacional de multiníveis (MASING, 2021a), respectivamente. Em capítulos seguintes, também são perceptíveis os esforços em conectar a abordagem do direito constitucional alemão com essas perspectivas do pensamento jurídico transconstitucional⁸.

As releituras do papel e influência do Tribunal Constitucional Federal alemão, em

lei e legislação; xiii) proteção jurídica e jurisprudência; xiv) Administração Pública e autonomia administrativa; e xv) o Tribunal Constitucional Federal alemão. A quarta (“direitos fundamentais”) concentra-se, em oito capítulos, sobre: xvi) a doutrina geral dos direitos fundamentais; xvii) a dignidade da pessoa humana; xviii) a liberdade pessoal; xix) os direitos de igualdade; xx) as liberdades de comunicação; xxi) o direito constitucional religioso; xxii) o casamento, a família e a educação; e xxiii) os direitos fundamentais na ordem econômica e do trabalho. A quinta (“regimes constitucionais específicos”), por fim, trata: xxiv) do regime constitucional econômico; xxv) do regime constitucional midiático; xxvi) do regime constitucional ambiental; xxvii) do regime constitucional militar e de relações exteriores; e xviii) do regime constitucional de segurança.

⁸ Cf. p. ex.: Huber (2021, p. 412-428), Siehr (2021, p. 605 ss.), Lepsius (2021, p. 832-834) e Wißmann (2021, p. 1472 ss.).

segundo lugar, permeiam toda a obra⁹. Olhando para o cenário transnacional, essas releituras são manifestadas frequentemente junto a afirmações de fato: a perda de importância do *Bundesverfassungsgericht* é eminente diante do fenômeno da europeização do direito alemão. A decrescente relevância do Tribunal é apresentada em correlação, p. ex., com o seu antigo monopólio de competência para revogação de leis (GÄRDITZ, 2021b, p. 888) e com a matéria de direitos de refugiados (GÄRDITZ, 2021a, p. 275).

Isso não quer dizer, todavia, que a influência do Tribunal pareça ser subestimada em toda a obra. Ao contrário, voltando-se para a realidade nacional, Masing (2021b, p. 982, tradução nossa) chega a dizer em seu capítulo sobre o *Bundesverfassungsgericht* que: “O Tribunal Federal Constitucional é um dos tribunais constitucionais mais poderosos do mundo – talvez atualmente aquele que tem a posição mais influente a nível nacional”. Nesse sentido é que Kersten (2021, p. 726 ss.) identifica o Tribunal Constitucional Federal como agente central para a compreensão dos fenômenos de mudança estrutural do sistema de governo parlamentarista alemão, p. ex., e que Lepsius (2021, p. 788) constata criticamente que as interpretações do Tribunal determinam amplamente o que constitui efeito vinculante da Constituição alemã.

Em terceiro e último lugar, vários capítulos do novo *Handbuch des Verfassungsrechts* demonstram um forte tom crítico-reflexivo em suas análises institucionais da ordem constitucional, colocando em perspectiva o papel da ciência e da doutrina do direito constitucional. Em parte, isso é apresentado como um reforço da dogmática. Um bom exemplo está no capítulo de Poscher (2021, p. 1117, tradução nossa) sobre a dignidade da pessoa humana:

Como valor constitucional, a dignidade da pessoa humana tem três funções, de acordo com Barak. Além da função fundadora, há uma função interpretativa e uma função limitadora. Todas as três funções podem ser vinculadas a aspectos dogmáticos da garantia da dignidade da pessoa humana da Lei Fundamental

⁹ Isso não significa dizer que a obra não dá a devida importância a outras instituições, órgãos e poderes constitucionais. Exemplificativamente, há capítulos dedicados à Administração Pública (Cancik, 2021), ao sistema de governo parlamentar (Kersten, 2021) e ao direito partidário e eleitoral (Waldhoff, 2021). O foco no Tribunal Constitucional Federal e em sua jurisprudência é tão somente ressaltado, porque de fato integra todos os capítulos da obra.

(*Grundgesetz*).

De outra parte, esse tom é reforçado em outros capítulos da obra como crítica substancial à dogmática, tal como em Lepsius (2021, p. 824):

O surgimento da Jurisprudência na Alemanha está ligado à demarcação da esfera da política (muitas vezes chamada “política” de forma excessivamente abstrata e sem atores). Os juristas alemães querem reivindicar um conhecimento especializado apenas para questões jurídicas. Juízos de conveniência ou concernentes à vontade da maioria não são discutidos na Jurisprudência. Nesses campos, os juristas teriam que argumentar de forma diferente, ou seja, não-dogmática. Eles teriam que convencer com considerações que vão além do critério de lícito/ilícito, com argumentos éticos ou econômicos, com um olhar para o que é viável no momento, mesmo que apenas provisório. Eles teriam que pensar em categorias de capacidade da maioria, de influenciar e mudar a opinião pública, de estímulos e “misturas de controle”. Teriam que discutir, em termos de teoria organizacional, qual questão pode ser tratada de forma mais sensata por qual órgão. Teriam que preparar e justificar diferenciações. Teriam que derivar padrões (*Maßstäbe*) argumentativamente e não apenas deduzi-los da constituição. A Jurisprudência alemã se afastou demais de tais questões (e, portanto, deixou o campo para outras disciplinas, principalmente para os economistas).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando isso tudo em consideração, por fim, pode-se dizer que o novo *Handbuch des Verfassungsrechts* é singular e central para compreender o estado da arte do direito constitucional alemão em razão de suas desafiadoras dicotomias: ao repensar fundamentos e tradições constitucionais alemãs, ele dedica-se ao futuro do pensamento constitucional alemão; ao relativizar a relevância do *Bundesverfassungsgericht*, ele reprojeta-o internacionalmente; e ao revisitar criticamente a dogmática alemã, ele contribui à transnacionalização dela.

4. REFERÊNCIAS

ANSCHÜTZ, Gerhard; THOMA, Richard. **Handbuch des Deutschen Staatsrechts**. v. 1. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

BENDA, Ernst et. al. **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1995.

CANCIK, Pascale. Verwaltung und Selbstverwaltung. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 917-980.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021a. p. 221-316.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Rechtsschutz und Rechtsprechung. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021b. p. 847-916.

HERDEGEN, Matthias. Das Grundgesetz im Gefüge des westlichen Konstitutionalismus. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 13-60.

HERDEGEN, Matthias et al. Einleitung: Deutsches Verfassungsrecht in transnationaler Perspektive. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021a. p. 1-12.

HERDEGEN, Matthias et al. **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: C. H. Beck, 2021b.

HUBER, Peter M. Rechtsstaat. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 383-436.

JAKAB, András. Warum verliert die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft an internationalem Einfluss und was kann dagegen getan werden? **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Heidelberg, v. 82, p. 701-724, 2022.

KERSTEN, Jens. Parlamentarisches Regierungssystem. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 721-776.

LEPSIUS, Oliver. Gesetz und Gesetzgebung. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 777-846.

MASING, Johannes. Verfassung im internationalen Mehrebenensystem. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021a. p. 61-148.

MASING, Johannes. Das Bundesverfassungsgericht. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021b. p. 981-1050.

POSCHER, Ralf. Menschenwürde. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 1101-1162.

SAALFELD, Friedrich. **Handbuch des westfälischen Staatsrechts**. Göttingen: Dieterich, 1812.

SIEHR, Angelika. Der Staat als Personalverband: Staatsangehörigkeit, Unionsbürgerschaft und Migration. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 557-644.

WALDHOFF, Christian. Parteien-, Wahl- und Parlamentsrecht. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 645-720.

WIBMANN, Hinnerk. Grundrechte in der Wirtschafts- und Arbeitsordnung. In: HERDEGEN, Matthias et. al. (Org.). **Handbuch des Verfassungsrechts**: Darstellung in transnationaler Perspektive. München: Verlag C. H. Beck, 2021. p. 1459-1515.

Data da submissão: 24/08/2023

Data da primeira avaliação: 28/02/2025

Data da segunda avaliação: 02/06/2025

Data da aprovação: 02/06/2025

LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO AUTOCONTENÇÃO *FREEDOM OF EXPRESSION AS SELF-RESTRAINT*AUTOCONTENÇÃO

Autor: Matthew Kramer¹⁰
Tradutor: Gilberto Morbach¹¹

RESUMO: Em meu livro mais recente, *Freedom of Expression as Self-Restraint*, articulo e defendo o princípio moral da liberdade de expressão. Este artigo recupera alguns dos principais elementos da obra e aborda, também, a justificação do princípio da liberdade de expressão. Para suplementar as ideias mais abstratas abordadas neste artigo, trago uma série de exemplos ilustrativos que tornam as abstrações mais acessíveis.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; liberdade; John Stuart Mill; Primeira Emenda.

ABSTRACT: In my recent book *Freedom of Expression as Self-Restraint*, I expound and defend the moral principle of freedom of expression. This article recounts a few of the main strands of the exposition in that book, and it touches upon the justification for the principle of freedom of expression. Supplementing the abstract ideas broached in the article are several illustrative examples that render the abstractions more accessible.

Key-words: Freedom of expression.; liberty; free speech; John Stuart Mill; First Amendment.

1. INTRODUÇÃO

O princípio moral da liberdade de expressão, tal como articulado em meu livro *Freedom of Expression as Self-Restraint* (2021), compreende o que segue. Todo sistema de governança é moralmente obrigado a se abster de penalizar quaisquer atividades comunicativas enquanto atividades comunicativas. Em outras palavras, quaisquer restrições impostas por um sistema de governança a determinada atividade comunicativas serão moralmente legítimas somente se impostas não porque a atividade é comunicativa, mas porque ela representa um tipo de conduta reprovável cuja reprovabilidade

¹⁰ **Qualificação:** *Fellow* da British Academy e da Churchill College, Cambridge. Professor de Filosofia Política e Filosofia do Direito e diretor do Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy, na Universidade de Cambridge

¹¹ **1. Qualificação:** Pesquisador de pós-doutorado, como bolsista da FAPESP, na Faculdade de Direito da USP. Doutor e mestre em Direito pela Unisinos, summa cum laude, como bolsista do CNPq. Pesquisador visitante no Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy, na Universidade de Cambridge, como bolsista da CAPES; **2. e-mail:** gmorbach@usp.br; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7136420209962979>; **4. ORCID:** 0000-0003-3765-6532; e **5. vinculação:** FDUSP (SP)

(‘*wrongfulness*’)¹² é independente em relação ao caráter de comunicação (‘*communication-independent*’).¹³ Claramente, nessa articulação da liberdade de expressão, a ideia de independência em relação à comunicação assume importância central. Assim, este artigo inicia sua exposição de alguns dos elementos da liberdade de expressão, assim articulada, explicando o significado de independência de comunicação.

2. INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO À COMUNICAÇÃO

Quando faço referência a condutas reprováveis que são independentes em relação à comunicação, ou à reprovabilidade independente em relação à comunicação, isso pode acabar confundindo leitores, uma vez que essas passagens podem ser lidas como se eu estivesse sugerindo que eventual classificação de enunciados orais como condutas reprováveis (ou parcialmente reprováveis) não se deve àquilo que foi comunicado por esses enunciados. Tenhamos aqui em mente alguns dos vários exemplos de conduta reprovável de tipo independente em relação à comunicação que levantei em meu livro: o

¹² ‘*Wrongfulness*’ representou uma dificuldade particular na tradução deste texto, não apenas por se tratar de um termo sem uma tradução direta ao português — daí por que, além de inserir esta nota com a explicação que segue, optei por conservar o termo entre parênteses no original. Apesar de não ter um equivalente imediato no português, o termo ‘*wrongfulness*’ teria ainda outras traduções possíveis que, em nossa linguagem corrente, soariam melhor que ‘reprovabilidade’, como ‘ilicitude’ ou ‘erroneidade’. Optei por ‘reprovabilidade’, porém, porque ‘ilicitude’ parece pressupor uma conduta ilícita do ponto de vista penal, o que não é necessariamente o caso aqui, enquanto ‘erroneidade’ pode eventualmente indicar engano por parte do agente. Quando falo — ou melhor, quando o autor fala — em ‘reprovabilidade’, ‘*wrongfulness*’, o que está em questão é o elemento, a propriedade, aquilo que há de errado ou reprovável em uma conduta *que faz com essa conduta seja errada ou reprovável*. Dito de outro modo, é a qualidade daquilo que é ou pode ser considerado reprovável. No inglês, o sufixo ‘-ness’, geralmente, serve para transformar um adjetivo em um substantivo. Se ‘*wrongful*’ é errado, mau, injusto, reprovável, ‘*wrongfulness*’ expressa a propriedade que torna algo errado, mau, injusto, reprovável. Quando possível, alterei levemente a estrutura da frase para torná-la mais natural, fluida, em português, mas isso nem sempre foi possível, dada a centralidade do termo no/para o artigo. [Nota do tradutor.]

¹³ Este é um caso parecido com ‘*wrongfulness*’, de tradução um pouco menos complicada mas ainda mais central para o artigo de Kramer. Uma vez que é um termo (no caso da tradução, uma locução, já que não temos a possibilidade, como no inglês, de uma hifenização que transforma duas palavras em uma) que aparece com bastante frequência, também optei por apresentar o original entre parênteses em sua primeira menção no texto. É esse o termo, ‘*communication-independent*’, que o leitor deve ter em mente quando se deparar com expressões como ‘independente em relação à comunicação’ ao longo do texto. No caso, a tradução é menos problemática do que no caso anterior porque, diferentemente de ‘*wrongfulness*’, ‘*communication-independent*’ não é um termo corrente na língua inglesa, mas um termo do próprio autor no contexto específico de sua discussão na filosofia política analítica, cujo significado vai ficando claro ao longo do próprio artigo — já que a primeira seção do texto é dedicada exatamente a explicá-lo. [Nota do tradutor.]

alerta falso e mal-intencionado num grito de “Fogo!” em um teatro lotado e as incitações inflamadas de um orador diante de uma turba agitada em frente à casa de um vendedor de milho.¹⁴ Minha discussão nesta seção se dará em referência a esses dois exemplos a fim de torná-la mais acessível do ponto de vista prático, concreto, mas seus pontos e conclusões são generalizáveis.

Como é evidente, o grito no teatro expressa uma mensagem, de forma robusta, a seus destinatários. Sua pretensão é a de induzir ações imediatas que geram risco à vida dos destinatários, mas esse efeito é atingido deliberadamente por meio das alterações nas crenças e disposições que são engendradas pela transmissão da mensagem mesma. Consequentemente, aquilo que há de errado, de reprovável no grito depende daquilo que foi comunicado nas circunstâncias nas quais o grito ocorreu. Uma explicação adequada da reprovabilidade em questão, assim, precisa fazer referência ao conteúdo e ao contexto do ato comunicativo. São esses os elementos da fala que permitem que esta seja classificada como induzimento (ou tentativa de induzimento) de uma agitação pública perigosa. Em outras palavras, a classificação do grito mal-intencionado como um exemplo de conduta reprovável que independe da comunicação deve-se à mensagem transmitida pelo grito e às circunstâncias nas quais a transmissão dessa mensagem ocorreu.

Igualmente, se a locução ‘independente em relação à comunicação’ pretendesse indicar que a reprovabilidade do ato de gritar “Fogo!” não se deve ao sentido comunicativo da fala, ela seria inadequada. Ocorre que, quando caracterizo a reprovabilidade da fala como sendo de tipo independente em relação à comunicação, ou quando sustento que a fala pode corretamente ser sujeita a sanções — enquanto modo de conduta reprovável independente de comunicação —, não estou sugerindo que a reprovabilidade não pode ser atribuída ao conteúdo e ao contexto da mensagem expressada pelo grito. O ponto é que o grito pertence a uma categoria de conduta reprovável — a categoria do induzimento (ou

¹⁴ Dois exemplos célebres na filosofia política e jurídica ou no direito constitucional. O primeiro, do grito de “Fogo!” no teatro lotado, foi elaborado por Oliver Wendell Holmes; o segundo, da incitação de violência em frente à casa de um vendedor de milho local, de John Stuart Mill. [Nota do tradutor.]

tentativa) de agitação pública perigosa — que não é *inerentemente* comunicativa.¹⁵ Há uma série de exemplos ou manifestações, existentes ou potenciais, desse tipo de conduta reprovável que são comunicativas, assim como há uma série de exemplos ou manifestações que são não-comunicativas. Essas manifestações heterogêneas são categorizadas juntas em razão das propriedades em comum que as tornam reprováveis. Essas propriedades são concretizadas por qualquer ação ou esforço para iniciar ou exacerbar uma situação de desordem pública perigosa, seja a ação ou esforço de caráter comunicativo ou não. Uma vez que as ações que concretizam as propriedades que tornam a conduta reprovável podem ser tanto comunicativas quanto não-comunicativas, é precisamente por essa razão que a concretização dessas propriedades pode ser classificada como sendo de tipo independente em relação à comunicação — e, uma vez que a reprovabilidade de qualquer ação desse tipo não depende de ela ser de caráter comunicativo ou não-comunicativo, também sua reprovabilidade pode ser classificada como independente de comunicação.

Voltemo-nos agora ao discurso inflamado de um orador que incita os membros de uma turba em frente à casa de um vendedor de milho, incitando-os a atacarem violentamente o vendedor. Claramente, o discurso inflamado aqui é comunicativo; por meio dele, o orador transmite de forma intencional uma mensagem muito clara, assim como transmite sentimentos malignos aos membros da turba. Em razão de seu conteúdo comunicativo e em razão das circunstâncias nas quais esse conteúdo aparece, o discurso do orador é constitutivo de sua participação direta em um linchamento. Considerando-se a proximidade de seu discurso em relação aos atos de violência praticados contra o vendedor de milho, e considerando-se o papel exercido por suas declarações no encorajamento deliberado da turba violenta, suas falas pode ser propriamente classificadas enquanto estágios iniciais da violência. Tal classificação — enquanto participação direta no linchamento — deve-se ao contexto e aos conteúdos comunicativos da fala. Assim, quando sustento que o discurso constitui um modo de conduta reprovável de tipo independente em relação à comunicação, não estou sugerindo que a reprovabilidade do discurso não é

¹⁵ Itálico do tradutor.

passível de ser atribuída ao que foi comunicado. Sua reprovabilidade é de tipo independente em relação à comunicação, mas não nesse sentido absurdo.

Na verdade, a independência em relação à comunicação da conduta reprovável (ou sua reprovabilidade) consiste no fato de que a participação direta de uma pessoa em um linchamento pode ocorrer tanto por meio de ações comunicativas quanto por meio de ações não-comunicativas. Um discurso inflamando que estimula a violência de uma turba é um modo por meio do qual alguém pode contribuir diretamente para com um linchamento, assim como colocar uma corda ao redor do pescoço da vítima. Esses dois modos de participação direta, como outros incontáveis exemplos de modos possíveis de participação, são agrupados em uma mesma categoria de más ações em razão das propriedades que têm em comum e que tornam a conduta reprovável. É porque o discurso inflamado pertence a essa categoria de más ações que ele pode ser propriamente classificado como uma conduta reprovável que de tipo independente em relação à comunicação. Ele pertence a um gênero que atravessa a distinção entre o que é comunicativo e o que é não-comunicativo, e seu pertencimento a esse gênero é o que explica a legitimidade de sua proibição. Sanções podem ser legitimamente impostas ao incitamento não enquanto ato comunicativo, mas enquanto participação direta em um atentado contra a vida. Toda e qualquer pessoa que tiver participado diretamente do mesmo crime de maneira não-comunicativa estará igualmente passível de sofrer sanções do tipo, uma vez que o raio de aplicabilidade de sanções legítimas — assim como a categoria de má conduta em relação à qual elas representam respostas punitivas — atravessa a distinção entre o que é de tipo comunicativo e o que é de tipo não-comunicativo.

É nesse sentido que acabo de explicar, e não no sentido absurdo que mencionei acima, no penúltimo parágrafo, que a conduta reprovável constituída pelo discurso inflamado do orador que incita a violência é de tipo independente em relação à comunicação. Esse tipo de conduta reprovável (participação em um ato de violência contra a vida) compreende manifestações comunicativas e manifestações não-comunicativas igualmente, e uma proibição legítima de condutas desse tipo direciona-se àquilo que elas

têm em comum, não àquilo que dizem respeito apenas às manifestações comunicativas. Portanto, assim como o próprio tipo de conduta reprovável, a proibição legítima aqui é de tipo independente em relação à comunicação. Estendendo-se igualmente às manifestações comunicativas e não-comunicativas, uma proibição desse tipo respeitaria todas as exigências de neutralidade que são fundamentais ao princípio da liberdade de expressão.

3. A NEUTRALIDADE EXIGIDA PELO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como acabo de sugerir, o princípio da liberdade de expressão exige, em qualquer sociedade, que a relação entre o sistema de governança dessa sociedade e as atividades comunicativas de seus cidadãos seja marcada por uma série de tipos de neutralidade. É somente na medida em que cada um desses tipos de neutralidade é observado que um sistema de governança terá exercido a autocontenção envolvida em jamais impor sanções ou penalidades dirigidas a ações comunicativas enquanto ações comunicativas.

3.1. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO À COMUNICAÇÃO

O modo mais geral em que todo sistema de governança deve ser neutro em relação à conduta comunicativa de seus cidadãos é o seguinte: este jamais pode tratar o caráter comunicativo da conduta como fundamento para impor sanções (ou outras penalidades) ou como fundamento para conferir benefícios. Sob o princípio da liberdade de expressão, os propósitos de todas as restrições governamentais, assim como os termos em que estas são impostas, devem respeitar essa exigência geral de neutralidade em relação à comunicação. Uma ênfase, uma insistência na neutralidade desse tipo é subjacente a algumas das mais célebres distinções e doutrinas consagradas no direito constitucional americano.

Consideremos, novamente e de forma breve, o célebre exemplo, de Oliver Wendell Holmes, do homem que grita “Fogo!” no teatro lotado. Muito embora a ação seja comunicativa, sua proibição pode ser moralmente legítima, porque a ação em questão representa um tipo de conduta reprovável cuja reprovabilidade não é exclusivamente

comunicativa. Isto é, o grito é uma tentativa de criar desordem pública em circunstâncias nas quais a desordem tende a resultar em lesões, mortes e danos a propriedade. Uma tentativa tal poderia ser igualmente empreendida por meio de conduta não-comunicativa, como disparar uma arma de fogo ou, no caso, iniciando o próprio incêndio. Assim, uma lei que veda uma conduta desse tipo pode ser — e quase sempre será —, em seu propósito, neutra em relação à comunicação. Uma lei desse tipo, proibindo o induzimento de grave desordem pública, bem pode prever sanções sem tratar o caráter comunicativo desta ou daquela manifestação da conduta proibida como o fundamento para a imposição dessas sanções.

Abordemos aqui também uma distinção que elaborei em maior detalhe em meu livro sobre liberdade de expressão: a distinção entre defesa e incitação, tal como articulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no famoso caso *Brandenburg v. Ohio*, em 1969. Quando as falas de alguém incitam outras pessoas ao envolvimento em atos criminosos, elas têm o objetivo de provocar alguma conduta criminosa em circunstâncias nas quais sua ocorrência iminente é uma consequência provável a ser derivada das falas. Isto é, a comunicação que equivale ao incitamento caracteriza-se por três elementos: a intenção quanto ao elo entre a comunicação e a conduta grave, a iminência da conduta, e a probabilidade de sua ocorrência. Em contraste, quando alguém defende a perpetração de alguma conduta sem, com isso, cometer incitação, ao menos um dos três elementos estará ausente. Um clássico exemplo de incitação, que já considerei na seção §1 acima, é o de John Stuart Mill (1956, pp. 67-68), de um orador inflamado que brada contra a injustiça promovida por comerciantes de milho enquanto se dirige a uma turba agitada em frente à casa de um vendedor de milho local. No exemplo de Mill, assim como em outros casos de incitação, a expressão de enunciados inflamados por parte de um orador constitui sua participação na conduta grave e iminente que os enunciados pretendem e tendem a provocar. Dada a proximidade entre as falas de incitação e o crime iminente que elas pretendem provocar, elas podem ser subsumidas ao crime como constituintes de seus estágios iniciais. Consequentemente, a imposição de sanções ao orador no exemplo de Mill

são inequivocamente consistentes com o princípio da liberdade de expressão. A punição aparece não em razão do caráter comunicativo dos atos do orador, mas em razão destes constituírem seu envolvimento direto e deliberado em um linchamento. De igual modo, a punição é, assim, neutra em relação à comunicação.

Em contextos nos quais um agente (como o orador de Mill) estimula outras pessoas a cometerem atos de violência (ou quaisquer outros atos criminosos), o critério de *Brandenburg* permite que determinemos se o discurso pode ser penalizado de forma neutra em relação à comunicação ou não. Se as falas em questão preenchem o critério *Brandenburg* como teste de incitação, então uma proibição jurídica — uma proibição a atos de vandalismo, agressão ou assassinato, por exemplo —, neutra em relação à comunicação, pode ser aplicada às falas de forma igualmente neutra em relação à comunicação. De outra parte, se as falas não preenchem algum dos critérios de *Brandenburg*, sendo assim classificadas como mera defesa e não incitação, então quaisquer sanções impostas não serão neutras em relação à comunicação. Mesmo se a vedação legal que embasa a sanção for neutra em relação à comunicação (como a proibição a atos de vandalismo, agressão ou assassinato), sua aplicação a um ato de mera defesa não será neutra em relação à comunicação. Diferentemente da incitação, a mera defesa não pode ser subsumida à conduta a ela relacionada; não há aproximação suficiente entre a fala e a conduta para que haja subsunção. Assim, se sujeita a sanções, ela será sujeita a sanções enquanto ato de comunicação e não enquanto estágio inicial de um crime configurado por conduta independente em relação à comunicação. Impostas em circunstâncias tais, as sanções não serão neutras em relação à comunicação e, assim, violarão o princípio da liberdade de expressão. jamais impor sanções ou penalidades dirigidas a ações comunicativas enquanto ações comunicativas.

3.2. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO À COMUNICAÇÃO

Outro dos tipos de neutralidade exigidos pelo princípio da liberdade de expressão é o da neutralidade em relação ao conteúdo, que comporta duas variantes principais:

neutralidade em relação ao assunto ou objeto e neutralidade em relação ao ponto de vista. Examinemos cada uma dessas variantes.

3.2.1. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO AO ASSUNTO

Um sistema de governança que respeita devidamente a exigência de neutralidade em relação ao assunto não estabelece discriminação quanto aos assuntos que podem ser levantados quando se tratar de quaisquer atividades comunicativas permitidas. Para fins de ilustração, será útil um exemplo no qual essa exigência foi ignorada. Suponhamos que uma lei municipal autorize, mediante o pagamento de alguma taxa, a veiculação de propagandas nas traseiras e laterais dos ônibus locais, e suponhamos que essa lei exclua do raio dessa autorização quaisquer propagandas que mencionem tópicos ou assuntos considerados sensíveis ou polêmicos do ponto de vista político. Essa exclusão não estabelece qualquer discriminação em relação ao ponto de vista, uma vez que aplicável a quaisquer propagandas políticas, independentemente de suas respectivas posições no espectro político — estabelecendo, porém, discriminação quanto ao assunto. No que diz respeito a um ambiente público de destaque, seu propósito é o de delimitar a esfera de assuntos que podem ser levantados por potenciais comunicadores e considerados ou avaliados por parte dos destinatários em potencial dessas comunicações.

Uma restrição tal, em relação a determinados conteúdos, viola o princípio da liberdade de expressão, muito embora um governo municipal bem possa proibir a veiculação de propagandas, como um todo, nos ônibus da cidade. O que viola o princípio da liberdade de expressão não é a extensão, o alcance da restrição, mas sua especificação. Certamente, essa característica da restrição poderia ser ainda mais acentuada: por exemplo, em vez de vedar toda e qualquer propaganda política, a legislação poderia proibir apenas propagandas relacionadas ao aborto, ou apenas propagandas que abordassem questões relacionadas à imigração. Qualquer dessas vedações seria menos abrangente que a proibição de todo e qualquer assunto político, mas, precisamente por essa razão, qualquer uma delas seria ainda mais específica enquanto esforço voltado a direcionar o fluxo

discursivo num ambiente público de destaque. Conforme argumentei em maior detalhe no Capítulo 04 de *Freedom of Expression as Self-Restraint*, a seletividade demasiada pode ser tão problemática em relação à liberdade de expressão quanto a amplitude excessiva.¹⁶

3.2.2. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO AO PONTO DE VISTA

Talvez ainda mais importante que a neutralidade em relação ao assunto, um aspecto do respeito ao princípio da liberdade de expressão por parte de um sistema de governança é a neutralidade em relação ao ponto de vista. Suponhamos que, em vez de vedar qualquer propaganda política das traseiras e laterais dos ônibus locais, uma lei municipal proibisse propagandas que veiculassem oposição expressa às políticas do Partido Trabalhista (*Labour*) do Reino Unido — ou que, em vez de vedar qualquer propaganda que mencionasse a questão do aborto, uma lei municipal proibisse apenas propagandas em favor da proibição do aborto. Nenhum desses exemplos envolve uma restrição quanto à esfera de assuntos que podem ser legalmente tratados num espaço público de destaque, mas, em ambos os casos, há uma restrição quanto aos pontos de vista que podem figurar nesses espaços. Adversários do *Labour* ou pessoas favoráveis à proibição do aborto não estariam autorizadas a expor suas visões na forma de propaganda política em ônibus públicos, enquanto partidários do *Labour* e defensores do aborto legal estariam legalmente autorizados a fazê-lo.

Uma vez mais, o que torna a proibição problemática é sua seletividade. Uma administração municipal não tem a obrigação moral de disponibilizar as laterais e traseiras de seus ônibus públicos para a veiculação de propagandas, mas uma medida que disponibilize esses espaços mediante o pagamento de alguma taxa não pode estabelecer de forma legítima qualquer discriminação em relação aos pontos de vista de potenciais anunciantes. Como sustentei no já mencionado capítulo de meu livro de 2021, a seletividade desse tipo de discriminação é particularmente problemática porque desrespeita gravemente a autocontenção que é moralmente exigida de todo e qualquer sistema de

¹⁶ Ver KRAMER, 2021, pp. 155-59. Para uma abordagem esclarecedora acerca desse ponto, ver KAGAN, 1992 (tendo alguns trechos do texto sido suplantados em KAGAN, 1996. Ver também SUK, 2012, pp 146-47.

governança pelo princípio da liberdade de expressão. Por um lado, essa autocontenção seria grosseiramente abandonada por meio do estabelecimento de qualquer restrição mais abrangente direcionada a atividades comunicativas em contextos nos quais proibições significativas não são moralmente permitidas. Por exemplo, se uma administração municipal promulgasse uma lei proibindo os cidadãos de conversarem em parques ou estações públicas, sua tentativa autoritária de regular o discurso público violaria muito flagrantemente o princípio da liberdade de expressão. Por outro lado, não é apenas o caso que desvios da neutralidade em relação ao assunto ou ao ponto de vista sejam moralmente ilegítimos somente nos contextos mencionados — esses desvios seriam igualmente ilegítimos do ponto de vista moral em contextos nos quais determinadas restrições mais gerais seriam, por sua vez, moralmente legítimas. Acabamos de ver um contexto desse segundo tipo: enquanto uma administração local pode, legitimamente, vedar a veiculação de qualquer propaganda nas laterais ou traseiras de seus ônibus, restrições específicas em relação ao assunto ou ponto de vista não seriam moralmente permitidas mesmo nesses contextos. Enquanto tentativas de controlar os padrões do discurso e da contemplação pública, proibições específicas quanto ao assunto ou ponto de vista são desvios ainda mais patentes do ideal governamental de autocontenção do que proibições mais gerais que não estabelecem distinções.

3.3. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO AO COMUNICADOR

Outro tipo de imparcialidade exigida de um sistema de governança sob o princípio da liberdade de expressão é a neutralidade em relação ao comunicador. Embora esse tipo de neutralidade guarde relação estreita com a neutralidade quanto ao ponto de vista, os dois tipos não são equivalentes. Por exemplo, uma pessoa em particular pode ser proibida de falar publicamente sobre certa questão, ainda que outras pessoas com a mesma posição sejam autorizadas a falar em público sobre o mesmo assunto. Não só isso, pode ainda acontecer de uma pessoa em particular ser proibida de falar publicamente sobre determinado assunto enquanto outras pessoas são autorizadas a articular no rádio ou na

televisão as exatas mesmas posições da pessoa proibida de fazê-lo. Uma situação desse tipo é o que ocorria no Reino Unido de 1988 a 1994, quando empresas de rádio ou televisão eram proibidas de veicular ou transmitir vozes de membros de grupos terroristas da Irlanda do Norte ou membros do partido *Sinn Féin*¹⁷ (DONOHUE, 2008, pp. 293-94). Veículos de rádio ou televisão britânicos, ao longo desse mesmo período, eram autorizados a transmitir as vozes de atores ou atrizes que liam as exatas palavras proferidas por membros desses grupos em entrevistas ou outras declarações ou comunicados públicos. Consequentemente, tudo que era dito pelos terroristas e seus partidários políticos poderia ser legalmente veiculado ou transmitido no rádio ou na televisão no Reino Unido, desde que suas vozes fossem substituídas pelas vozes de atores ou atrizes. Em uma situação desse tipo, não havia qualquer inobservância da neutralidade em relação ao conteúdo por parte do governo britânico, mas havia uma óbvia transgressão da neutralidade em relação ao comunicador.

Um ponto que deve ser reforçado aqui quanto à exigência de neutralidade em relação ao comunicador é o de que ela proíbe não apenas a desvantagem baseada na identidade daquele que emite a mensagem, proibindo também tratamentos preferenciais baseados no mesmo critério. Esse é um ponto por vezes ignorado até mesmo por defensores dos valores da democracia liberal. Por exemplo, escrevendo sobre uma decisão absurdamente injusta em que a Suprema Corte dos EUA manteve a condenação de Eugene Debs por se pronunciar contra o papel dos Estados Unidos na Primeira Guerra, John Rawls (1993, p. 351) lamentou que a Suprema Corte tivesse dedicado “pouca atenção à questão constitucional levantada em *Debs*, mesmo que o caso envolvesse um líder de um partido político que já havia sido candidato à presidência por quatro vezes. Rawls tinha razão em criticar a decisão da Suprema Corte em *Debs*, mas errou ao sugerir que a desconsideração da envergadura política de Debs era um fator a mais a ser criticado na decisão. A estatura de Debs enquanto político era irrelevante: nenhum tratamento preferencial a suas

¹⁷ O *Sinn Féin* é um movimento e partido político republicano irlandês, historicamente associado ao IRA, tendo já sido apontado e reconhecido — apesar de tentativas recentes de desassociação pública de imagem — como braço político do grupo terrorista. [Nota do tradutor.]

declarações poderia ser conferido sob esse fundamento. O que deveria ser decisivo, sim, era o fato de que Debs não engendrou deliberadamente qualquer risco de má conduta ou cometimento iminente de crime a partir de suas declarações. Seus discursos não constituíam qualquer participação sua em qualquer crime, caracterizando-se como mera defesa e não incitação. Esse fundamento de neutralidade em relação à comunicação para a absolvição de Debs é claramente, também, neutro em relação ao comunicador — uma vez que aplica a suas declarações o mesmo padrão (a versão de *Brandenburg* do critério de risco claro e iminente) aplicável às declarações de qualquer outro comunicador. proibições mais gerais que não estabelecem distinções.

3.4. NEUTRALIDADE NA APLICAÇÃO

Uma lei respeitará as exigências do princípio da liberdade de expressão se e somente se observar cada um dos tipos de neutralidade que abordamos acima. Embora alguns tipos ou práticas de condutas comunicativas possam ser proibidas por uma regulação em conformidade com esse princípio, essas condutas não são proibidas em razão de seu caráter estritamente comunicativo, ou em razão de seu conteúdo, ou em razão da identidade daqueles que as praticam. Em vez de proibidas enquanto atos de comunicação, esses tipos ou práticas de conduta são proibidas porque constitutivas de alguma má conduta de tipo independente em relação à comunicação. A neutralidade em relação à comunicação, a neutralidade em relação ao assunto e a neutralidade em relação ao ponto de vista, assim, são características de leis promulgadas por um sistema de governança que observa a autocontenção exigida sob o princípio da liberdade de expressão.

É claro — como elaboro em *Freedom of Expression as Self-Restraint* —, esses tipos de neutralidade são fundamentais não apenas em relação aos termos e propósitos das leis promulgadas por um sistema de governança, mas também em relação aos processos por meio dos quais essas leis são implementadas, por meio das ações e decisões de membros oficiais do sistema jurídico (enquanto juízes ou administradores). Mesmo se uma lei for, em si, impecável no respeito ao princípio da liberdade de expressão, essa mesma lei

pode ser aplicada de maneira seletiva por juízes ou administradores de modo a desrespeitar as exigências desse princípio. Considere, por exemplo, o caso *Davis v. Norman* no direito constitucional americano, originado a partir de eventos ocorridos no estado do Arkansas no meio da década de 1970 (KRAMER, 2021, pp. 26-29, 40-41, 52-53). Depois de um cidadão chamado Keith Davis ser morto em uma colisão enquanto fugia da polícia dirigindo um caminhão em alta velocidade, seu pai — que culpava a polícia pela morte do filho — expôs os destroços do caminhão no jardim de sua casa, de modo a protestar contra aquilo que percebia como um abuso de autoridade policial. Sob os termos de uma lei local que proibia o armazenamento a céu aberto de veículos automotores destruídos, o pai de Davis foi notificado com uma ordem de remoção dos destroços do caminhão de seu jardim. Ele então explicou às autoridades locais que estava expondo o veículo em sua propriedade como forma de protesto contra a rigidez da polícia no caso, sustentando que seu ato era uma manifestação simbólica de expressão, protegido assim pela Primeira Emenda. Sua argumentação foi rejeitada pelas cortes federais que acabaram responsáveis por julgar a matéria.

Embora os termos e os propósitos da lei que proibia o armazenamento de destroços de veículos a céu aberto fossem certamente neutros em relação à comunicação, ao conteúdo e ao comunicador, há fundamentos bastante sólidos para que suspeitemos que ela foi aplicada de forma seletiva à conduta de Davis — não sendo neutra em relação à comunicação ou ao conteúdo. Entre aqueles que, na comunidade local, entenderam o caráter da mensagem de Davis estava a polícia, certamente desagradada pelas críticas comunicadas pelo protesto. Assim, na ausência de qualquer evidência em contrário, temos amplos fundamentos para questionar se de fato a lei não teria sido aplicada de forma seletiva para silenciar as críticas de Davis. Se a aplicação da lei foi de fato seletiva de tal forma, a notificação que obrigava o pai de Keith Davis a remover o caminhão do jardim de sua casa violou o princípio da liberdade de expressão (e a Primeira Emenda), mesmo que a lei estivesse originalmente de acordo com o princípio. De todo modo, fazendo ou não fazendo sentido as críticas à ação da polícia naquela cidade do Arkansas, o ponto geral

aqui é o de que os tipos de neutralidade acima mencionados são exigidos (sob o princípio da liberdade de expressão) em processos de administração e aplicação das leis, não apenas em sua criação ou elaboração. Tratando-se de qualquer lei ou medida adotada por um sistema de governança, o princípio da liberdade de expressão só será respeitado na medida em que tanto a lei ou medida em si quanto sua implementação forem ambas caracterizadas por todos os tipos de neutralidade aqui discutidos.

3.5. A QUESTÃO DA JUSTIFICAÇÃO

No quarto capítulo de *Freedom of Expression as Self-Restraint*, elaboro uma justificação detalhada do princípio moral da liberdade de expressão articulado neste artigo. Aqui, posso apenas esboçar a questão. Como já deve ser evidente, os diferentes tipos de neutralidade exigidos pelo princípio da liberdade de expressão precisam de uma justificação. Afinal, uma posição abrangente em favor da neutralidade em relação à comunicação, ao conteúdo e ao comunicador terá importantes problemas e objeções em uma série de exemplos. Voltemos por um momento à lei municipal que autoriza a venda de locais de propaganda nas laterais e traseiras de ônibus públicos, excluindo propagandas que expressam certos pontos de vista específicos. Se toda e cada lei do tipo for considerada ilegítima, e se se insiste em uma versão forte da neutralidade em relação ao ponto de vista, a administração local pode se ver eventualmente diante de pedidos de veiculação de propaganda por parte de grupos odiosos como a Ku Klux Klan ou um partido comunista radical. Por que os administradores deveriam escolher entre a alternativa de não permitir qualquer propaganda e a alternativa que deixa em aberto a possibilidade de eventuais propagandas veiculadas por grupos desse tipo?

Uma resposta adequada a essa questão, e a questões análogas relacionadas a outros tipos de neutralidade exigidos sob o princípio da liberdade de expressão, exige uma articulação elaborada de uma justificação desse princípio. No capítulo mencionado, apresento essa justificação. Neste artigo, em vez dessa explicação, buscarei apresentar aqui um esboço do foco, da direção mais apropriada para uma defesa do princípio da liberdade

de expressão. Começamos aqui, novamente, por uma reflexão acerca do que foi dito sobre a diferença entre a extensão ou alcance de uma restrição e a seletividade de uma restrição.

Se a melhor justificação para o princípio da liberdade de expressão fosse centrada na garantia de oportunidades para comunicadores (oradores, escritores, compositores, artistas e assim por diante) expressarem suas ideias e seus sentimentos, seria exigido de nós que explicássemos por que restrições seletivas a certas comunicações são, com frequência, mais problemáticas do que restrições gerais mais abrangentes. Afinal, as oportunidades para expressão disponíveis a comunicadores são reduzidas de forma muito maior no segundo caso do que no primeiro. Enfrentaríamos dificuldades parecidas se a melhor justificação para o princípio da liberdade de expressão se centrasse na garantia de amplo acesso de potenciais destinatários da comunicação (ouvintes, leitores, espectadores) aos sentimentos, às expectativas, às ideias articuladas por outras pessoas. Restrições seletivas teriam menor impacto nesse acesso do que teriam restrições mais gerais. Tampouco seríamos capazes de explicar a disparidade moral entre restrições gerais e restrições seletivas se tentássemos reivindicar o princípio da liberdade de expressão concentrando-nos em consequências sociais desejáveis, como, por exemplo, a promoção e difusão do conhecimento. Enquanto a busca por objetivos desse tipo seria prejudicada por proibições gerais direcionadas a atividades comunicativas, eles poderiam ser promovidos e não prejudicados por eventuais proibições mais sutilmente seletivas. Assim, tanto quanto uma ênfase nas oportunidades para autoexpressão ou no acesso às articulações das ideias e sentimentos expressados por outras pessoas, uma ênfase em objetivos sociais como a difusão do conhecimento não daria conta de explicar por que restrições seletivas são especialmente reprováveis.

Para que possamos oferecer uma explicação adequada, precisamos voltar nossa atenção à relação entre um sistema de governança e a sociedade por ele governada. Quando um sistema de governança impõe restrições ou limitações de tipo restritivo às comunicações, o controle por ele exercido em aspectos centrais da vida das pessoas é particularmente detalhado. Por razões que podem ser mencionadas apenas brevemente

aqui, a minuciosidade do controle detalhado é de caráter presunçoso e degradante. É presunçosa porque confere a membros oficiais de um sistema de governança um papel decisivo no direcionamento das especificidades de interações comunicativas enquanto interações comunicativas,¹⁸ e é degradante porque torna o êxito de um sistema de governança parcialmente dependente da não-ocorrência de modos de expressão que um sistema de governança mais robusto do ponto de vista ético poderia aceitar. A tolerância certamente não é equivalente à condescendência: como destaque em *Freedom of Expression as Self-Restraint*, um elemento central na robustez ética de um sistema de governança é o ponto até o qual seu funcionamento evita quaisquer efeitos desagradáveis potencialmente trazidos ou engendrados pelos modos de expressão por ele deixados livres de restrição. Consequentemente, um critério fundamental de medida da saúde moral de um sistema de governança está em sua capacidade de exercer o tipo de autocontenção que é constitutivo da liberdade de expressão. Isso é algo que podemos verificar quando refletimos sobre os tipos de neutralidade (na esfera das interações comunicativas) exigidos sob o princípio da liberdade de expressão. O Capítulo 04 de *Freedom of Expression as Self-Restraint* elabora esse assunto com muito mais fôlego, de forma a clarificar e aprofundar muito mais as breves considerações deste parágrafo. Aqui, meu propósito foi o de oferecer um panorama de alguns dos pontos da teoria desenvolvida na obra.

4. REFERÊNCIAS

DONOHUE, Laura. **The Cost of Counterterrorism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KAGAN, Elena. “The Changing Faces of First Amendment Neutrality: *R.A.V. v St Paul*, *Rust v Sullivan*, and the Problem of Content-Based Underinclusion.” **1992 Supreme Court Review**, 1992, pp. 29-77.

KAGAN, Elena. “Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine”. **University of Chicago Law Review**, n. 63, 1996, 413-517.

¹⁸ Lembremos aqui que um ato comunicativo pode ser restrito ou proibido legitimamente se constituir grave conduta reprovável que seja de caráter independente em relação à comunicação.

KRAMER, Matthew. **Freedom of Expression as Self-Restraint**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Edited by Currin Shields. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1956.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York, NY: Columbia University Press, 1993.

SUK, Julie. "Denying Experience: Holocaust Denial and the Free-Speech Theory of the State." In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (eds.). **The Content and Context of Hate Speech**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 144-63.

Data da submissão: 02/02/2024

Data da primeira avaliação: 09/06/2024

Data da segunda avaliação: 11/06/2024

Data da aprovação: 11/06/2024

O PRECEDENTE NA ARBITRAGEM*PRECEDENT IN ARBITRATION***Thomas Clay¹⁹**

RESUMO: Este artigo explora o papel do precedente no contexto da arbitragem internacional, desafiando a aparente oposição entre os sistemas de common law e civil law. Ao longo da análise, evidencia-se que, embora a arbitragem seja concebida como um espaço de autonomia e flexibilidade decisória, a prática revela um uso recorrente — ainda que não vinculante — de decisões anteriores como fontes de influência. A distinção entre precedente e jurisprudência, a atuação de instituições arbitrais e o papel dos tribunais estatais, como juízes de apoio, recurso ou execução, são examinados com profundidade. O artigo também destaca a tensão entre liberdade do árbitro e padronização de soluções, encerrando com uma provocação sobre a subjetividade da escolha arbitral e o valor da independência em face da tradição decisória.

Palavras-chave: Precedente; Arbitragem Internacional; Common Law e Civil Law.

ABSTRACT: This article explores the role of precedent within the context of international arbitration, challenging the supposed opposition between common law and civil law traditions. Through a detailed examination, it is demonstrated that, although arbitration is conceived as a space of autonomy and decision-making flexibility, practice reveals a frequent — though non-binding — use of prior decisions as sources of influence. The article draws distinctions between precedent and jurisprudence, examines the role of arbitral institutions, and investigates how national courts function as supporting, appellate, or enforcement judges. It also highlights the tension between arbitral freedom and the standardization of solutions, concluding with a provocation on the subjective nature of arbitrator selection and the value of independence in light of prior decisions.

Key-words: Precedent; International Arbitration; Common Law and Civil Law.

1. INTRODUÇÃO

Uma “cabeça de alfinete”. À primeira vista, essa é a dimensão do tema que nos ocupa hoje. No entanto, após ouvirmos os diversos palestrantes ao longo do dia, o tema revela-se, ao contrário, de uma riqueza incomum, bem como relativamente recente (GAILLARD; BANIFATEMI, 2008; KAUFFMANN-KOHLER, 2008, p. 137; ARROYO,

¹⁹ **1. Qualificação:** Professor de Direito (Professeur agrégé) de Direito Privado na Université Paris I Panthéon-Sorbonne; **2. e-mail:** thomas.clay@univ-paris1.fr; e **3. vinculação:** Université Paris I Panthéon-Sorbonne (França)

2016, p. 113). Essa é, aliás, a façanha dos organizadores deste colóquio: saírem dos caminhos já amplamente trilhados e oferecerem um tema inovador e instigante.

As diversas intervenções das quais fomos privilegiados ao longo do dia demonstraram que, longe de ser insignificante como uma cabeça de alfinete, o tema oferece um vasto campo a ser explorado e desenvolvido. Essa exploração, realizada por esses verdadeiros "garimpeiros do pensamento", para continuar a metáfora, foi especialmente rica. Os palestrantes não se limitaram a falar de ouro; refinaram, com o conhecimento que possuem, uma questão que, em si, não tinha precedentes, e fizeram emergir, não pedras preciosas, mas verdadeiras joias intelectuais. Nesse sentido, a escolha de conceder aos palestrantes o tempo necessário, maior que o usual, para apresentarem seus argumentos, mostrou-se particularmente acertada.

Devemos começar pela definição, em francês, do termo "précédent" (precedente). O "*Dictionnaire historique de la langue française Robert*" define "precedente" como um "fato anterior que permite compreender um fato análogo; uma decisão ou uma maneira de agir da qual se pode valer em um caso semelhante" (LE ROBERT, 2022, verbete "Précédent"). Essa definição corresponde exatamente à acepção adotada durante este colóquio. A etimologia da palavra é ainda mais reveladora: surgido no século XIII, o termo "precedente" deriva do latim "*Praecedens*", composto de "prae" (antes) e "cedere" (ir, ceder), significando "andar na frente", "vir antes", ou "ser anterior". Entretanto, o uso do termo no sentido que é empregado hoje só apareceu no século XIX, do inglês *precedent*. A ironia da história é que o termo inglês, por sua vez, foi inspirado no termo francês do século XV. E assim, desse duplo movimento de tradução, resultou-se o termo "precedente" tal como é compreendido hoje.

Esse vai e vem entre o inglês e o francês certamente contribuiu para tornar o precedente – ou mais precisamente a regra do precedente – o cerne da distinção, ou da própria oposição, entre o *common law* e o *civil law*. Salim Moollan bem observou que a regra do precedente vincula o juiz da *common law*, enquanto o juiz da *civil law* permanece livre. Este último pode ser influenciado por um precedente, que funcionará como uma

fonte de inspiração, mas não está obrigado a segui-lo. Vale lembrar que o artigo 5.º do Código Civil francês proíbe os juízes de "se pronunciar por meio de disposições gerais e regulamentares sobre as causas que lhes são submetidas". Este artigo, em verdade, vai longe, pois impede expressamente que os juízes recorram a precedentes.

É curioso observar que essa regra fundamental dos países de civil law não impede que a doutrina examine detalhadamente os acórdãos – em especial, os do Tribunal de Apelação de Paris (Cour d'appel de Paris) ou da Corte de Cassação (Cour de cassation) – com o objetivo de atribuir-lhes um alcance que ultrapasse o caso concreto e os transforme em... precedentes. Assim, é válido questionar se a naturalidade com que são usadas expressões como *arrêt de principe* ou *arrêt d'espèce*²⁰ para classificar uma decisão não seria, na verdade, contrária à essência do sistema de civil law. Essas expressões, de fato, não deveriam ter espaço no direito francês. A proibição dos chamados *arrêts de règlement* faz, por princípio, de cada caso uma situação única. Mais ainda: essa característica é justamente o que diferencia a common law – um sistema jurídico fundamentado na compilação – da civil law, que se baseia na construção. Pode-se até dizer que essa distinção demonstra a superioridade intelectual da civil law sobre a common law. Para resumir em uma frase, trata-se da diferença entre um "direito de notas de rodapé" e um "direito de página inteira". E isso se deve à rejeição da regra do precedente.

O direito da arbitragem não escapa à contradição. Mais ainda do que em outros campos, não se esforça por analisar os meandros das decisões para destacar as decisões “relevantes”? Não existe uma verdadeira *case law* no direito da arbitragem a ponto de autores, incluindo magistrados, compilarem as decisões mais importantes (FADLALLAH; HASCHER, 2019; CLAY; PINSOLLE; VOISIN, 2014) ? Não estamos diante daquele

²⁰ Os termos "arrêts de principe", "arrêts d'espèce" e "arrêts de règlement" são conceitos do direito francês sem tradução exata no português e/ou no sistema jurídico brasileiro. "Arrêts de principe", cuja tradução literal seria "acórdãos de princípio", referem-se a decisões que estabelecem princípios jurídicos gerais aplicáveis a casos futuros, de forma semelhante às decisões de repercussão geral no Brasil. "Arrêts d'espèce", traduzido literalmente como "acórdãos de espécie", aplicam-se exclusivamente ao caso concreto, sem intenção de criar precedentes gerais, assemelhando-se às decisões judiciais comuns no Brasil que não possuem efeito vinculante. Por sua vez, "arrêts de règlement", cuja tradução literal seria "acórdãos regulamentares", eram decisões históricas que criavam normas gerais, prática atualmente proibida pelo artigo 5 do Código Civil francês, que impede os juízes de exercerem funções legislativas.

"direito erudito" que o Professor Bruno Oppetit mencionava ao falar do direito internacional privado (OPPETIT, 1992, p. 331), mas que também se aplica ao direito da arbitragem?

Contudo, a força do precedente no direito da arbitragem é variável. A arbitragem clássica – frequentemente, mas erroneamente, denominada arbitragem comercial – baseia-se, de fato, em alguns grandes precedentes, mas não é obcecada pela busca de precedentes. Esses grandes precedentes fornecem apenas a arquitetura geral da matéria. Em contrapartida, a arbitragem de investimentos está constantemente pautada por precedentes, ainda que contraditórios. Encontramos no âmago da arbitragem a oposição entre *civil law* e *common law* (DAVID, 1972, p. 765). A arbitragem clássica é um direito de construção, mais influenciado pela *civil law*, enquanto a arbitragem de investimentos é um direito de compilação, marcado pela *common law*. Na arbitragem de investimentos, as partes buscam acumular precedentes para, por um efeito de massa, conquistar a decisão. As partes enfrentam-se em uma verdadeira "batalha de precedentes", restringindo a liberdade do árbitro, que encontra também um conforto intelectual em basear-se no que já foi decidido em vez de construir inteiramente uma solução específica. O simples fato de que os precedentes sejam contraditórios deveria relativizar a suposta segurança que oferecem. Em torno da regra do precedente, constroem-se não apenas a distinção entre *civil law* e *common law*, mas também entre a arbitragem clássica e a arbitragem de investimentos

No entanto, para quem acredita quase religiosamente na autonomia da arbitragem internacional, o precedente deveria ter ainda menos espaço. Se a arbitragem é um direito autônomo, então não está vinculada a nada, especialmente a nada que a preceda. Não está sequer vinculada a si mesma, o que constitui um paradoxo singular.

A arbitragem é um direito independente, desvinculado de tudo, inclusive de seus próprios precedentes. A menos que, em um novo paradoxo, seja exatamente o oposto: por ser autônoma, a arbitragem está submetida a seu próprio corpus de regras, formado pela sedimentação de decisões e precedentes, culminando na emergência de uma ordem jurídica arbitral autônoma, precisamente construída por superposição de precedentes. Foi isso que

Christophe Seraglini chamou hoje de "harmonização das soluções". Contudo, a questão da publicidade das sentenças arbitrais, que Salim Moollan denominou "divulgação", suscitou debates sobre seu significado e implicações.

Neste ponto, é útil evitar confundir precedente com jurisprudência. Para ilustrar essa distinção, vale recorrer à célebre sentença arbitral *Dow Chemical* de 1982, que afirma:

"Considerando que, neste sentido, já se pronunciaram tribunais arbitrais instituídos no âmbito da CCI (v. sentenças no caso n.º 2375 de 1975, Clunet, 1976, p. 973; e no caso 1434 de 1975, Clunet, 1976, p. 978); que as decisões desses tribunais formam progressivamente uma jurisprudência que deve ser considerada, pois deduz as consequências da realidade econômica e está em conformidade com as necessidades do comércio internacional, às quais devem responder as regras específicas, elas mesmas progressivamente elaboradas, da arbitragem internacional". (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 1982, p. 146, 899).

Na primeira parte dessa citação, há uma referência clara ao que precedeu. Nela, encontramos a essência do precedente e da jurisprudência. A sentença *Dow Chemical* constitui, portanto, quase um precedente perfeito ou absoluto, pois não apenas se baseia em um precedente e define a jurisprudência arbitral, mas também se tornou ela mesma um precedente. Quarenta anos depois, continua a fundamentar o princípio da extensão da cláusula compromissória a um grupo de empresas. Trata-se de um exemplo emblemático de precedente.

A identificação do precedente é, de fato, o cerne da questão. Durante todo o dia, as discussões giraram em torno da distinção entre o que constitui precedente e o que não constitui. Buscou-se distinguir entre situações com precedentes e sem precedentes. Assim, as comunicações podem ser sintetizadas em dois blocos: casos com precedentes (I) e casos sem precedentes (II).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 PRECEDENTE

Existem dois tipos de precedentes na arbitragem. O primeiro situa-se no cerne da arbitragem (2.1.1), enquanto o segundo está apenas em suas margens (2.1.2).

2.1.1. NO CERNE DA ARBITRAGEM

No cerne da arbitragem, o precedente pode manifestar-se em dois contextos: no âmbito de uma mesma disputa (1) ou no contexto de uma mesma instituição de arbitragem (2).

1º) Em uma mesma disputa:

Quando há um precedente em uma mesma disputa, estamos diante da autoridade da coisa julgada. Este foi o tema abordado por Anne-Véronique Schlaepfer. A res judicata, expressão latina sobre a qual a palestrante deu especial ênfase, é uma espécie de forma imperativa do precedente. Sua extensão foi discutida, principalmente no que diz respeito aos fundamentos da decisão, que também podem carregar a autoridade da coisa julgada. O princípio da “concentração dos meios” (preclusão) também foi destacado, assim como o papel da res judicata em conjuntos complexos de fatos.

Contudo, um caso específico merece menção: decisões formuladas em ordens procedimentais. Estas podem ser emitidas em sequência, referindo-se umas às outras. Não é incomum que uma ordem procedimental mencione outra anterior, seja para complementá-la, estendê-la ou mesmo reiterá-la. Trata-se, portanto, de precedentes no âmbito da arbitragem internacional, dentro de uma mesma disputa, sem que se possa invocar a autoridade da coisa julgada, dado que, evidentemente, ainda não houve julgamento.

2º) No âmbito de uma mesma instituição de arbitragem

O precedente também pode derivar de uma mesma instituição de arbitragem. Esse foi o tema tratado por Xavier Favre-Bulle. É certo que, assim como as ordens procedimentais, as decisões das instituições de arbitragem não são, em princípio, decisões jurisdicionais. Ainda assim, elas podem criar precedentes em questões de grande relevância, como as decisões sobre impugnação de árbitros, substituição, conexão e consolidação de procedimentos, prazos e honorários. Como lembrou o palestrante, as decisões das instituições de arbitragem são administrativas e, portanto, "degradadas", muitas vezes significativamente, em relação a uma decisão jurisdicional. No entanto, são

elas que acabam gerando precedentes. Isso é particularmente paradoxal, considerando que tais decisões geralmente não são públicas e, em alguns casos, sequer são fundamentadas.

Mesmo assim, o conjunto dessas decisões forma um corpo de soluções, reiteradas inúmeras vezes, sempre convergentes ou até idênticas, que se baseiam umas nas outras como precedentes. Ainda mais relevante, como destacou Maxi Scherer, esse fenômeno provoca uma "padronização" dos procedimentos arbitrais, ilustrada, por exemplo, pelo uso das Redfern schedules. Xavier Favre-Bulle, por sua vez, mencionou as Guidelines da International Bar Association como outro exemplo dessa evolução.

As estatísticas apresentadas por Maxi Scherer demonstram que, embora haja pouca publicidade dessas decisões, exceto por algumas decisões isoladas, os precedentes existem porque as instituições de arbitragem baseiam-se em uma base consistente de decisões. Assim, essas instituições buscam coerência em suas práticas. As decisões acumuladas criam uma prática institucional, ou mesmo uma "política" (policy) do centro de arbitragem. Isso, por sua vez, torna-se um elemento de atratividade e até de marketing para a instituição. O exemplo mais claro e recente dessa realidade são as notas da CCI ou o aguardado projeto da "practice note" do Centro Suíço de Arbitragem.

Existe, portanto, precedente na arbitragem, seja em uma mesma disputa ou no âmbito de uma mesma instituição de arbitragem. No entanto, os precedentes também estão presentes nas margens da arbitragem.

2.1.2. NAS MARGENS DA ARBITRAGEM

Como se sabe, à margem da arbitragem, o juiz estatal pode intervir como *juge d'appui* (1), *juge du recours* (2) ou *juge de l'exequatur* (3).²¹

²¹ Os termos *juge d'appui*, *juge du recours* e *juge de l'exequatur* são conceitos do sistema jurídico francês sem tradução exata no direito brasileiro, mas com algumas aproximações. O *juge d'appui* (literalmente, "juiz de apoio") intervém para garantir o bom andamento do procedimento arbitral, resolvendo impasses relacionados à nomeação, substituição ou recusa de árbitros, conforme disposto nos artigos 1451 e 1452 do Código de Processo Civil francês. No Brasil, funções análogas são exercidas pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.307/1996. O *juge du recours* (literalmente, "juiz do recurso") analisa impugnações contra sentenças arbitrais, limitando-se a questões processuais ou violações de ordem pública, o que encontra paralelo no artigo 32 da Lei de Arbitragem, que trata da anulação de sentenças arbitrais. O *juge de l'exequatur* (literalmente, "juiz de execução") é responsável pela execução de sentenças arbitrais, tanto

1º) Juge d'appui (juiz de apoio)

As discussões de hoje não se concentraram particularmente no *juge d'appui*. Contudo, no direito positivo francês, suas decisões em matéria de recusa de árbitros levantam questões delicadas relacionadas ao precedente. De fato, as decisões do *juge d'appui* possuem força de coisa julgada (*autorité de chose jugée*) e vinculam o *juge du recours*, mesmo que se trate de uma decisão de inadmissibilidade. Foi uma ordem proferida em um procedimento sumário (*ordonnance de référé*) no caso Samsung, há cerca de uma década, que estabeleceu essa regra.²²

Na prática, isso significa que, se o *juge d'appui* rejeitar um pedido de recusa de árbitro por considerá-lo inadmissível devido à sua intempestividade, essa decisão será revestida de força de coisa julgada. Consequentemente, o fundamento da recusa não poderá ser novamente invocado perante o *juge du recours*, mesmo que não tenha sido examinado em razão da intempestividade. Trata-se de uma manifestação evidente, senão excessiva, da força do precedente, já que a decisão do *juge d'appui* prevalece perante o *juge du recours*.

2) Juge du recours (juiz do recurso)

Este é o cerne da questão. A solução clássica é que o juiz da civil law não está, oficialmente, sujeito à regra do precedente. Contudo, como lembrou Louis Degos, na prática, precedentes existem. Quem poderia afirmar que o caso Hilmarton²³ não constitui

internas quanto estrangeiras, no território francês. No Brasil, sentenças arbitrais já possuem força executória como títulos executivos judiciais (CPC, art. 515), sendo o STJ o responsável pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras (artigos 34 a 40 da Lei de Arbitragem).

²² TRIB. GR. INST. PARIS. Caso Samsung, nº 10/50604. Paris, 22 jan. 2010. In: *Revue de l'arbitrage*, 2010, p. 571, nota J.-B. Racine; *Périodique des Affaires (PA)*, 2010, nº 203, p. 6, nota P.-A. Rouquette; Dalloz (D.), 2010, p. 2937, observações de Th. Clay.

²³ CASS. CIV. 1RE. Caso Hilmarton, nº 92-15.137. Paris, 23 mar. 1994. *Bulletin Civil I*, nº 104. In: *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 327, nota Ch. Jarrosson; *Clunet*, 1994, p. 701, nota E. Gaillard; *Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.)*, 1994, p. 702, obs. J.-Cl. Dubarry e E. Loquin; *Revue critique de droit international privé (Rev. crit. DIP)*, 1995, p. 356, nota B. Oppetit; extratos da nota publicados in OPPETIT, B. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, Coleção Droit, Éthique, Société, 1998, p. 85; *Dossiers et Documents de Politique Internationale (DPCI)*, 1995, p. 152, obs. D. Nedjar; *Périodique des Affaires (PA)*, 1995, nº 23, p. 8 (2ª esp.), obs. G. Parléani; *Yearbook Commercial Arbitration*, v. XX, 1995, p. 666; *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 291, nota A. Vincent.

um precedente? Ou que os acórdãos Putrabali²⁴ não são precedentes? Ou ainda que a decisão NIOC²⁵ ou o célebre caso Gosset²⁶ não são precedentes?

O precedente pode também ser mais fragmentado: não é o acórdão como um todo, mas determinados elementos que se tornam precedentes. Louis Degos ilustrou esse ponto com princípios gerais da arbitragem, como o princípio da autonomia da cláusula compromissória e o princípio da kompetenz-kompetenz, que se tornaram precedentes inquestionáveis.

Da mesma forma, os padrões reiterados em várias decisões contribuem para uma forma de precedente. Sobre isso, Louis Degos destacou dois padrões, em particular: a independência do árbitro e o controle da ordem pública. Em relação à independência do árbitro, há a fórmula repetida inúmeras vezes: "A independência é da essência jurisdicional da função do árbitro." Quanto à ordem pública, a expressão "violação flagrante, efetiva e concreta" foi usada por cerca de vinte anos. Outra formulação recorrente, presente em cerca de metade dos acórdãos, afirma: "O juiz do recurso não é o juiz do mérito da

²⁴ CASS. CIV. 1RE. Caso Putrabali, n° 05-18.053 e n° 06-13.293. Paris, 29 jun. 2007. *Bulletin Civil I*, n° 250 e 251. In: *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507, nota E. Gaillard; *Clunet*, 2007, p. 1236, nota Th. Clay; *Gazette du Palais* (Gaz. Pal.), Cah. arb., 21-22 nov. 2007, p. 2, nota Ph. Pinsolle; *Gaz. Pal.*, Cah. arb., 21-22 mar. 2008, p. 23, nota C. Debourg; *Revue critique de droit international privé* (Rev. crit. DIP), 2008, p. 109, nota S. Bollée; *PA*, 2007, n° 192, p. 20, nota M. de Boissésou; *Dalloz* (D.), 2007, p. AJ.1969, nota X. Delpech; *D.*, 2008, p. 1429, obs. L. Degos; *Journal des Contrats Publics* (JCP), 2006, I.216 § 7, obs. Ch. Seraglini; *Revue Juridique des Assurances* (RJDA), 2007, p. 883, obs. J.-P. Ancel; *D.*, 2008, p. 189, obs. Th. Clay; *RTD com.*, 2007, p. 682, obs. E. Loquin; *Gaz. Pal.*, Cah. arb., 21-22 nov. 2007, p. 3, obs. S. Lazareff; *Arbitration International*, 2007, p. 277, nota Ph. Pinsolle; *Bulletin ASA*, 2007, p. 217, nota P.-Y. Gunter; *American Review of International Arbitration*, 2007, p. 309, nota H. Smit; *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2008, n° 18, p. 114, nota L. Weiller.

²⁵ CASS. CIV. 1RE. Caso NIOC, n° 01-13.742. Paris, 1 fev. 2005. *Bulletin Civil I*, n° 53. In: *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 693, nota H. Muir Watt; *Revue critique de direito internacional privado* (Rev. crit. DIP), 2006, p. 140, nota Th. Clay; *JCP*, 2005, I.134 § 4, obs. J. Béguin; *JCP E.*, 2005, II.447, nota G. Kessler; *JCP*, 2005, II.10101, nota G. Kessler; *RTD com.*, 2005, p. 266, obs. E. Loquin; *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, p. 37, nota F.-X. Train; *D.*, 2005, p. 3054, obs. Th. Clay; *Gaz. Pal.*, 27-28 abr. 2005, p. 3, obs. S. Lazareff; *SIAR*, 2005, v. 2, p. 217, nota G. Tattevin e F.-X. Train; *Spain Arbitration Review*, 2008, n° 3, p. 90, nota Th. Clay.

²⁶ CASS. CIV. 1RE. Caso Gosset, n° 58-12.874. Paris, 7 mai 1963. *Bulletin Civil I*, n° 246. In: *D.*, 1963, p. 545, nota J. Robert; *Revue critique de direito internacional privado* (Rev. crit. DIP), 1963, p. 615, nota H. Motulsky; *Clunet*, 1964, p. 83, nota J.-D. Bredin; *JCP*, 1963, II.13405, nota B. Goldman; *Revue de l'arbitrage*, 1963, p. 60, nota Ph. Francescakis; *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ.), 1963, p. 785, obs. P. Hébraud.

sentença." Essa solução é um exemplo de um precedente amplamente citado nas decisões estatais sobre controle de sentenças arbitrais.

3º) Juge de l'exequatur (juiz de execução)

O *juge de l'exequatur* também esteve ausente das discussões do dia. Isso é surpreendente, pois é diante dele que, por vezes, surgem conflitos de decisões, e, conseqüentemente, conflitos de precedentes. Isso ocorre quando decisões diferentes, senão inconciliáveis, são proferidas no mesmo caso. Um exemplo são sentenças arbitrais contraditórias, como no caso Hilmarton já mencionado. Também ocorre quando a sentença arbitral é incompatível com uma decisão judicial estatal.

Foi este o caso no processo Planor de 2012,²⁷ ou, mais recentemente, nos processos Citigroup (2021),²⁸ República do Benin (2022)²⁹ e Armamenti (2022).³⁰ A Corte de Apelação de Paris compreende que a inconciliabilidade pode surgir na execução e entende que deve ser dada preferência à decisão que primeiro foi executada na França. Assim, o pedido de execução posterior deve ser rejeitado, qualquer que seja a natureza da decisão (sentença arbitral ou decisão estatal estrangeira), para evitar uma violação da ordem pública internacional processual.

No caso Citigroup, a Corte afirmou: *"O mero reconhecimento ou a execução de uma sentença (arbitral) inconciliável com uma decisão judicial interna ou estrangeira previamente dotada de executividade na França pode violar de forma manifesta, efetiva e concreta a ordem pública internacional, sendo inconciliáveis as decisões judiciais que*

²⁷ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Planor, n° 10/21349. Paris, 17 jan. 2012. In: *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 569, nota M.-L. Niboyet; *Gazette du Palais (Gaz. Pal.)*, 6-8 mai 2012, p. 16, obs. D. Bensaude; *Dalloz (D.)*, 2012, p. 2991, obs. Th. Clay; *International Arbitration Law Review (Int'l Arb. L. Rev.)*, 2012, n° 15-2, p. 11, nota B. Grange.

²⁸ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup, n° 19/11413. Paris, 12 jul. 2021. In: *Revue de l'arbitrage*, 2021, p. 968 (en somm.); *JCP*, 2021, p. 1280, § 5, obs. Ch. Seraglini; *Dalloz actualité*, 17 set. 2021, obs. J. Jourdan-Marques; *D.*, 2021, p. 2272, obs. Th. Clay; *Paris Journal of International Arbitration (Paris Journ. Intern. Arb.)*, 2022, p. 119, obs. P. Pedone.

²⁹ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. In: *Dalloz actualité*, 21 jan. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; *Global Arbitration Review (GAR)*, 3 fev. 2022, obs. C. Sanderson.

³⁰ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Armamenti, n° 19/22977. Paris, 1 fev. 2022. In: *Revue de l'arbitrage*, 2022, p. 1490, nota E. Loquin; *D.*, 2022, p. 1784, obs. E. Farnoux; *Dalloz actualité*, 16 mar. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; *Gaz. Pal.*, 3 mai 2022, p. 13, obs. L. Larribère.

acarretam consequências jurídicas mutuamente excludentes".³¹ De forma ainda mais clara, no caso República do Benin, decidiu que: "*Se a ordem pública internacional francesa pode ser ferida pela inconciliabilidade entre uma sentença arbitral e uma decisão de um tribunal estrangeiro que geram consequências jurídicas mutuamente excludentes, é necessário que essas decisões sejam igualmente executórias no território francês*".³²

A execução, ao permitir a incorporação da decisão ao ordenamento jurídico nacional, é o elemento que constitui o precedente que prevalece sobre a decisão conflitante, mesmo que esta seja anterior, mas que ainda não tenha sido executada (DEBOURG, 2012). Aqui, o precedente é, portanto, incontestável.

Concluindo esta primeira parte, verifica-se que há, de facto, precedentes na arbitragem. Mas também há casos de arbitragem sem precedentes.

2.2. SEM PRECEDENTE

Existem situações em que o precedente está ausente, parcial ou totalmente, dependendo de exercer ou não influência. No que diz respeito ao precedente, pode-se identificar, portanto, sua influência (A) ou sua indiferença (B).

A) A influência do precedente

O precedente é uma fonte de inspiração entre muitas outras. A decisão pode ser influenciada por uma lei aplicável, uma norma material, a *lex mercatoria*, as opiniões pessoais dos julgadores, entre outros fatores. É o que Philippe Fouchard chamava de "sincretismo arbitral" (GAILLARD, 2004, p. 375, destaque para p. 379), e que Luca Radicati di Brozolo descreveu como a "grande flexibilidade" que caracteriza a atuação dos árbitros.

A influência do precedente pode ser percebida em litígios similares. Essa influência varia de acordo com a autoridade da decisão invocada, seja ela um acórdão da Corte de Cassação, uma sentença arbitral célebre ou mesmo um precedente do qual o próprio árbitro

³¹ COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup. Paris, 12 jul. 2021. Destaque para o n° 35.

³² COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. Destaque para o n° 54.

tenha participado em um caso anterior. Nesse último caso, é igualmente necessário saber distanciar-se do precedente.

Existem também precedentes no contexto de sistemas integrados ou altamente integrados, mencionados ao longo do dia. Pense-se, por exemplo, na arbitragem no âmbito da OHADA ou no Tribunal Arbitral do Esporte (TAS). No sistema do TAS, a sentença é revisada detalhadamente pela administração do tribunal, buscando soluções convergentes que possam criar uma forma de "jurisprudência". Essa "jurisprudência" é, em maior ou menor grau, vinculativa para futuros casos arbitrais no TAS.

A influência de precedentes na arbitragem também se manifesta de maneira mais informal, especialmente em casos de arbitragens sucessivas. Esses casos podem ser homogêneos, envolvendo as mesmas partes e os mesmos árbitros. No entanto, podem ser heterogêneos, quando há acréscimos ou exclusões de partes ou quando os tribunais arbitrais são apenas parcialmente recompostos. Nesses casos, surgem precedentes fragmentados, com níveis desiguais de conhecimento sobre o caso.

O mesmo viés pode ser observado em arbitragens não sucessivas, mas paralelas, quando, por exemplo, dois dos três árbitros participam simultaneamente em tribunais paralelos. Nessas situações, é possível que o terceiro árbitro de um dos tribunais não esteja ciente da conexão entre os casos, ou que, mesmo sabendo, não tenha acesso às informações do outro processo arbitral.

Em todas essas circunstâncias, não se pode falar propriamente de precedentes, mas sim de influências ou de precedentes meramente "intelectuais".

Por fim, é necessário mencionar as medidas provisórias ou cautelares, como foi abordado por Anne-Véronique Schlaepfer. Em princípio, as medidas provisórias não devem criar precedentes, justamente devido à sua natureza transitória e não definitiva. No entanto, elas podem servir como fonte de inspiração. Isso é evidente no caso oposto, quando o tribunal se afasta de uma decisão anterior. Nessas situações, é comum que a nova decisão seja acompanhada de explicações detalhadas, como se o tribunal precisasse

justificar uma mudança não linear em seu raciocínio, demonstrando que se desvinculou de um precedente próprio.

Essa questão é ainda mais evidente no caso do árbitro de urgência, cuja decisão, por definição, não vincula o tribunal que julgará o mérito, nem deve criar precedentes. Para se desvencilhar dessas decisões, frequentemente utiliza-se expressões como *prima facie* ou *en l'état*, técnicas que permitem desconectar o futuro tribunal arbitral de decisões urgentes anteriores. Assim, tribunais posteriores podem rever essas medidas sem o risco de contradição. Nesse sentido, o precedente exerce alguma influência, mas, na maioria das vezes, predomina a indiferença em relação ao precedente.

B) A indiferença ao precedente

A indiferença ao precedente é, em princípio, a regra. Esse é, inclusive, um dos motivos pelos quais as partes recorrem à arbitragem. A arbitragem tem como finalidade permitir aos árbitros que não fiquem presos a um sistema predefinido, evitando formatações e, até mesmo, afastando-se dos argumentos e meios apresentados pelas partes. Existe, inclusive, um dever de liberdade por parte do árbitro (CLAY, 2023).

Essa liberdade é especialmente evidente em relação às sentenças arbitrais anteriores. Segundo Luca Radicati di Brozolo, a liberdade do árbitro em relação aos precedentes é "indiscutível". A dupla ausência de regulação e publicidade impede que sentenças anteriores sejam consideradas precedentes vinculativos ou mesmo relevantes.

Ademais, a publicidade pode ser tendenciosa ou manipulada. A sentença arbitral Salini, de 23 de julho de 2001,³³ ilustra essa questão de forma marcante. É amplamente conhecida, mas poucos sabem que, apenas uma semana antes, em 16 de julho de 2001, foi proferida uma sentença absolutamente idêntica: a sentença Consortium R.F.C.C. v. Marrocos,³⁴ que raramente é citada. O que explica essa publicidade relativa? Por que uma sentença é amplamente divulgada enquanto outra, semelhante, é ignorada?

³³ CIRDI. Caso Salini Costruttori S.p.A. v. Royaume du Maroc, ARB/00/4. Competência. 23 jul. 2001. Destaque para os n° 43 a 64.

³⁴ CIRDI. Caso Consortium R.F.C.C. v. Royaume du Maroc, ARB/00/6. Competência. 16 jul. 2001. Destaque para os n° 50 a 66.

A resposta está no fato de que a sentença Salini foi traduzida por Emmanuel Gaillard, que tinha interesse em promovê-la em um de seus casos. A primeira sentença foi esquecida, apesar de ser o verdadeiro precedente. A publicidade deve ser vista com cautela, pois é aleatória e cria incertezas em relação ao precedente. Assim, mesmo a sentença Salini – considerada o "precedente dos precedentes" – é, na realidade, uma ilusão. A falta de tradução e divulgação por um "influenciador", como diríamos hoje, impediu que a sentença Consortium R.F.C.C. alcançasse o mesmo destaque da sentença Salini.

A legitimidade da arbitragem reside precisamente na escolha das partes, primeiro pela arbitragem, depois pelo árbitro. Nunca se afirmou que a arbitragem oferece garantia de qualidade jurídica da sentença. Esse não é o objetivo principal da arbitragem. Diferentemente do juiz estatal, que passa por uma formação jurídica obrigatória e cujas aptidões são avaliadas por exames e concursos – assegurando competências jurídicas –, os árbitros são escolhidos por si mesmos, com base em critérios subjetivos. Essa constatação é enfatizada por Sébastien Manciaux ao questionar a qualidade das sentenças arbitrais. De fato, há sentenças que é melhor não conhecer. Existem sentenças ruins. É, portanto, uma ilusão acreditar que seria necessário um precedente, um sistema organizado e regulado de publicidade das sentenças arbitrais. A ausência de precedentes é fundamental, pois reflete a própria essência da arbitragem.

3. CONCLUSÃO

Para concluir, houve hoje um grande ausente: o árbitro, ou mais precisamente, o papel do árbitro em relação ao precedente. O árbitro é escolhido com base no que ele é – sua personalidade, seu temperamento, entre outros fatores. Pode-se preferir, por exemplo, um árbitro cauteloso, de espírito mais conservador, que tende a se apoiar em um conjunto de decisões anteriores e precedentes, protegido por seu próprio imperativo categórico que o conduz a alinhar-se aos precedentes. Por outro lado, pode-se optar por um árbitro de temperamento mais criativo, até mesmo arrojado, que tem a capacidade de se emancipar do que foi decidido anteriormente, não por uma busca de originalidade, mas por

independência de pensamento. Em outras palavras, o árbitro é escolhido pela sua habilidade de se libertar da ordem estabelecida, dependendo das necessidades da tese que se deseja sustentar – seja ela uma tese que se insere em um continuum de decisões ou que deve se afastar desse padrão. Talvez essa seja, inclusive, a principal característica buscada em um árbitro. "O árbitro e o precedente" poderia, portanto, ser o tema de um futuro colóquio. Enquanto isso, podemos revisitar esta frase de André Gide, em seu livro intitulado "Attendu que..." – um título que certamente ressoa para os juristas: *"Isso criou um precedente, do qual ele se valeu para se introduzir, tanto sabia que uma primeira concessão nos obriga"* (GIDE, 1943, p. 31).

4. REFERÊNCIAS

ARROYO, D. Fernández. "Les décisions arbitrales comme précédent". In: *Le précédent en droit international*. Paris: A. Pedone, Colloque de Strasbourg, 2016, p. 113.

CASS. CIV. 1RE. Caso Gosset, nº 58-12.874. Paris, 7 mai 1963. *Bulletin Civil I*, nº 246. In: *D.*, 1963, p. 545, nota J. Robert; *Revue critique de droit international privé (Rev. crit. DIP)*, 1963, p. 615, nota H. Motulsky; *Clunet*, 1964, p. 83, nota J.-D. Bredin; *JCP*, 1963, II.13405, nota B. Goldman; *Revue de l'arbitrage*, 1963, p. 60, nota Ph. Francescakis; *RTD civ.*, 1963, p. 785, obs. P. Hébraud.

CASS. CIV. 1RE. Caso Hilmarton, nº 92-15.137. Paris, 23 mar. 1994. *Bulletin Civil I*, nº 104. In: *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 327, nota Ch. Jarrosson; *Clunet*, 1994, p. 701, nota E. Gaillard; *RTD com.*, 1994, p. 702, obs. J.-Cl. Dubarry e E. Loquin; *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 356, nota B. Oppetit; extratos publicados in OPPETIT, B. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, *Coleção Droit, Éthique, Société*, 1998, p. 85; *DPCI*, 1995, p. 152, obs. D. Nedjar; *PA*, 1995, nº 23, p. 8 (2ª esp.), obs. G. Parléani; *Yearbook Commercial Arbitration*, v. XX, 1995, p. 666; *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 291, nota A. Vincent.

CASS. CIV. 1RE. Caso NIOC, nº 01-13.742. Paris, 1 fev. 2005. *Bulletin Civil I*, nº 53. In: *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 693, nota H. Muir Watt; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 140, nota Th. Clay; *JCP*, 2005, I.134 § 4, obs. J. Béguin; *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, p. 37, nota F.-X. Train; *SIAR*, 2005, v. 2, p. 217, nota G. Tattevin e F.-X. Train; *Spain Arbitration Review*, 2008, nº 3, p. 90, nota Th. Clay.

CASS. CIV. 1RE. Caso Putrabali, nº 05-18.053 e nº 06-13.293. Paris, 29 jun. 2007. *Bulletin Civil I*, nº 250 e 251. In: *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507, nota E. Gaillard;

Clunet, 2007, p. 1236, nota Th. Clay; Gaz. Pal., Cah. arb., 21-22 nov. 2007, p. 2, nota Ph. Pinsolle; Gaz. Pal., Cah. arb., 21-22 mar. 2008, p. 23, nota C. Debourg; Rev. crit. DIP, 2008, p. 109, nota S. Bollée; PA, 2007, n° 192, p. 20, nota M. de Boissésou; D., 2007, p. AJ.1969, nota X. Delpech; RTD com., 2007, p. 682, obs. E. Loquin; Arbitration International, 2007, p. 277, nota Ph. Pinsolle; Bulletin ASA, 2007, p. 217, nota P.-Y. Gunter; Revista Brasileira de Arbitragem, 2008, n° 18, p. 114, nota L. Weiller.

CIRDI. Caso Salini Costruttori S.p.A. v. Royaume du Maroc, ARB/00/4. Competência. 23 jul. 2001. Destaque para os n° 43 a 64.

CIRDI. Caso Consortium R.F.C.C. v. Royaume du Maroc, ARB/00/6. Competência. 16 jul. 2001. Destaque para os n° 50 a 66.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Planor, n° 10/21349. Paris, 17 jan. 2012. In: Revue de l'arbitrage, 2012, p. 569, nota M.-L. Niboyet; Gazette du Palais (Gaz. Pal.), 6-8 mai 2012, p. 16, obs. D. Bensaude; Dalloz (D.), 2012, p. 2991, obs. Th. Clay; International Arbitration Law Review (Int'l Arb. L. Rev.), 2012, n° 15-2, p. 11, nota B. Grange.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup, n° 19/11413. Paris, 12 jul. 2021. In: Revue de l'arbitrage, 2021, p. 968 (en somm.); JCP, 2021, p. 1280, § 5, obs. Ch. Seraglini; Dalloz actualité, 17 set. 2021, obs. J. Jourdan-Marques; D., 2021, p. 2272, obs. Th. Clay; Paris Journal of International Arbitration (Paris Journ. Intern. Arb.), 2022, p. 119, obs. P. Pedone.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. In: Dalloz actualité, 21 jan. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; Global Arbitration Review (GAR), 3 fev. 2022, obs. C. Sanderson.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Armamenti, n° 19/22977. Paris, 1 fev. 2022. In: Revue de l'arbitrage, 2022, p. 1490, nota E. Loquin; D., 2022, p. 1784, obs. E. Farnoux; Dalloz actualité, 16 mar. 2022, obs. J. Jourdan-Marques; Gaz. Pal., 3 mai 2022, p. 13, obs. L. Larribère.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso Citigroup. Paris, 12 jul. 2021. Destaque para o n° 35.

COUR D'APPEL DE PARIS. Caso République du Bénin. Paris, 11 jan. 2022. Destaque para o n° 54.

CLAY, Th. "The arbitrator's duty of freedom". In: Liber Amicorum in Memoriam of Piero Bernardini. Association italienne d'arbitrage (ed.). 2023.

CLAY, Th.; PINSOLLE, Ph.; VOISIN, Th. The French International Arbitration Law Reports 1963-2007. New York: JurisNet, 2014.

DAVID, R. "Conception française et conception anglaise de l'arbitrage". In: Mélanges Walter J. Ganshof Van der Meersch. Bruxelles: Bruylant; Paris: LGDJ, 1972, t. 2, p. 765.

DEBOURG, C. Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international. Prefácio de F.-X. Train. Paris: LGDJ, Coleção Bibliothèque de droit privé, 2012.

FADLALLAH, I.; HASCHER, D. Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial. Paris: Dalloz, Coll. Grands Arrêts, 2019.

GAILLARD, E. "Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international". In: Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard. Revue de l'arbitrage, 2004, p. 375, com destaque para p. 379.

GAILLARD, E.; BANIFATEMI, Y. Precedent in International Arbitration. Huntington N.Y.: Juris Publishing, IAI Series on International Arbitration, 2008.

GIDE, A. Attendu que.... Paris: Charlot, 1943, p. 31.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Caso CCI n° 4131/1982. Partes: Dow Chemical c. Isover Saint Gobain. Paris, 1982. In: Coletânea de Sentenças Arbitrais da CCI, 1974-1985, p. 146. Clunet, 1983, p. 899. Observações de Y. Derains.

KAUFFMANN-KOHLER, G. "Is Consistency a Myth?", p. 137.

LE ROBERT. Dictionnaire historique de la langue française. 6. ed. Paris: Le Robert, 2022. Verbete: "Précédent".

OPPETIT, B. "Le droit international privé, droit savant". Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye, v. III, 1992, p. 331.

TRIB. GR. INST. PARIS. Caso Samsung, n° 10/50604. Paris, 22 jan. 2010. In: Revue de l'arbitrage, 2010, p. 571, nota J.-B. Racine; Périodique des Affaires (PA), 2010, n° 203, p. 6, nota P.-A. Rouquette; Dalloz (D.), 2010, p. 2937, observações de Th. Clay.

Data da submissão: 12/02/2025

Data da primeira avaliação: 20/02/2025

Data da segunda avaliação: 11/04/2025

Data da aprovação: 11/04/2025

**O RESSARCIMENTO AO SISTEMA DE SAÚDE ÚNICO BRASILEIRO PELAS
OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE: CONSIDERAÇÕES QUANTO À SUA
(IN)CONSTITUCIONALIDADE**

*THE REIMBURSEMENT TO THE BRAZILIAN NATIONAL HEALTH SYSTEM BY
HEALTH INSURANCE COMPANIES: CONSIDERATIONS REGARDING ITS
(IN)CONSTITUTIONALITY*

**José Márcio Carvalho da Silva³⁵
Leandro de Araújo Pernambuco³⁶**

RESUMO: a saúde no Brasil possui como características precípuas ser um dever do Estado e direito de todos os cidadãos. Entretanto, no cenário brasileiro, além do Sistema Único de Saúde (SUS), existe a figura da saúde suplementar, composta essencialmente por operadoras privadas que oferecem serviços de saúde aos beneficiários mediante pagamento. A coexistência de assistência à saúde por um sistema único e um sistema suplementar por vezes instaura conflitos como o que se refere ao ressarcimento ao SUS pelas operadoras privadas quando da utilização dos serviços públicos por beneficiários de planos de saúde. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar os aspectos conflitantes relacionados à constitucionalidade e legalidade do ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos privados de saúde. Para tal, foi utilizado o método descritivo-analítico por meio de consulta aos dispositivos legais e à literatura pertinente ao tema por meio de pesquisa bibliográfica, contemplando a revisão dos preceitos teóricos, normas regulatórias e fundamentações legais que norteiam a problemática. São abordados os aspectos conceituais sobre SUS, Sistema Suplementar e as negativas dos planos de saúde, assim como as diretrizes regulatórias e jurídicas relacionadas ao ressarcimento ao SUS, considerando as perspectivas do Estado e das operadoras de saúde. Foi constatado que há entendimento jurídico da constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, em especial quando houve negativa do plano de saúde por ausência do procedimento no rol, doença pré-existente ou carência contratual. Ainda assim, as operadoras de planos privados apresentam argumentos contrários a esse posicionamento.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Direitos do Paciente; Judicialização da Saúde; Operadora de Plano de Assistência à Saúde; Saúde Suplementar.

³⁵ **1. Qualificação:** bolsista PROSUP/CAPES; Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP-PE); **2. e-mail:** jmarciocarvalhoad@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4650012598264228>; **4. ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-4225-1073>; e **5. vinculação:** UNICAP-PE

³⁶ **1. Qualificação:** Doutor em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); **2. e-mail:** leandroapernambuco@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7838024850861158>; **4. ORCID:** <http://orcid.org/0000-0001-6246-9769>; e **5. vinculação:** UFPB

ABSTRACT: Health in Brazil has as its main characteristics to be a duty of the State and a right of all citizens. However, in the Brazilian scenario, in addition to the Unified Health System (SUS), there is a supplementary health system, essentially composed of private health institutions that offer health services to users in exchange for payment. The coexistence of health care provided by a public system and a supplementary system sometimes leads to conflicts, such as the reimbursement to the SUS by private health operators when users of health plans use public services. The present study aims to analyze the conflicting aspects related to the constitutionality and legality of reimbursement to the SUS by private health insurance providers. To this end, the descriptive-analytical method was used through consultation of the legal provisions and literature pertinent to the topic by bibliographic research, contemplating the review of the theoretical concepts, regulatory norms and legal grounds that guide the problem. The conceptual aspects of the SUS, the Supplementary System, and the negatives of the health plans are discussed, as well as the regulatory and legal guidelines related to reimbursement to the SUS, considering the perspectives of the State and the health operators. It was verified that there is a legal understanding of the constitutionality of reimbursing the SUS, especially when there was a negative decision by the health plan due to the absence of the procedure on the list, pre-existing disease, or contractual shortage. However, the private plan operators present arguments contrary to this position.

Key-words: Right to Health; Patient Rights; Health's Judicialization; Health Insurance; Supplementary Health.

1. INTRODUÇÃO

A negativa de procedimentos pelas operadoras privadas de saúde consiste em uma das problemáticas mais frequentes que alcançam diuturnamente o judiciário brasileiro. As operadoras costumam endossar seus argumentos baseados na carência contratual, em doenças ou lesões pré-existentes, ou na inexistência dos procedimentos no rol referenciado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que segue a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1981, conhecida como Lei dos Planos de Saúde (LPS).

Como nem sempre a negativa é revertida em tempo suficiente para o usuário realizar seu tratamento como e quando necessita, ocorre a busca por assistência no Sistema Único de Saúde (SUS), que não pode deixar de atender o usuário, tendo em vista que a Constituição Federal do Brasil de 1988 aduz expressamente que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Entretanto, a despeito desse direito assegurado, se a assistência foi prestada a um beneficiário de plano de saúde, o SUS costuma solicitar

ressarcimento à operadora privada, o que instaura um conflito na esfera jurídica.

Neste cenário, esta pesquisa será norteada pelo objetivo principal de analisar os aspectos conflitantes relacionados à constitucionalidade e legalidade do ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos privados de saúde. Para compreender melhor essa problemática, este artigo utilizou o método descritivo analítico por meio de pesquisa bibliográfica e consulta aos dispositivos legais e normas regulatórias pertinentes ao tema. Nesse sentido, o trabalho está dividido em três seções principais. Na primeira, discorre-se sobre os aspectos gerais do SUS, especialmente o contexto histórico que levou à sua criação em 1988.

Na segunda seção, são abordadas as características do Sistema Suplementar de Saúde brasileiro, desde os conceitos que envolvem o regime de complementaridade dos serviços de saúde, previsto constitucionalmente, até a criação da ANS e seus desdobramentos.

Por fim, a terceira seção é dedicada às dimensões que se atrelam diretamente ao ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos privados de saúde. Abordam-se as diferentes razões para negativas de procedimentos pelos planos de saúde e discorre-se sobre os contrapontos do ressarcimento à luz do direito e da perspectiva das operadoras. Desta feita, serão observados os pontos de vista dos dois vieses da questão, os que são favoráveis e os que discordam quanto ao ressarcimento ao SUS pelas operadoras de saúde privada, tendo em vista assegurar-lhes o contraditório e a ampla defesa, levando-se em consideração que ambas as partes possuem seus próprios fundamentos e justificativas para concordarem ou não com o ressarcimento.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Antes de iniciar a abordagem com relação à questão do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) pelas operadoras de planos de saúde, é importante explorar noções iniciais sobre o funcionamento e os princípios que regem o sistema, bem como seus aspectos constitucionais e legais. Trata-se de um complexo sistema de saúde pública que

contempla desde uma simples consulta a exames de alta complexidade, transplantes de órgãos ou internamentos sejam estes eletivos, cirúrgicos ou em unidades de terapia intensiva (UTI). A cobertura destes serviços prestados pelo SUS à população brasileira inicia-se ainda no pré-natal e acompanha o cidadão até seu falecimento, tendo como foco principal a saúde e a qualidade de vida. Sendo assim, o SUS não somente possui como objetivo cuidar das doenças, mas também proporcionar às pessoas uma qualidade de vida com ênfase na prevenção e na promoção da saúde. Para que tudo isso ocorra de maneira sincronizada e organizada necessita-se que o mesmo possua uma estrutura bem definida, uma vez que o Brasil é considerado um país continental de dimensões geográficas e sociais complexas e a depender destes fatores serão encontradas discrepâncias regionais significativas.

Diante destas considerações e ponderações iniciais, discorre-se a seguir o caminho histórico para abordar o que existia no nível da saúde pública no Brasil antes da implementação do SUS pela Constituição Federal de 1988 e como esse sistema foi formado e suplementado a partir de 1988.

2.1. A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL ANTES DA CRIAÇÃO DO SUS

Antes de existir o SUS nos moldes que se conhece, o Ministério da Saúde (MS), em conjunto com os estados e municípios, eram responsáveis pela promoção e prevenção de doenças, com grande ênfase para as campanhas de vacinação e controle de endemias. Nessa dimensão, todas as ações desenvolvidas pelo MS possuíam caráter universal, onde não se observava quaisquer distinção ou discriminação com relação à população que seria beneficiada. Já quanto à assistência médico-hospitalar neste período, Souza (2003) explica que o MS tinha sua atuação efetivada por meio de poucos hospitais especializados e por meio da Fundação de Serviços Especiais de Saúde Pública (FSESP) em algumas regiões, essas ações eram chamadas de “assistência médico-hospitalar” e não atuava como um direito à população, mas sim como algo mais próximo de um favor ou caridade (SOUZA, 2003).

A atuação do poder público neste segmento era por meio do então Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que logo em seguida passou a ser denominado de Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que se tratava de uma autarquia do Ministério da Previdência e Assistência Social. Todavia, esse sistema de assistência à saúde ainda não era direcionado para todos os brasileiros: somente pessoas filiadas a alguma entidade de classe ou categoria profissional fariam jus a estes benefícios, ou seja, somente as pessoas que trabalhassem na economia formal e seus dependentes. Sendo assim, a cobertura fornecida pelo INAMPS não era universal, o que passará a ser um dos princípios fundamentais que será a base do futuro SUS.

É importante ressaltar que, nesse cenário, quanto mais desenvolvido economicamente for um estado, inclusive com relações de trabalho formais, o número de beneficiários do sistema de saúde aumenta também na mesma proporção, sendo necessário uma maior quantidade de recursos financeiros para garantir a assistência dessa população. Levando em consideração as particularidades regionais, o INAMPS procurava aplicar mais recursos nos estados das Regiões Sul e Sudeste, consideradas regiões mais ricas, e proporcionalmente em cidades de maior porte (SOUZA, 2003, p.12). Assim, os estados mais ricos e recebedores de maiores recursos possuíam um melhor atendimento, sejam estes médicos ou hospitalares, e caso estes serviços oferecidos deixassem a desejar, estas regiões mais privilegiadas poderiam comprar os serviços da iniciativa privada de maneira complementar.

No entanto, na década de 1970, diante da crise vivenciada pelo financiamento da Previdência, o INAMPS resolve controlar, racionalizar e reformular suas despesas. Com isso, na década seguinte, começa a adquirir os serviços do próprio setor público, sejam estes das Secretarias Estaduais ou Municipais de saúde, a princípio por meio de convênios ou parcerias. Todavia, essa assistência prestada pela rede pública de saúde, a partir do financiamento do INAMPS, continuou sendo restrita tão somente para o grupo seletivo dos seus usuários.

A década de 80 seria marcada pela crise fiscal do sistema previdenciário, pois a

extensão do benefício ocorrido no período anterior não havia sido contemplada pela definição legal de novos mecanismos de financiamento que viabilizassem o real acesso aos benefícios, principalmente das populações rurais e dos novos contingentes de assalariados urbanos (autônomos, empregados domésticos e setores informais). No que pese a crise pela qual passava o INAMPS, tal inclusão significou uma grande conquista para os serviços de saúde, em particular na área hospitalar (CORDEIRO, 2004).

Ademais, a organização e a mobilização popular realizada na década de 1980, em prol de um Estado democrático, determinava a garantia a todos os cidadãos brasileiros ao acesso universal aos direitos à saúde, colocando-se em evidência a possibilidade de inversão do controle social. Surge, então, a perspectiva de um controle da sociedade civil sobre o Estado, sendo incorporada pela nova Constituição Federal de 1988 juntamente com a criação do SUS (ROLIM, 2013). No que pesasse a crise que o INAMPS enfrentava, a inclusão de todas as pessoas foi uma grande conquista para a população, que passaria a ter acesso aos serviços médicos e hospitalares.

Já no final dos anos 1980, o INAMPS apresentava sinais de mudanças significativas, dando sinais que iria conceder acesso universal aos seus beneficiários, inclusive chegando ao ponto de não mais exigir destes a apresentação da carteira de segurado do INAMPS para atendimentos, sejam os mesmos nas redes hospitalares próprias ou credenciadas na rede pública. Tais mudanças acabaram por dar origem a instituição do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) instituído através de um convênio entre o INAMPS e os governos estaduais (SOUZA, 2002).

Neste contexto histórico, o Brasil começava a dar os primeiros passos para um sistema de saúde com tendência à cobertura universal, antes mesmo da aprovação e promulgação da Lei 8.080, também denominada de Lei Orgânica da Saúde, a qual instituiu o SUS. Isso gerou, na época, o Movimento da Reforma Sanitária, tendo em vista que o sistema de saúde vivenciava neste momento uma crise em seu financiamento em decorrência do modelo de assistência médica da previdência social, e conseqüentemente a mobilização existente dos trabalhadores da saúde, dos centros universitários e da própria

sociedade.

2.2 O SUS E SUA PREVISÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Diante da crise vivenciada por este sistema ultrapassado de saúde, observa-se no Brasil o crescente êxito do Movimento da Reforma Sanitária, no ano de 1988, com a definição na Constituição Federal (CF) referente ao setor da saúde, conforme preconizado no artigo 196 do referido instituto. Esse artigo traz, além da ideia central do direito à saúde como direito de cidadania, inerente a todos aqueles que sejam brasileiros, a noção de que cabe ao Estado a responsabilidade por promover a saúde, proteger o cidadão contra os riscos a que ele se expõe e assegurar a assistência em caso de doença ou outro agravo à saúde (TEIXEIRA, 2011). Com tal dispositivo constitucional, então, cabe ao Estado a tarefa de garantir a saúde para todos os cidadãos através de políticas sociais e econômicas voltadas tanto para a “redução do risco de doença e de outros agravos”, quanto “ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (MATTOS, 2009, p. 43).

O SUS possui um comando único em cada esfera governamental, e possui o Ministério da Saúde como responsável no âmbito da União. A referida Lei 8.089/90, responsável por instituir o SUS, em seu Capítulo II- Dos princípios e Diretrizes, artigo 7º, estabelece entre os princípios do SUS a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência à população, dando origem a um sistema público de saúde único e universal.

Além disso, é importante dizer que uma das fortes características do SUS é seu financiamento público, que está fundado e organizado em três pilares: (1) a descentralização, onde cada esfera do governo possui sua respectiva atribuição, (2) o atendimento integral e (3) a participação da comunidade. Ao Estado cabe planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam a saúde das pessoas, mas deve também garantir a saúde de cada pessoa individualmente.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 representa um avanço nas práticas de

atenção à saúde, principalmente por modificar a concepção social de saúde e fomentar ações para a prevenção e cura. Foi através da sua promulgação que se iniciaram atividades de proteção social visando à melhoria das condições de saúde no Brasil (ROSA, 2012, p.47). Assim, a CF e as políticas públicas em saúde são inseparáveis, tendo em vista que cada qual consolida as ações necessárias para mudanças efetivas em saúde, cabendo ao gestor público possuir conhecimento das políticas públicas em vigência no país para poder analisar e aplicar da melhor maneira os princípios e diretrizes constitucionais. Isso sem deixar de levar em consideração a própria Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

3. SISTEMA SUPLEMENTAR DE SAÚDE E A ANS

3.1 O REGIME DE COMPLEMENTARIDADE DOS SERVIÇOS PRIVADOS À REDE PÚBLICA DO SUS

Tendo estas considerações iniciais sobre o complexo SUS, é importante conhecer o Sistema Suplementar de Saúde, bem como sua importância na prestação dos serviços assistenciais no Brasil. Ziroldo, Gimenes e Júnior (2013), comentando sobre o início deste sistema no Brasil, afirmam que a Saúde Suplementar no Brasil, ao ser estabelecida pela CF, apresenta-se como uma alternativa para a obtenção de serviços de assistência para os cidadãos e, atualmente, tal sistema complementar vem ganhando atenção pela quantidade de serviços realizados com boa qualidade de atendimento.

Na Constituição Federal do Brasil, muitos direitos e deveres foram insculpidos, inclusive um dos mais importantes que seria o direito à saúde, atribuído como direito de todos e dever do Estado. Todavia, o mesmo instituto jurídico trouxe a possibilidade da livre iniciativa privada para atuar neste segmento, o que pode ser observado no artigo 199 do mesmo documento:

“§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins

lucrativos” (BRASIL, 1988)

O reconhecimento da possível necessidade de um sistema complementar fica evidente no dispositivo constitucional acima, afinal, não é difícil imaginar algumas das dificuldades de implementação de um sistema único de saúde em um país de dimensões continentais e com uma grande população que está distribuída irregularmente ao longo das terras do país. Por isso, o setor privado fica constitucionalmente permitido a atuar no segmento de saúde para complementação, quando o SUS não conseguisse oferecer a cobertura adequada e eficiente para os seus beneficiários. Sobre isso, Albuquerque et al. (2008, p.1422) pontua que o mercado de planos privados de assistência à saúde encontra-se relacionado com a urbanização e industrialização dos países, bem como com a renda e os empregos formais. Como este segmento não era normatizado até 1998, e sequer sofria regulação no âmbito da saúde até a criação da Lei dos Planos de Saúde, as operadoras de planos privados exerciam suas atividades e atuavam no atendimento aos seus beneficiários a partir de decisões e critérios próprios do mercado.

Na atualidade, observa-se uma grande expansão do segmento de saúde complementar no Brasil, sendo este segmento composto pelos planos privados, que são oferecidos por pessoas jurídicas de direito privado ou planos vinculados às instituições patronais de assistência aos servidores públicos, civis ou militares, sendo estes últimos não regulados pela Agência Nacional de Saúde de Saúde Suplementar (ALBUQUERQUE et al., 2008, p. 1422). Em suma, a saúde complementar é composta pelos serviços e tratamentos financiados pelos planos e seguros de saúde, que fazem parte deste sistema. O mesmo possui financiamento privado, todavia, com subsídios públicos, ou seja, uma gestão privada regulada pela ANS (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008).

No Brasil, denomina-se o setor de planos de saúde como complementar em razão do beneficiário desse serviço optar por pagar um seguro privado para ter assistência médica ou hospitalar sem, no entanto, deixar de contribuir compulsoriamente para seguridade social, que vai assegurar o direito de acesso aos serviços públicos de saúde (BAHIA, 2001, p.325). Contudo, pode ser descrito como complementar quando supre as limitações do

sistema de saúde pública, fazendo com que os serviços suplementares privados sejam utilizados para complementar a cobertura de determinados serviços (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008, p. 768). Conforme foi comentado, este regime de complementaridade dos serviços privados à rede pública do SUS é prevista no artigo 199 da CF, inclusive fazendo algumas ponderações e limitações legais no tocante a referida atuação das instituições privadas de saúde para que esta excepcionalidade não se torne regra. No entanto, sabe-se que, atualmente, o papel do setor privado na saúde não ganha destaque apenas no nível complementar previsto constitucionalmente. Ao contrário, têm chamado a atenção dos especialistas o fato de que, para uma parcela significativa da população, seja o setor privado de serviços de saúde, formalizado por meio de convênios, que cumpre o acesso à saúde de uma grande parcela da população.

3.2. REGULAÇÃO DA SAÚDE PRIVADA PELA ANS

É sabido que falhas recorrentes e reiteradas na implementação e administração do SUS foram fortalecendo o Setor da Saúde Suplementar no Brasil ao longo dos anos. Neste cenário, pode-se afirmar que:

“A complementaridade do setor privado ocorre quando o setor público se mostra sem condições de atender a demanda, sendo formalizada por meio de convênios, respeitando-se as normas técnicas, administrativas, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. A CF de 1988 tratou desse tema ao permitir ao Poder Público recorrer aos serviços privados de saúde quando os próprios fossem insuficientes. A intenção era que com o tempo a melhoria no financiamento do serviço público de saúde pudesse ir superando essa complementaridade, no entanto, ela se expandiu além daquilo que se previa inicialmente” (BARBOSA, 2015, p. 16).

Utiliza-se o termo “saúde suplementar” em decorrência da nomenclatura atribuída à Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90), pois tal lei leva em consideração que, para além do sistema público de saúde, existe uma rede de serviços privados que para serem acessados necessitam de pagamento direto ou através de algumas instituições que vão fazer a intermediação desta relação prestador de serviços x beneficiário.

Com isso, surgiu, no ano 2000, a ANS, sendo o marco inicial para o processo de

regulação das operadoras de planos privados de saúde no Brasil. De acordo com as reflexões de Rego et al. (2018) sobre a ANS, essa agência nasce com o objetivo de efetivar as previsões da LPS (lei nº 9.656/98), que regula os planos privados de Saúde no Brasil, mas que era insuficiente para dirimir os conflitos existentes entre as operadoras de saúde e seus beneficiários.

É importante salientar que esta autarquia de regime especial, criada por Lei, encontra-se vinculada ao Ministério da Saúde, com o intuito de fiscalizar, controlar e regular as operadoras de planos privados de saúde, bem como prestar um suporte aos beneficiários destas operadoras que se sintam lesados por qualquer tipo de prática tida como abusiva que venha a desrespeitar seus direitos. Nosso foco a princípio é passar noções elementares sobre este complexo sistema de saúde suplementar, sem o objetivo de esgotar tal matéria. Trettel e Leão (2014) conseguem sintetizar um pouco da complexidade desta área ao argumentar que:

“O setor de planos de saúde é muito complexo. Além da agência reguladora e das operadoras, interesses dos prestadores de serviço e dos usuários se contrapõem nas discussões sobre regulamentações múltiplas e de profunda tecnicidade. Ao se discorrer sobre participação nas definições do setor de planos de saúde, é com essa realidade que se trabalha. [...] Não bastasse a complexidade inerente ao setor, sua formação histórica tem o conflito e a participação política no debate sobre a regulação como elementos inerentes” (TRETTEL; LEÃO, 2014, p. 161)

Ante ao exposto, é importante adentrar um pouco mais sobre algumas particularidades da ANS que interferem diretamente no SUS, uma vez que existe um rol de procedimentos que comporta exames, medicamentos, cirurgias e outros procedimentos. Este rol possui uma divergência administrativa, doutrinária e judicial seja na Primeira instância, Tribunais ou até mesmo no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tal divergência reside no tocante ao rol ser taxativo ou exemplificativo, como será abordado a seguir.

3.3. O ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

O Rol de Procedimentos da ANS foi instituído pela Lei nº 9.656/98 (LPS) e Lei nº 9.961/2000. Foi a partir da criação destas Leis que a ANS começou a determinar quais

seriam os procedimentos (exames, cirurgias e etc...) que seriam de cobertura obrigatória. Tal previsão legal para esta cobertura mínima obrigatória encontra-se fundamentada no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000, que vai estabelecer que será de competência da ANS a elaboração do Rol de procedimentos obrigatórios de cobertura aos planos privados de saúde, devendo as operadoras oferecerem seus produtos com as mínimas coberturas existentes e descritas no rol.

Todavia, esta cobertura mínima obrigatória estabelecida no rol de procedimentos da ANS vem trazendo inúmeras e sérias discussões que repercutem diretamente no Poder Judiciário, tendo em vista que seus beneficiários muitas vezes necessitam acionar a justiça para pleitear tratamentos e procedimentos médicos ou cirúrgicos negados pelas operadoras de saúde, sob a alegação de ausência de cobertura obrigatória normatizada pela ANS. Resta claro que as operadoras de saúde invocam a literalidade do contrato para somente autorizarem os procedimentos descritos contratualmente, bem como os procedimentos mínimos obrigatórios determinados pela ANS. Por esta razão, os beneficiários de planos de saúde privados, munidos da negativa da operadora, acionam o judiciário para que as operadoras sejam compelidas a autorizar os procedimentos médicos prescritos, ainda que estes não estejam previstos em contrato ou rol da ANS (RIBEIRO, 2019, p. 11-12). Porém, em alguns casos, as decisões judiciais são divergentes, a depender do entendimento do julgador. Verifica-se a tendência a ter-se várias decisões pró-consumidores, muito embora também sejam encontradas decisões em favor das operadoras de saúde. Ribeiro (2019, p. 12-13) escreve que:

“Há juízes que entendem ser devida a negativa do plano de saúde, tendo em vista que a ANS estabelece cobertura mínima obrigatória através do rol de procedimentos, e há juízes que entendem ser devido o pedido do beneficiário no caso concreto, em razão do direito à saúde e levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Em decorrência das decisões divergentes, a insegurança surge às operadoras de planos de saúde, eis que estas procuram seguir criteriosamente as normas estabelecidas pela ANS”

Este problema com relação a interpretação do Rol de procedimentos da ANS vai impactar diretamente no SUS, já que todos os procedimentos não cobertos ou negados

pelas operadoras, sejam estes administrativamente ou judicialmente, farão com que esses beneficiários se dirijam às unidades públicas de saúde para tentarem resolver seus problemas.

No dia 08 de junho de 2022, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento que o Rol de Procedimentos da ANS deve ser interpretado como sendo taxativo. Todavia, fixou parâmetros para que procedimentos não previstos na lista sejam custeados pelas operadoras, em situações excepcionais. A corte justificou seu entendimento a partir de alguns argumentos, dentre os quais destaca-se o fato de que o rol taxativo protege os beneficiários dos aumentos excessivos por parte das operadoras de planos privados de saúde. A decisão ainda trouxe como benefício para as operadoras a desobrigação de ressarcimento ao SUS em casos de procedimentos realizados pelos beneficiários na rede pública de saúde por não estarem previstos no rol taxativo da ANS. Todavia, no que pese o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, há um movimento popular e político para estabelecer explicitamente as hipóteses de cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar.

Portanto, frente às divergências de definições sobre o caráter taxativo ou exemplificativo do rol da ANS, estamos diante de um tema que ainda não fora pacificado. Assim, é importante, ao menos, tentar entender qual a fundamentação e os principais motivos utilizados pela gestão do SUS para requerer o ressarcimento financeiro referente à prestação de assistência de saúde quando os beneficiários dos planos privados acionam o sistema público à procura de atendimento médico ou hospitalar que lhes foram negados pelo setor privado. Além disso, adiante serão avaliados os argumentos e justificativas apresentados pelas operadoras de planos privados para não procederem com o referido ressarcimento ao SUS.

Quanto ao rol de procedimentos da ANS, anteriormente julgado pelo STJ como sendo taxativo, foi proposto o projeto de Lei n. 2.033/2022, julgado em 29 de agosto de 2022 pela Plenária do Senado Federal. A decisão considerou o referido rol de

procedimentos da ANS como sendo exemplificativo e deu origem à Lei n. 14.454, de 21 de setembro de 2022.

A partir da referida lei, as operadoras de planos privados devem garantir cobertura a exames ou tratamentos de saúde que não estejam incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, desde que exista o respaldo de evidências científicas e recomendações de órgãos competentes na avaliação de tecnologias em saúde.

4. RESSARCIMENTO AO SUS PELAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE

Uma vez percorrido os aspectos históricos e funcionais do SUS, bem como do Sistema de Saúde Suplementar privado regulado pela ANS, serão apontados os desdobramentos possíveis nos casos em que os beneficiários das operadoras privadas de planos de saúde necessitem de atendimentos prestados pelo SUS, seja para realizarem consultas, exames, cirurgias ou até mesmo internamentos de alta complexidade em leitos de terapia intensiva.

Neste momento emerge uma grande celeuma, seguida de alguns questionamentos, tais quais: levando-se em consideração que o SUS é um sistema público e universal de saúde disponibilizado gratuitamente para todos os cidadãos, qual a razão ou justificativa para que ocorra um ressarcimento ao referido sistema por parte das operadoras de planos quando um de seus associados utilizá-lo? Em que casos as operadoras privadas podem se eximir deste ressarcimento ou até mesmo quais serão os valores que as operadoras utilizarão para ressarcir o SUS?

Tais questionamentos parecem pertinentes para abordar o imbróglio citado e, para explorá-los, serão abordados adiante os dois lados da questão: de um lado, os fundamentos legais utilizados pelo SUS para legitimar as cobranças de ressarcimento e, de outro, os argumentos utilizados pelas operadoras privadas de planos de saúde para discordarem deste ressarcimento.

4.1. NEGATIVAS DE ATENDIMENTOS MÉDICOS E HOSPITALARES PELAS OPERADORAS PRIVADAS DE PLANOS DE SAÚDE

Antes de tentar responder os questionamentos anteriormente realizados, faz-se necessário entender um pouco mais sobre as negativas de atendimentos médicos e hospitalares repassados aos beneficiários pelas operadoras de planos privados aos quais os mesmos encontram-se vinculados, seja por meio de planos individuais, coletivos, ou de autogestão. Fato é que, geralmente, é apenas quando estes beneficiários têm seus procedimentos negados por suas operadoras que os mesmos se direcionam para o SUS a depender da urgência no caso concreto, ou acionam o Poder Judiciário com o intuito de conseguir uma medida liminar para tentar solucionar os conflitos. Neste momento dá-se início a judicialização da saúde. Conforme explica Schulze (2014, p.1), “a judicialização da saúde decorre do déficit de democracia pelo qual passa o Estado brasileiro, transferindo-se o *locus* do debate dos Poderes responsáveis pela criação e execução de políticas públicas (Legislativo e Executivo) para a autoridade judiciária”.

Todavia, os desafios do Poder judiciário, não são poucos, tendo em vista que uma vez acionado pela parte, não poderá eximir-se em proferir uma resposta aos casos concretos que serão submetidos para sua apreciação, no entanto, este poder vem enfrentando diversos dilemas e, em muitos casos, tendo que tomar decisões trágicas frente a cada cidadão que clama por um serviço necessário para garantir sua vida ou qualidade de vida. Para complexificar o tema para o judiciário, as políticas públicas, por vezes, encontram-se dispersas em diversos atos normativos, sem uma sistematização clara e, muitas vezes, com trâmites que contrastam com as necessidades apresentadas pelos autores nos autos (MARQUES, 2008).

Em suma, cabe ao Poder Judiciário universalizar as políticas públicas na área da saúde, concedendo prestações materiais a quem não possui outro meio de obtê-las e não teve acesso a elas no âmbito das políticas públicas de caráter mais abrangente (BUÍSSA; BEVILACQUA, MOREIRA, 2018, p. 36). Nesse contexto, deve-se levar em consideração que caberá ao Poder Judiciário fazer com que suas decisões fiquem adstritas ao mínimo

necessário para garantir a dignidade da pessoa humana, com o intuito que a referida decisão ou os próprios julgadores não se tornem legisladores e acabem afrontando a separação dos Poderes.

No tocante às negativas de algumas cirurgias, exames ou procedimentos por parte das operadoras privadas de saúde, a maioria encontra-se fundamentada na não cobertura contratual ou em razão dos procedimentos solicitados pelos profissionais médicos não constarem expressamente no rol de procedimentos da ANS, o qual define a amplitude das coberturas mínimas as quais as operadoras de planos de assistência à saúde estão obrigadas a garantir aos seus beneficiários ou associados, conforme o plano contratado. Sobre isso, Gregori (2021, p.51) esclarece que:

“A assistência à saúde disciplinada pela Lei dos Planos de Saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde. Para tanto, segundo o que dispõe o § 4º de seu artigo 10, restou garantida a cobertura assistencial de todas as doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças – CID, da Organização Mundial de Saúde - OMS, de acordo com o Rol de Procedimentos e eventos em saúde, elaborado pela ANS [...]”

Desse modo, a ANS vem sedimentando o entendimento que seu rol de procedimentos é taxativo, conforme o artigo 2º da RN ANS 465, de 24 de fevereiro de 2021, uma vez que tudo que se encontra disposto nele possui cobertura obrigatória e, sendo assim, todas as operadoras de planos de saúde privados devem oferecer esses procedimentos aos seus beneficiários. Todavia, não existem quaisquer impedimentos que façam com que as operadoras ofereçam coberturas a mais do que as previstas em seu rol, seja por iniciativa própria ou mediante expressa previsão contratual.

Ante o exposto, não se pode entender que o rol de procedimentos seja apenas uma lista indicativa definida pela ANS e que quaisquer procedimentos ou eventos em saúde que estejam disponíveis no mercado, ou que sejam indicados por profissionais de saúde, devam ser de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos privados (GREGORI, 2021, p. 53). Por essa razão, muitos procedimentos, cirurgias, medicamentos e algumas órteses e próteses, ainda continuam sendo reiteradamente negadas por grande parte das operadoras

de planos de saúde. Entretanto, existe uma corrente que navega em direção oposta a este entendimento da ANS, ou seja, que não reconhece o rol de procedimentos da ANS como sendo taxativo, diante das seguintes alegações:

“...o beneficiário do plano de saúde, enquanto consumidor, ocupa posição de completa vulnerabilidade e possui uma legítima expectativa de ser atendido em qualquer demanda de saúde por não prever quais procedimentos irá precisar e não poder assumir os riscos da atividade econômica, já que esta é uma função do fornecedor. Ademais, argumenta-se que a partir do momento que o consumidor não é atendido pelo plano de saúde, procura o SUS, gerando maior sobrecarga no sistema público” (MACHADO, 2022, p.13).

Contudo, cabe ressaltar que existe uma divergência de entendimento entre a 3ª e 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com relação à taxatividade ou não do rol de procedimentos da ANS. Enquanto a 3ª Turma detém um histórico protecionista de defesa do consumidor em relação às operadoras privadas de planos de saúde, a 4ª Turma se posiciona de modo mais restritivo, inclusive apoiando a taxatividade do rol da ANS, o que causa insegurança especialmente em razão da desatualização do referido rol de procedimentos (NERI; OLIVEIRA, 2020).

Assim, pode-se evidenciar que tais divergências entre estas duas Turmas do STJ levarão os recorrentes a participarem de um sorteio lotérico, independentemente de suas vontades e condicionados à sorte, pois no momento da distribuição eletrônica do processo, a depender da Turma para o qual o mesmo for distribuído, os resultados estarão fadados a serem distintos, o que acabará gerando flagrante insegurança jurídica. Algumas destas negativas das operadoras privadas de planos de saúde não se limitam somente a não cobertura do rol da ANS, como já estudado, uma vez que em alguns casos tais negativas encontram-se condicionadas a carências e pré-existências contratuais, como será observado adiante.

Concluídas as ponderações com relação à negativa de serviços em decorrência da citada divergência interpretativa, outro ponto controverso com relação às operadoras de planos privados de saúde são as negativas em decorrência de doenças pré-existentes ou carências contratuais, que possuem uma recorrência significativa.

A definição da ANS para doenças ou lesões pré-existentes, assim como os procedimentos de conduta para as operadoras privadas de planos de saúde nesses casos, é disposta na Resolução Normativa – RN 162, de 17 de outubro de 2007. Ao mesmo tempo, a Lei nº. 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelece expressamente que é proibida a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data da contratação, assim como estabelece que é proibida a suspensão de atendimento até que se comprove que o consumidor tinha conhecimento da doença ou lesão antes da data da contratação.

No que pese a legislação vigente assegurar os direitos dos beneficiários dos planos privados de saúde com relação a esta questão, essa não é a realidade enfrentada por estes beneficiários. Mediante uma futura doença que venha a ser desenvolvida ou detectada pelo beneficiário ao longo do contrato, a justificativa comumente utilizada pelas operadoras é alegar que o mesmo, quando aderiu ao contrato, possivelmente omitiu tais informações durante o preenchimento da declaração de saúde. No entanto, conforme argumentam Lamy, Souza e Lazarov (2019), já que as operadoras não exigem análises clínicas e exames no momento de admissão do contrato, estas não podem acusar o cliente de omitir informações sobre doenças pré-existentes ou, tampouco, alegar má-fé do beneficiário. Consequentemente, o plano não poderá negar a cobertura ou exigir pagamento por quebra contratual. Dessa forma, a negativa apenas seria válida caso fosse comprovada a má-fé destes beneficiários, o que exige a abertura de um procedimento administrativo para que seja apurada a suposta conduta, como bem enfatiza a Súmula 609 do Superior Tribunal de Justiça.

Outra questão que também vem gerando muitas demandas judiciais em face das operadoras de planos privados de planos de saúde envolve as negativas de procedimentos em decorrência das carências contratuais, que são legalmente descritas e regidas pela Resolução Normativa - RN nº 438, de 3 de dezembro de 2018, 2º, inciso III. Pode-se definir a carência como sendo um lapso temporal pré-determinado pelas operadoras de planos de saúde em contrato e que deve ser apresentado aos seus beneficiários no ato da

sua contratação. Tais cláusulas contratuais, quando devidamente informadas, possuem respaldo pela legislação vigente por meio da citada RN.

Observa-se nesse dispositivo legal um apelo protecionista em favor das operadoras privadas de planos de saúde, uma vez que as mensalidades serão pagas pelos beneficiários, todavia, os mesmos não terão acesso a determinadas coberturas previstas na segmentação assistencial do plano como exames, cirurgias ou internações, até que os prazos previamente determinados nos contratos estejam devidamente cumpridos. Nesse sentido, é importante que seja observado que, para as operadoras privadas de planos de saúde, o período de carência contratual representa a formação de reserva para cobertura de eventos futuros, ou seja, é defendido pelas operadoras como fundamental para manutenção de sua saúde financeira (RIBEIRO, 2009, p. 12).

Como o absoluto não é uma prerrogativa do Direito, as negativas referentes a carências contratuais encontram exceções, uma vez que as recusas de atendimentos em situações de emergência, em períodos em que os beneficiários se encontram em carência, vem sendo observadas e interpretadas como abusivas por alguns Tribunais de Justiça do Brasil (Rio de Janeiro, Ceará, São Paulo, Goiás, Rio Grande do Norte e Pernambuco). O posicionamento destes Tribunais reforça o entendimento de que a assistência médica ou hospitalar deve ser prestada aos beneficiários mesmo quando estes encontrarem-se em carência, levando-se em consideração os casos de urgência ou emergência no caso concreto (DA MOTTA, DA MOTTA PIACSEK, 2019).

Diante destes pontos de vista conflitantes, pode-se chegar à conclusão que embora existam cláusulas contratuais que determinem carências específicas com base na legislação que rege os planos privados de saúde, estas carências devem ser sempre avaliadas, pois em alguns casos a saúde e a vida do beneficiário não poderá esperar, mesmo entendimento que também vem sendo utilizado pelo Poder Judiciário nos casos de doenças ou lesões preexistentes.

4.2. RESSARCIMENTO AO SUS À LUZ DO DIREITO

Diante da existência de dois sistemas de saúde distintos, o SUS e os Planos Privados de Saúde, durante muito tempo houveram muitos questionamentos com relação ao ressarcimento ao SUS por parte destas Operadoras de Saúde regidas pela ANS. Durante algum tempo isso vinha gerando decisões conflitantes no Poder Judiciário, embora já existissem regras estabelecidas pela Lei n. 9.656 de 1988, que versa sobre a política do ressarcimento ao SUS, especificamente no artigo 32. É a partir desse dispositivo legal que fica claro que o fator gerador do ressarcimento ao SUS se faz em decorrência dos beneficiários das operadoras de saúde, que embora possuam cobertura, utilizam os serviços públicos, na maioria das vezes, mediante negativas das suas operadoras.

O referido ressarcimento tem como objetivo principal evitar o enriquecimento sem causa das operadoras de saúde, já que seus beneficiários pagam suas mensalidades periodicamente e no momento em que necessitam têm seus procedimentos negados. Nesses casos, resta aos beneficiários acionarem o SUS para suprir suas pendências, sejam elas eletivas ou de urgência. Reitera-se que o SUS é um sistema universal, de modo que não é dado ao Poder Público restringir o acesso aos seus usuários, mesmo no caso daqueles que possuem plano de saúde. Assim, qualquer pessoa que demande a assistência do SUS tem o direito de ser atendida, sem qualquer espécie de discriminação (LIMA JÚNIOR, 2017).

Dessa forma, fica salientado que o ente estatal não se encontra limitando ou restringindo os atendimentos das pessoas que possuem planos privados de saúde ao sistema público de saúde, tendo em vista que este direito objetivo pertence a todos os cidadãos. O que está em pauta nesse momento é a obrigação dessas operadoras de saúde em ressarcir o SUS quando estas se omitem, quebrando as previsões contratuais, em prestar assistência a seus beneficiários, passando esta responsabilidade e todas as despesas para o Estado. Nesse sentido, conclui-se que o instituto do ressarcimento das operadoras ao SUS passa necessariamente por uma questão de justiça social, circunscrito à análise da forma pela qual a sociedade, e em especial uma parte destacada e privilegiada da mesma, deve, em virtude de previsão constitucional, simultaneamente atuar na busca de um modelo social justo e no auxílio à redução das desigualdades existentes no seio do corpo social

(CONDE, 2004, p. 56).

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se favorável ao ressarcimento ao SUS, julgando o mérito em sede de repercussão geral nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário no. 573812RJ. Diante deste julgamento, restou determinado que o ressarcimento ao SUS pelas operadoras é constitucional, conforme já previsto no artigo 32 da Lei 9.656/98.

4.3. RESSARCIMENTO AO SUS NA PERSPECTIVA DAS OPERADORAS PRIVADAS DE SAÚDE

Após serem verificadas as perspectivas quanto à legalidade do ressarcimento ao SUS pelas operadoras privadas de saúde, analisa-se agora o posicionamento da ANS e das operadoras de saúde com relação à não obrigatoriedade do ressarcimento. Um dos principais e mais recorrentes argumentos utilizados pelas operadoras privadas para defenderem a ilegalidade do ressarcimento ao SUS respalda-se no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Sobre isso, comenta Moraes (2019, p. 35):

Nesse contexto em que o direito à saúde é atrelado à dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 é categórica ao prever o direito fundamental à saúde, na medida que a prestação dos serviços e a garantia do acesso à saúde é dever do Estado Democrático de Direito, garantido ao indivíduo, nos termos do artigo 196 da carta magna, no qual se dispõe ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, assegurado por meio da implementação de políticas sociais e econômicas, com vistas à redução do agravo doença, pelo acesso universal e igualitário às ações do Poder Público.

A própria CF de 1988 expressamente traz que o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, não podendo o gestor público ou até mesmo a administração fazer acepção ou discricionariedade com relação às pessoas que farão jus aos atendimentos prestados, independentemente de os usuários possuírem ou não planos de saúde, sob pena de também incorrerem na violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, não poderá o Estado interferir na manifestação de vontade do indivíduo particular, nem poderá obrigar o indivíduo a utilizar os serviços médico-hospitalares particulares ou recusar o atendimento ao mesmo na rede pública (MAZZA, 2010, p. 481).

Outro argumento utilizado pelas operadoras privadas de saúde é que o artigo 32 da Lei 9.656/1998 (LPS), que fundamenta a legalidade deste ressarcimento, é inconstitucional, pois apesar de se referir ao termo “ressarcir”, não possui os pressupostos elementares do instituto da responsabilidade civil. Além disso, o tipo de obrigação previsto no artigo é de natureza tributária. Então, como foi criado sem os requisitos constitucionais necessários, o tributo previsto no artigo 32 da Lei 9.656/1998 seria inconstitucional (GARFINKEL, 2006, p. 140). Ademais, o verbo ressarcir utilizado na referida Lei traz conotação de indenizar, verbo este que se encontra presente no instituto da responsabilidade civil.

Nessa dimensão repousa a ausência dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, outra justificativa bastante suscitada pelas operadoras para não procederem com o ressarcimento ao SUS. Os referidos pressupostos constituem-se por ato ilícito, nexa causal e dano. Observando-se estes pressupostos, conclui-se que o artigo 32 da Lei 9.656/1988 não possui dois deles, o ato ilícito e o dano. A dicção literal que versa sobre o ato ilícito, encontra-se descrita nos artigos 186 e 187, ambos do Código Civil vigente. Após uma breve leitura dos artigos supracitados, o ato ilícito seria aquele que ao ser praticado irá ferir o ordenamento jurídico. Sendo assim, quando o ato for ilícito dará causa ao dano, surgindo o dever de repará-lo, independentemente deste ser doloso ou culposo, assim como pelo exercício irregular de um direito. O próprio artigo 188 do Código Civil, vai esclarecer e ao mesmo tempo conceituar o que seria o considerado ato ilícito pela negativa.

Resumidamente, pode-se concluir que o simples fato de um beneficiário de plano de saúde utilizar o SUS não chega a configurar um ato ilícito ou ilegal, uma vez que não é porque alguém possui vínculo contratual com uma operadora de saúde que perderá o direito de utilizar o SUS, dada a garantia constitucional de que a saúde é um direito de todos e um dever do estado.

O próprio já mencionado artigo 199, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, deixa claro que a iniciativa privada poderá participar de maneira complementar

prestando suporte ao sistema de saúde. No que se refere ao ressarcimento ao SUS, esse também não pode ser considerado multa, tendo em vista que não se trata de um ato ilícito. O que houve foi o uso do serviço público, consagrado pela Constituição Federal, por um cidadão que possui plano de saúde (MAZZA, 2010). Fazendo uso deste mesmo argumento, não se pode afirmar que seja indenização por danos, ademais, não existe relação contratual envolvendo as operadoras e o SUS, e muito menos a ANS. Desta feita, a exigência de tal ressarcimento deve ser interpretada como sendo uma prestação pecuniária em moeda, que não constitui sanção por ato ilícito, instituída em lei e devidamente cobrada mediante atividade administrativa vinculada, conforme aduz o artigo 3º do Código Tributário Nacional. Todavia, ao instituir uma forma de ressarcimento destas despesas, o ente estatal encontra-se na realidade instituindo uma taxa que se encontra desvinculada dos princípios constitucionais que regem o sistema tributário nacional. No caso concreto do ressarcimento, não existem dúvidas de que se trata de um tributo, devendo obedecer aos regramentos legais e constitucionais que a regem.

5. CONCLUSÃO

O ressarcimento ao SUS pelas operadoras privadas de planos de saúde é um tema extremamente complexo que não se esgota em poucas linhas, pois antes de qualquer conceituação já pré-estabelecida, é fundamental conhecer minimamente as bases históricas, constitucionais e até mesmo tributárias que regem o sistema público de saúde no Brasil e as operadoras privadas de plano de saúde. Este artigo buscou tratar do tema do ressarcimento ao SUS pelas operadoras de plano de saúde a partir de um cenário que pode ser sintetizado da seguinte maneira: Mesmo uma pessoa possuindo plano de saúde privado, ela está sujeita a ter o serviço de saúde que precisa negado pelas operadoras privadas de saúde, diante disso, esse beneficiário do plano privado pode recorrer ao SUS para conseguir realizar tal procedimento. Sob a dimensão constitucional, o direito à saúde deverá ser concedido a todos os cidadãos, cabendo ao estado salvaguardar e custear este direito, inclusive nos casos em que estas pessoas possuam planos privados de saúde. Cabe ao SUS, portanto,

prestar assistência - ambulatorial, médica ou hospitalar - a esses beneficiários de planos privados e, posteriormente, proceder com a cobrança de ressarcimento a estas operadoras de saúde, que, por sua vez, poderão ingressar com recursos administrativos para tentar justificar que os ressarcimentos pleiteados não são devidos.

Para a elaboração desse artigo, foi utilizado o método descritivo-analítico por meio de consulta aos dispositivos legais e à literatura pertinente ao tema por meio de pesquisa bibliográfica, contemplando a revisão dos preceitos teóricos, normas regulatórias e fundamentações legais que norteiam a problemática. Ao decorrer de todo o texto, foram analisadas as nuances em torno dessas questões com o objetivo de expor e explorar as considerações do debate quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade desse ressarcimento. Por um lado, as operadoras privadas de planos de saúde alegam a inconstitucionalidade do ressarcimento e, por outro, o SUS alega a constitucionalidade desse. Embora o STF já tenha enfrentado a questão do ressarcimento ao SUS, restando decidido que o mesmo é constitucional, as operadoras de planos privados também obtiveram alguns êxitos, especialmente nos casos em que reste comprovado pelas mesmas que os beneficiários se encontravam em carências contratuais ou quando restar comprovado que no momento em que ingressaram no plano de saúde já possuíam alguma lesão ou doenças pré-existentes que não foram devidamente informadas, embora o beneficiário possuísse conhecimento prévio.

Visto a complexidade do tema e a diversidade dos casos que podem suscitar esse debate judicialmente, foi visto que os casos devem ser analisados com cautela, principalmente norteando-se pelo fato de que o cidadão não poderá ser penalizado ou ter sua saúde prejudicada em decorrência dos frequentes conflitos existentes entre o SUS e o Sistema Suplementar de Saúde, tendo em vista a garantia constitucional de universalidade do acesso aos serviços públicos de saúde. Nesse mesmo sentido, não poderão as operadoras de saúde negar atendimentos aos seus beneficiários nos casos em que os procedimentos constam no rol da ANS, sob pena de incorrer em enriquecimento sem causa.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, C. et al. A situação atual do mercado da saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro. **Ciência & Saúde Coletiva**. v.13, n.5, p.1421-1430, 2008. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csc/v13n5/08.pdf>. Acesso em : 24/01/2024.

BAHIA, L. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulação. In: NEGRI, B.; DI GIOVANNI, G. **Brasil: radiografia da saúde**. Campinas: UNESP, 2001. p. 325-361. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-339984>. Acesso em: 25/01/2024.

BARBOSA, H.C. **Implicações da saúde suplementar para o Sistema Único de Saúde**. 2015. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Gestão em Saúde Coletiva) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/12850/1/2015_HelcioCarlosBarbosa.pdf. Acesso em: 25/01/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 25/01/2024.

CONDE, L.F. **Ressarcimento ao SUS - à luz do direito**. 2004. 182 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/5432/luiz_felipe_conde_ensp_mest_2004.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 25/01/2024.

COSTA, J.C.S. Os impactos econômico-financeiros do ressarcimento ao SUS para as operadoras de planos de saúde. 2017. **ANS**. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3594> . Acesso em: 20 mai. 2021.

CORDEIRO, H. O Instituto de Medicina Social e a luta pela reforma sanitária: contribuição à história do SUS. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 14, p. 343-362, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/ztKGfXj7KKSQPcLjVvNMxhp/?lang=pt&format=pdf>, Acesso em: 25/01/2024.

DA MOTTA, M.V.; DA MOTTA PIACSEK, M.V. Planos de Saúde: entendimento jurisprudencial dominante nos Tribunais estaduais brasileiros. **Saúde, Ética & Justiça**, v.

24, n. 1, p. 29-43, 2019. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/163323/158965>. Acesso em: 25/01/2024.

GARFINKEL, A. Natureza jurídica da obrigação de ressarcimento dos planos de saúde ao Sistema Único de Saúde-SUS. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 2, p. 139-148, 2006. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35146/33914>. Acesso em: 24/01/2024.

GREGORI, M.S. ANS: Taxatividade do Rol de Procedimentos. **Revista Jurídica de Seguros**, n.14, p.46-64, 2021. Disponível em:
https://issuu.com/confederacaocnseg/docs/revista_juridica_ed-14_maio_21. Acesso em: 24/01/2024.

LAMY, M.; SOUZA, L.P.; LAZAROV, A. Dever de informar nos planos privados de assistência à saúde. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 56, p. 179-210, 2019. Disponível em:
<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3573/371371965>. Acesso em: 25/01/2024.

MACHADO, A.L.A. Os impactos da declaração de taxatividade do rol da ans pelo STJ no ecossistema da saúde suplementar. **Caderno Virtual**, v. 1, n. 53, 2022. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/6386/2612>. Acesso em: 25/01/2024

NERI, L.; OLIVEIRA, B. **3ª e 4ª Turmas do STJ divergem a respeito da taxatividade do rol da ANS**- Disponível em:
<https://www.mazzucocemello.com/3a-e-4a-turmas-do-stj-divergem-a-respeito-da-taxatividade-do-rol-da-ans/> Acesso em: 09 ago. 2021.

LIMA JÚNIOR, A.S. **Aspectos jurídico-constitucionais e práticos do ressarcimento ao sistema único de saúde**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020. Disponível em:
<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/31568>. Acesso em: 25/01/2024.

MARQUES, S.B. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920>. Acesso em: 25/01/2024.

MATTOS, R.A. Os Sentidos da Integralidade: algumas reflexões acerca dos valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R.A. **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. Rio de Janeiro: IMS ABRASCO, 2001.

p.39-64. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4242793/mod_resource/content/1/Livro%20-%200os%20sentidos%20da%20integralidade.pdf#page=43. Acesso em 25/01/2024.

MAZZA, F.F. Aspectos inconstitucionais do ressarcimento ao SUS. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 38, n. 2, p.459-487, 2010. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18423/9857>. Acesso em 25/01/2024.

MORAES, V.F. **Da abordagem crítica do ressarcimento ao SUS e o acesso à saúde**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Maringá, 2019. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/1032/1/VIN%C3%8DCIUS%20CALEFFI%20DE%20MORAES.pdf>. Acesso em 25/01/2024.

PIETROBON, L.; PRADO, M.L.; CAETANO, J.C. Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v.18, n.4, p.767-783, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/KFy6MMGRnjWVLNL7DKkXRK/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24/01/2024.

REGO, M.M. et al. A importância da Agência Nacional de Saúde (ANS), no âmbito da regulação da saúde suplementar. **Pesquisa & Educação à Distância**, n. 12, p. 2-29, 2019. Disponível em: <http://www.revista.universo.edu.br/index.php?journal=2013EAD1&page=article&op=view&path%5B%5D=7676&path%5B%5D=3807>. Acesso em: 24/01/2024.

RIBEIRO, R.M. **O controle judicial sobre as cláusulas de carência nos planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp135133.pdf>. Acesso em: 22/01/2024.

RIBEIRO, T.T. **Análise jurisprudencial acerca da aplicação do Rol de Procedimentos da ANS nos contratos de planos de saúde**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) —Universidade do Sul de Santa Catarina, Itajaí, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/bb6ad5ab-f662-4f05-91a1-5e1b84b6acac>. Acesso em : 22/01/2024.

ROLIM, L.B.; CRUZ, R.S.B.L.C.; SAMPAIO, K.J.A.J. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. **Saúde em debate**, v. 37,

p. 139-147, 2013. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/dNgCW9WdJJx7VHV7xWkhSHq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 22/01/2024.

ROSA, T.C.S.; SAES, S.G.; ABULEAC, F.L. A Constituição de 1988 e as políticas públicas em saúde no Brasil. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**, v. 1, n. 1, p. 35-49, 2012. <https://periodicos.uninove.br/revistargss/article/view/12644/6174>. Acesso em: 22/01/2024.

SCHULZE, C.J. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, 2014. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio_Schulze.html Acesso em: 05 ago. 2021.

SOUZA, R.R. de et al. O sistema público de saúde brasileiro, 2002. 2003. **Seminário Internacional Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas**. São Paulo, Brasil. Disponível em: http://www.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude.pdf Acesso em: 21 jul. 2021.

TEIXEIRA, C. **Os princípios do sistema único de saúde**. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, Bahia, 2011. Disponível: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3023433/mod_resource/content/4/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf Acesso: 22/01/2024

TRETTEL, D. B.; LEÃO L. N. R. Teoria e prática da participação na agência nacional de saúde suplementar. **Revista de Direito Sanitário**, v.15, n.3, p. 91-121, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/97329/96341> Acesso: 22/01/2024.

ZIROLDO, R. R.; GIMENES, R.O., JÚNIOR, C.C. A importância da Saúde Suplementar na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil. **O Mundo da Saúde**. v.37, n.2, p.216-221, 2013. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/artigos/mundo_saude/importancia_saude_suplementar_de_manda_prestacao.pdf Acesso: 22/01/2024.

Data da submissão: 07/10/2022

Data da primeira avaliação: 19/01/2024

Data da segunda avaliação: 11/05/2025

Data da aprovação: 11/05/2025

**UMA ANÁLISE BIOPOLÍTICA DAS FAKE NEWS COMO CAUSADORAS DO
AUMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL EM UMA SOCIEDADE
BIOCAPITALISTA**

*A BIOPOLITICAL ANALYSIS OF FAKE NEWS AS CAUSES OF INCREASING SOCIAL
INEQUALITY IN A BIOCAPITALIST SOCIETY*

Sandro Marcos Godoy³⁷
Marcio Ricardo da Silva Zago³⁸
Murilo Muniz Fuzetto³⁹

RESUMO: O artigo busca traçar uma análise biopolítica das *Fake News* como causadoras do aumento da desigualdade social em uma sociedade pautada no biocapitalismo. A ruptura com o modelo absolutista e a aproximação do poder da chamada biopolítica faz com que seja necessário um estudo das notícias falsas como sendo um mecanismo de controle biopolítico. Ponderou-se que a forma como o poder é exercido na sociedade mudou e, ao fazê-lo, aproximou-se não só da biopolítica mas também uniu-se ao sistema capitalista, dando origem ao chamado biocapitalismo. Essa união entre poder, capitalismo e biopolítica, quando aliada ao sistema de monetização que predomina na rede mundial de computadores, faz com que seja mais fácil veicular notícias falsas em *sites*. O resultado desta análise é demonstrado com a pontuação de que além do sistema de monetização por trás das notícias falsas, há também um fator humano que faz com que elas sejam compartilhadas e replicadas na internet. Nessa senda, pontuou-se que a maquinação dos corpos e a multidão que dá vida a carne é essencial para levar o sujeito a compartilhar o conteúdo falso. Finalmente, a pesquisa em apreço considerou que outro fator que explica o porquê dos cidadãos compartilharem esse tipo de conteúdo está relacionado com a nova maneira de “ser” no ciberespaço, uma maneira que tem íntima relação com a criação de subjetividades. A pesquisa que empregou respectivamente os métodos: dedutivo, dialético, histórico e as pesquisas bibliográficas, valeu-se das ideias de pensadores como: Michel Foucault, Zygmunt Bauman, Jeremy Bentham, Antônio Negri, dentre outros.

Palavras-chave: Biopolítica; Biocapitalismo; Notícia falsa; *Fake News*; Desigualdade Social.

³⁷ **1. Qualificação:** Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina na Itália; Doutor em Direito pela FADISP; **2. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6172363354073594>; **3. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-8749-395X>; e **4. vinculação:** FADISP (SP)

³⁸ **1. Qualificação:** Mestre pela Universidade de Marília - UNIMAR; e Professor na UNOESTE (SP); **2. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5166647170806102>; **3. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1942-6226>; e **4. vinculação:** UNOESTE (SP)

³⁹ **1. Qualificação:** Doutor em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR); **2. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/027039629526485>; **3. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-9482-4876>; e **4. vinculação:** UNIMAR (SP)

ABSTRACT: the article seeks to highlight a biopolitical analysis of Fake News as causing the increase in social inequality in a society based on biocapitalism. The rupture with the absolutist model and the approximation of the power of the biopolitical makes it necessary to study the Fake News as a mechanism of biopolitical control. It pointed out that the way in which power is exercised in society has changed and, because of that, has approached not only biopolitics but also joined the capitalist system, giving rise to the called biocapitalism. This union between power, capitalism and biopolitics, when combined with the monetization system that predominates on the world wide web, makes it easier to transmit Fake News on websites. The result of this analysis is demonstrated with the conclusion that in addition to the monetization system behind the Fake News, there is also a human factor that causes them to be shared and replicated on the internet. In this path, it was pointed out that the body machining and the crowd that gives life to the flesh is essential to lead people to share the false content. Finally, the research under consideration considered that another factor that explains why citizens share this type of content is related to the new way of “being” in cyberspace, a way that is closely related to the creation of subjectivities. The research that employed the methods: deductive, dialectical, historical and bibliographic research respectively, made use of the ideas of thinkers such as: Michel Foucault, Zygmunt Bauman, Jeremy Bentham, Antônio Negri, among others.

Key-words: Biopolitics; Biocapitalism; False News; Social inequality.

1. INTRODUÇÃO

A ordem econômica plasmada na Constituição Federal no art. 170 é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como escopo assegurar a todos uma existência digna, pautada nos vetores da justiça social, observados uma série de princípios, dentre eles o da redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII).

Com efeito, oportuno mostrou-se o debate sobre como o biocapitalismo e a biopolítica podem influenciar no fomento ao aumento da desigualdade social quando aliados às *fake news*.

Partindo dessa premissa, a pesquisa buscou avaliar como a ruptura com o modelo absolutista e o advento do biocapitalismo possuem relação com a propagação de notícias falsas. Em especial, como essa propagação acontece nos meios digitais e como o comportamento do homem no ciberespaço pode estimular tal propagação.

Para concretizar a proposta desta pesquisa, foram utilizadas pesquisas bibliográficas e análises de estudos realizados por outros pesquisadores, como por

exemplo: Michel Foucault, Zygmunt Bauman, Jeremy Bentham, Antônio Negri, dentre outros.

O objetivo desta pesquisa pautou-se em explorar como os mecanismos de controle biopolíticos quando aliados ao biocapitalismo podem encontrar nas *fake news* uma grande ferramenta de controle das multidões e da população, sobretudo quando essa população encontra-se conectada ao ciberespaço, local onde impera uma nova maneira de “ser” pautada na ratificação do meu “eu” pelo “eu” do outro.

A justificativa para a escolha do tema recai na maneira como este é um fato na atual sociedade, de modo que todos nós estamos sujeitos às garras do biocapitalismo, da biopolítica e, sobretudo, todos estamos conectados à rede mundial de computadores.

2. A NOVA FORMA DE PODER: A BIOPOLÍTICA E O BIOCAPITALISMO

Inicialmente, buscando uma melhor compreensão da temática em tela e objetivando contribuir para um debate de melhor qualidade das ideias em apreço, é indispensável que alguns esforços sejam debruçados em noções e fatores que permeiam o tema, os quais a análise mostra-se essencial para a compreensão do assunto principal desta pesquisa.

Nessa senda, é de extrema valia para esta pesquisa estabelecer os conceitos básicos relacionados a temas como biopolítica, biopoder e biocapitalismo para, então, partindo da íntima relação que estes temas possuem com o sistema econômico vigente, analisar como esses mecanismos podem ser utilizados para controlar a vida das pessoas, de modo a fazer com que adotem determinadas condutas e rechace outras.

A temática ganha relevo para a pesquisa em apreço porque ela pode lançar uma luz sobre como e porque a multidão tende a tomar determinados comportamentos. Tal conclusão possui íntima relação com o tema das *fake news*, conforme será abordado posteriormente.

Corroborando tal premissa, a pesquisa também tratará como a internet, associada a diversos outros dispositivos, pode ser o palco perfeito para os mecanismos de controle exercerem seus papéis no jogo de poder.

Uma vez superada a explanação introdutória de todos esses temas e estabelecida a base teórica que possibilitará a discussão do assunto principal, será de extrema importância unir estes apontamentos com a noção de que a biopolítica e os mecanismos de controle atuam como fomentadores das *fake news* e do aumento da desigualdade social, de modo que vão claramente contra o comando constitucional contido no art. 170, inc. VII, ou seja, a redução das desigualdades regionais e sociais.

2.1 A RUPTURA COM O MODELO ABSOLUTISTA, A BIOPOLÍTICA, O BIOPODER E A NOVA FORMA DE CONTROLE SOCIAL

A forma de governo absolutista foi marcada por uma maneira de governar que tinha como alicerce o poder soberano, ou seja, aquele centrado no governante, no qual a lei preconizava imposições ou proibições aos súditos.

Nessa sociedade, havia a figura do chamado suplício corporal, que consistia em um ato cerimonioso cujo escopo era controlar o corpo do súdito pelo do terror, que sofria a força do soberano.

Nessa senda, em termos práticos, essa cerimônia objetivava demonstrar o poder do soberano, mostrar aos muitos súditos a relação de poder e força que estes tinham para com o seu príncipe.

Sobre a temática em tela, Foucault esclarece que era uma forma de justiça enquanto exibição de força física e temível por parte do soberano, que se concretizava em uma natureza material. Essa formalidade do suplício colocava de maneira clara a relação de força do soberano que garantia o poder da lei.

Devido à ausência da figura do cidadão, esse período é marcado por um protagonismo da figura do súdito, este considerado parte da terra em que morava, estava sob o manto de poder do soberano, o qual poderia, inclusive, exigir que este súdito lutasse

para defender suas terras, além de poder mata-los se eles tomassem posturas julgadas indevidas ou ilegais.

Ante essa constatação do poder absoluto do governante, pode-se facilmente perceber o apontamento de Foucault para a ideia de que o governante tinha o poder de fazer alguém morrer ou permitir que este mesmo alguém permanecesse vivo. Ou seja, “fazer morrer” e “deixar viver”.

Essa máxima permite que seja extraída a conclusão de que pouco importava a maneira como os súditos viviam, contanto que fosse dentro dos limites legais, de tal modo que caso um dos súditos viesse a morrer, tal sinistro seria irrelevante para o desenrolar da vida em sociedade. Destarte, as atividades realizadas, e mecanismos de informação como taxa de nascimentos e óbitos eram de pouca relevância, sendo que prevalecia a ideia do “deixar viver”.

Entretanto, uma nova forma de poder ganha relevo a partir do século XVII, é a chamada “disciplina” ou ainda, “anátomo política”. Consistia em uma forma de poder que levava em conta uma rede de poderes que ganha materialidade em várias instituições sociais (escolas, exército, hospitais), e passa a ter papel fundamental no processo de sujeição dos corpos para que estes permaneçam dóceis e úteis.

Nesse ínterim, mudanças no seio social trouxeram reflexos nessa sistemática. Fato é que a ruptura com um regime absolutista e a consagração de um regime burguês culminou na adoção de um poder chamado de poder disciplinar. Aqui, em contraste ao seu predecessor (regime absolutista) a lei passou a coexistir com outros mecanismos de controle, que passariam a determinar a vida das pessoas.

Essa nova forma de poder era, nas palavras de Machado, Dias e Ferrer baseada na adoção de mecanismos de controle que, incidindo sobre o indivíduo e também sobre a população como um todo, induzem a adoção de determinadas posturas para atingir objetivos previamente definidos.

Foucault explica que essa nova formulação de poder se solidificou com base em dois vieses, os quais não são contrários entre si que possuem certa ligação. O primeiro viés

explorou a relação do corpo enquanto máquina buscando maximizar a utilidade e docilidade desse corpo (anátomo-política do corpo humano). Por seu turno, o segundo segmento está mais voltado para a regulação da população baseado em processos como as taxas de natalidade e mortalidade, os níveis de saúde e as taxas de longevidade (esse segundo viés sendo a biopolítica).

Essa nova modelagem da política passou a possibilitar que se expandisse o seu campo de atuação. Evidentemente, com isso, esse novo paradigma político foi absorvido pelo sistema capitalista.

Nesse diapasão, era necessário ir além do conquistado com a docilidade e produtividade do corpo social. Desse modo, Duarte defende que o que se produz por meio da atuação específica do biopoder não é mais apenas o indivíduo dócil e útil, mas é a própria gestão calculada da vida do corpo social.

Isso quer dizer que o poder assume nova roupagem, e se antes era aplicado somente sobre a *bios* (vida daqueles qualificados politicamente) com a nova configuração passa também a ser aplicado a *zoe* - ou seja, a vida natural, que é comum a todos os integrantes do reino animal, inclusive ao humano. É com este intuito que surge a biopolítica: administrar ambos os aspectos da vida, tanto a *bios* quanto a *zoé*.

Na verdade, a partir desse ponto, a nova formulação política passou a solidificar-se, conforme extrai-se do excerto anterior, porque passou a ter certa preocupação em angariar sujeitos, corpos, e o controle das populações.

Corroborando a perspectiva trazida pela ruptura do modelo absolutista, Dias e Oliveira argumenta que a lei continuaria a ter certa importância, mas a necessidade de controlar novos aspectos das vidas das pessoas teria exigido a adoção de novos mecanismos para motivá-las a adotar certas condutas e a abandonar outras. Nesse sentido, a estatística teria ganho importância ímpar, pois passou a representar uma das principais ferramentas utilizadas pelo poder para fundamentar e divulgar pesquisas e propagandas que passaram a induzir práticas sociais. Além disso, a estatística permitiu que o poder se apropriar da vida não se tomando em conta a individualidade de cada pessoa, mas sim a

partir dos fenômenos supostamente genéricos que ligam a vida de todas as pessoas, como a natalidade, a longevidade, saúde pública, fecundidade etc., bem como outros aspectos da vida em sociedade, como o número de mortos, de doentes, regularidade de acidentes, etc.

Os efeitos dessa mudança de paradigma e de controle que estimularam o fazer viver podem ser observados nos mais diversos setores do que hoje conhecemos por sociedade. Exemplificativamente, o capitalismo soube muito bem tomar para si algumas características da vida em sociedade e controlá-las a favor da produção de riqueza. Deste modo, áreas da vida como sexualidade, longevidade, saúde pública dentre tantas outras foram alvo da influência de mecanismos de poder de tal sorte que por meio dos mesmos algumas condutas fossem fomentadas e incentivadas ao passo que outras passaram a ser rechaçadas. Em outras palavras, o escopo era maximizar a utilidade e a docilidade da vida em benefício do sistema capitalista.

Há de se deixar bem claro que o “fazer viver” da biopolítica não é um conceito embutido de um sentimento altruísta ou de um imenso espírito de fraternidade que, diante das precariedades vivenciadas pelos súditos nos regimes anteriores, vem para dar-lhes um tratamento mais digno.

Foucault já apontava para a natureza devastadora de doenças e pandemias dentro da ordem capitalista, sendo certo que essas, exatamente por reduzirem as cargas horárias de trabalho, geram impactos econômicos.

Tem-se que o deixar viver é aplicado à parcela da população que é considerada economicamente ativa, que produz para o sistema, de modo que nesse ponto, a biopolítica tende a aproximar-se de ideais neoliberais.

Sobre a temática, oportunos são os ensinamentos de Dias e Oliveira no sentido de esclarecer que a nova maneira de gerir o comportamento humano extrapolou os limites da lei e a passou a envolver dispositivos que induzem as pessoas a adotar certas condutas após serem convencidas de que elas lhes serão benéficas ou deixar de adotar certas condutas pois estas trariam malefícios.

Para ilustrar tal situação fazendo um paralelo com a atualidade, nós somos estimulados pela grande mídia a todo momento a adotar determinadas atitudes em detrimento de outras, essas possuem suas desvantagens escancaradas para que o sopesamento beneficie aquelas.

Com a nova configuração do marketing digital, dos algoritmos das redes e das notícias na palma da mão, o cidadão é estimulado a aderir a um estilo de vida saudável, a praticar *yoga* e meditação e a rechaçar uma rotina sedentária e dietas ricas em carboidratos.

Essa forma de controle está presente nas mais sutis decisões do cotidiano. Somos informados sobre qual *smatphone* comprar (aquele da maçã), qual roupa vestir (aquela com renome reconhecido), em quem votar, o que comer (desde que seja orgânico) e onde comer.

Muito embora Foucault não tenha apresentado qualquer distinção entre biopoder e biopolítica, torna-se oportuno, de maneira breve, pontuar que alguns autores, sendo Negri o de maior voz na doutrina, não trata os institutos como se sinônimos fossem.

Ao elucidar os ensinamentos de Negri, Dias e Oliveira explicam que o biopoder seria o exercício dos dispositivos de segurança sobre o homem, com o fim de controlar todos os aspectos de sua vida, e biopolítica seria a resistência do homem em relação a tais dispositivos de segurança, assumindo o homem o controle de sua vida.

Por fim, resta salientar que além da ruptura com o absolutismo e com a aproximação da biopolítica, o poder passa, nos tempos hodiernos, a entranhar-se de forma mais íntima na vida da sociedade, uma vez que agora une-se ao sistema capitalista dando origem ao chamado biocapitalismo.

2.2 A BIOPOLÍTICA E O BIOCAPITALISMO COMO FORMAS DE CONTROLE DA VIDA: A INDÚSTRIA DE FAKE NEWS NA INTERNET COMO PRODUTO DESSE CONTROLE

Para a pesquisa em tela, são de interesse as lições de Antônio Negri no que tange à maneira como biopolítica e biocapitalismo podem coadunar-se e configurar-se como mecanismos de controle nas sociedades atuais.

Necessário a contextualização dos estudos de Negri com relação à temática em análise. As lutas operárias e as lutas pela independência do denominado “terceiro mundo” culminaram numa nova conjuntura do Estado do Bem-estar Social, com a regulação social do capital e a eclosão do capitalismo financeiro.

A partir daí, o Estado do Bem-estar Social torna-se ele mesmo elemento de produção. Antônio Negri explica que essa nova conjectura transforma a matéria sobre a qual se constrói o lucro, transforma a matéria sobre a qual começa a construir inclusive valorização. Aliado a isso, nota-se que um grupo de economistas da década de 70 passou a perceber que o capitalismo exercia não só uma função de controle da sociedade, mas que entrava no corpo da vida.

Nesse diapasão, nota-se que a economia é um ciclo no qual há produção e circulação de mercadoria. Desta maneira, ficou extremamente difícil determinar onde começa a produção. Além disso, só se torna possível valorar a mais-valia após analisar a circulação de mercadoria. Portanto, a reunião do capital com a força de trabalho mergulha diretamente na produção e ultrapassa a jornada trabalhista clássica.

Destarte, ocorre que a mudança nos modos de produção passa a demandar a passagem do trabalho material para o imaterial. O capital envolve relação social e onde há relação há também resistência. O elemento novo é que com o recente destaque auferido pelo trabalho imaterial, passamos a visualizar uma resistência imanente.

Isso quer dizer que com as mudanças sociais, mudou-se também a maneira de se trabalhar e de se produzir. Para além daquele trabalho palpável (como por exemplo as linhas de produção das fábricas, ou os trabalhos ditos braçais) há também a crescente produção do chamado trabalho imaterial (aquele que existe em seu conceito, sua ideia, mas não necessariamente é concretizado no mundo palpável dos fatos, como por exemplo a confecção de uma notícia vinculada em uma mídia digital).

Nesse sentido, há de se anotar que além da monetização/valorização do trabalho imaterial, há também um crescente lucro sobre a sua veiculação nas redes e sobre anúncios postados juntamente com esses ou com o intuito de divulgá-los.

Certeiro é o fato de que os *sites* lucram com a venda de anúncios, de modo que quanto maior for a audiência do sítio na internet, mais dinheiro ele ganhará com a publicidade. Exemplificativamente, a crise política vivida em 2016 foi considerada uma mina de ouro em termos de audiência digital, de modo que os *sites* de *fakes news* também souberam beneficiar-se desse momento.

Da circulação de mercadoria citada ou dos processos de valorização, nasce a renda. Nesta relação, o Estado teve sua força enfraquecida porque até o poder de emitir moeda foi globalizado, de modo que, na dinâmica do endividamento, os mercados que se sobressaem no poder.

Com relação a essa temática, o autor elenca a existências de três paradoxos, os quais recaem na (1) produção; na (2) propriedade privada e (3) no enfrentamento do biocapital com os corpos dos trabalhadores. Nessa senda, Antônio Negri explica que esses três paradoxos permanecem irresolúveis no acionamento do capital. Conseqüentemente, quando a resistência se torna forte, tanto mais pesada e às vezes feroz é a tentativa de restauração do poder por parte do Estado, órgão detentor do capital.

Nesse íterim, Antônio Negri explica a relação que o Biocapitalismo possui com a Biopolítica e explana como estes podem ser aliados na hora de controlar a vida da sociedade: o trabalhador não é mais o instrumento que o capital usa para conquistar a natureza, o que significa banalmente produzir mercadorias, mas que, tendo incorporado o instrumento, tendo metamorfoseado do ponto de vista antropológico, reconquista um valor de uso, age maquinalmente em alteridade, em uma autonomia em relação ao capital. É nesse ponto que se dá uma nova forma de luta de classes, na realidade, uma luta de classes biopolítica, um biopoder capitalista que começa a se corresponder com uma luta de classes no terreno biopolítico.

Elucidando o esposado alhures e o correlacionando com a temática proposta por esta pesquisa, há de ser ponderado que atualmente existe um mercado de *fake News*, o qual não só gera capital sobre o trabalho imaterial, como também é utilizado como mecanismo de controle sobre a população/multidão para atender determinados fins, sejam eles

políticos ou econômicos. Há uma conversa entre o biocapitalismo e a biopolítica na qual o assunto é o controle da população para atender determinados fins.

Sobre o tema, aponta-se que a *Global Disinformation Index* divulgou uma pesquisa baseada em um agrupamento de aproximadamente 20 mil sites com escopo de veicularem *Fake News*. O estudo apontou que empresas destinadas a gerir tecnologia de anúncios investem um montante de aproximadamente US\$ 235 milhões (ou seja, R\$ 977 milhões) anualmente para que seus anúncios sejam exibidos nesses sites.

No Brasil, a indústria da *Fake News* tem sido uma grande aliada de empresários e políticos. Um inquérito aberto pelo Supremo Tribunal Federal investiga a veiculação de notícias falsas contendo ataques contra os ministros da Suprema Corte brasileira nas redes sociais. Nesse inquérito, apurou-se que um grupo de empresários bolsonaristas gastaram um montante de aproximadamente R\$: 5 milhões por mês para manipularem robôs e materiais destinados a constranger opositores do governo.

Além disso, foi publicado um estudo pela consultoria de segurança cibernética *Trend Micro* ao investigar o mercado de *fake news*, nesse artigo, intitulado de “*The Fake News Machine*” foi apontado que os orçamentos e investimentos em *fake News* podem variar entre US\$: 2,6 mil e US\$ 400 mil, sendo possível desde a criação de uma celebridade virtual até mesmo a manipulação de um processo decisório.

Deste modo, resta claro que a forma de poder migrou do absolutismo e hodiernamente encontra-se emaranhada entre a biopolítica e o biocapitalismo, sobretudo em tempos nos quais predomina a monetização das redes de computadores. Nessa senda, a pesquisa em tela passa preocupar-se em como a biopolítica e os mecanismos de controle ganham relevo no contexto digital, o qual pode ser tanto um campo de resistência quanto um aliado da maquinação do homem.

3. A INTERNET COMO ESPAÇO PARA A BIOPOLÍTICA: FAKE NEWS E A NOVA FORMA DE “SER” NO CIBERESPAÇO

Conforme explanado até então, resta cristalina a noção de que a relação do Estado para com seus súditos sofreu grandes mudanças com a ruptura do modelo absolutista. Com os contornos de caráter disciplinar e com a importância dada ao “fazer viver” por parte do Estado surgem novas formas de interferência estatal, sejam elas políticas, econômicas, sociais dentre outras.

Nessa senda, sobre a maneira como a biopolítica encontra-se entranhada no cotidiano humano anotam-se as palavras de Silva, Silva e Junior no sentido de elucidar que biopolítica são estratégias racionalizadas de gestão e administração da vida e se corporificam nas mais diversas campanhas e políticas elaboradas, nos dias de hoje tanto pelo Estado como por setores da iniciativa privada e organizações não governamentais.

Exatamente por ser um mecanismo de controlar a vida da população, a biopolítica encontra na internet um campo fértil para difundir seus mecanismos de controle. Ora, para uma estratégia de gerenciamento da vida que se alimenta de informações e estatísticas não há terreno mais fértil do que o ciberespaço, onde tudo é baseado em algoritmos, formulários e bancos de dados.

Inegável é o fato de que a internet é uma realidade na sociedade atual, o homem passou de animal social para animal conectado (um animal das redes sociais).

A relação entre biopolítica e tecnologia tem um tremendo impacto no modo de vida do homem pós-moderno, inserindo-se nas mais diversas camadas da vida social hodierna.

Tal conclusão baseia-se na ideia de que os fluxos tecnológicos possuem maior interferência no coletivo e maior influência na maneira de determinar nossas pluralidades e singularidades.

Foucault ilumina a temática quando afirma que a biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um tempo científico e político, como problema biológico.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a biopolítica, ao menos em alguma parte, está relacionada às soluções apresentadas pelo Estado (este enquanto instância política) voltadas ao bem-estar populacional.

Ratificando o exposto aos alhures, sabe-se que biopolítica lida com a população, sobretudo com a população enquanto problema político. Contudo, sabe-se também que hodiernamente a população encontra-se, na sua grande maioria, conectada à rede mundial de computadores, de forma que a internet está a um toque de distância, na tela dos smartphones.

Com o advento de novas tecnologias e com o mundo cada vez mais globalizado, é natural que novos contornos sejam dados à teoria da biopolítica. Nessa senda, a biopolítica digital, aquela que é mediada por algoritmos, em que sujeitos e Estado são conectados via processos que partem do contexto de problemas atuais, seria um “novo” fenômeno de gerenciamento das populações.

Isso quer dizer que a internet se apresenta como um local onde os agentes (sejam eles o Estado, particulares ou ONGS) podem utilizar como palco para a biopolítica.

Em termos de Estado, é certo que este atua como mediador da vida mediante plataformas *on line* onde essas baseiam-se em práticas de saber-poder. Isso quer dizer que uma vez conectado à rede, o cidadão possibilita ao Estado (ou qualquer outro ente biopolítico) a constante vigilância, apresentando-se ora como sujeito deste processo, ora como alvo.

É justamente na internet que o conceito de multidão proposto por Negri pode ser correlacionado com a temática em tela.

Para referido autor, multidão é o nome dado a uma imanência, um conjunto de singularidades. Essa teoria da multidão defende que os indivíduos falam por si só. Em poucas palavras, se está a tratar de singularidades não representáveis.

Em resumo, a multidão é o conjunto de singularidades, estas por sua vez apresentam-se em movimentos constante e são permanentemente produtivas.

Assim, nas palavras de Antônio Negri: multidão é uma potência, e esta potência não deseja apenas se expandir, mas, acima de tudo, quer se corporificar: a carne da multidão quer se consubstanciar no corpo do *General Intellect*.

Nesse sentido, deve-se fazer menção à diferenciação proposta por Negri entre povo e multidão, de modo que ambos são conceitos que não se confundem. Em um sentido mais geral, a multidão desafia qualquer representação por se tratar de uma multiplicidade incomensurável. O povo é sempre representado como unidade, ao passo que a multidão não é representável, ela apresenta sua face monstruosa vis-à-vis os racionalismos teleológicos e transcendentais da modernidade. Ao contrário do conceito de povo, o conceito de multidão é de uma multiplicidade singular, um universal concreto. O povo constitui um corpo social; a multidão não, porque a multidão é a carne da vida. Se por um lado opusermos multidão ao povo, devemos também contrastá-la com as massas e a plebe.

Essa noção trazida por Negri pode ser correlacionada com as *fake news*, sobretudo com as *fake news* no espaço virtual.

Nessa senda, é importante destacar as palavras de Francisco Vieira da Silva e Joseeldo da Silva Junior que elucidam que enquanto no espaço virtual o sistema colaborativo maximiza as relações: no caso concreto, as singularidades atuam em favor da multidão, redes de colaboração são formadas, em que passam a ocorrer a descentralização de poder.

Para ilustrar o exposto, pode-se tomar como exemplo algumas situações concretas que ocorreram durante a campanha presidencial do atual presidente Jair Bolsonaro. Notícias falsas espalhadas incluíam estratégias para diminuir a credibilidade do principal candidato da oposição, Fernando Haddad.

Alguns dos exemplos de *fake news* divulgadas na reta final da corrida eleitoral envolvem o chamado “kit Gay” que supostamente teria sido distribuído em escolas para crianças de 06 anos; a filiação ao PT do envolvido na facada de Bolsonaro; a divulgação da imagem de uma idosa que fora agredida simplesmente por ser eleitora de Bolsonaro - a foto em questão era da falecida atriz Beatriz Segall após uma queda na rua.

Em um mundo conectado é muito mais fácil chegar até às multidões e maximizar as relações, conforme mencionado anteriormente. Anota-se, nesse sentido, que 6 em cada 10 brasileiros possuem *WhatsApp*, totalizando um montante de 120 milhões de pessoas que estão facilmente disponíveis para contato.

Ao receberem esse tipo de conteúdo, essas pessoas, que compõem esse grupo (multidão) e passam a reagir a este conteúdo, formam uma rede de colaboração. Ou seja, utilizando seus corpos, sua carne e dando vida à multidão essas pessoas passam a colaborar com a propagação da notícia falsa (ou com qualquer outro conteúdo recebido, conforme será exposto posteriormente, compartilhar é tido como uma nova maneira de “ser” na era digital).

Sem dúvida nenhuma, apesar da mudança de paradigma imposta pela biopolítica com o “fazer viver”, impera, como ocorria no regime absolutista, o tolhimento da liberdade do indivíduo, o qual perde a capacidade de formulação de compreensão e de argumento racional, ante à imaturidade para compreender o funcionamento institucional, turvando, assim, sua visão da realidade.

Essa maximização da relação dos indivíduos (fomentado através da facilidade de conexão da rede) é potencializada pelas singularidades destes indivíduos dentro do conceito de multidão e favorece a formação de uma rede de colaboração que culmina em uma descentralização de poder, no caso em tela, a descentralização transcreveu-se na construção do descrédito do candidato da oposição, possibilitando uma vantagem na corrida eleitoral para o então candidato Jair Bolsonaro.

Em outras palavras, primeiramente essas pessoas foram alvos, depois passam a ser agentes e sujeitos da propagação.

Os alvos dessas *fake news* são pessoas, cidadãos. Dentro da teoria da multidão de Negri essas pessoas são indivíduos singulares, cada um com seus gostos, preferências políticas, ideias, princípios e valores morais. Assim sendo, como explicar que essa multidão, concentrada sobretudo na internet, possa vir a atender fins biopolíticos?

Nesse sentido, alguns fatores podem ser apontados como traços de singularidades desses indivíduos enquanto membros da multidão, ou ainda, enquanto elo na corrente que liga todos esses agentes da biopolítica virtual em tempos de *fake news*.

3.1. O CONVITE À INTERAÇÃO EM UMA SOCIEDADE SINÓPTICA: A NOVA MANEIRA DE SER E DISPOSITIVOS QUE FOMENTAM AS FAKE NEWS

Com o fito de explicar como as *Fake News* podem encontrar seu fomento no ambiente virtual, esta pesquisa irá se pautar em alguns tópicos, sendo eles: 1) a noção de vigilância, confinamento e informação proposta por Bentham; 2) a mistura entre as noções de vigilância e entretenimento; 3) a nova maneira de ser e a exteriorização de subjetividades no ciberespaço; 4) o engajamento do sujeito virtual e, por fim, 5) o discurso de ódio como aliado das *fake news*.

Conforme já exaustivamente mencionado neste trabalho, a sociedade enfrentou mudanças que repercutiram em suas mais diversas áreas de vida. Nesse sentido, é natural que a maneira do indivíduo se enxergar como ser (ao menos no meio digital) também tenha sofrido alterações.

Nesse ínterim, é necessário voltar ao conceito de panóptico, proposto por Jeremy Bentham, para entender como a vigilância exerce seu poder sobre os indivíduos, e como que hodiernamente o faz por meio da internet. Alude-se ao conceito estabelecido pelo mencionado autor, para quem panóptico não é uma prisão. É um princípio geral de construção, o dispositivo polivalente da vigilância, a máquina óptica universal das concentrações humanas.

Feita a análise dessa teoria, será possível entender como uma sociedade baseada na constante vigilância pode influenciar o comportamento de seus cidadãos e na maneira como eles enxergam a si mesmos.

Em outras palavras, como que a biopolítica, exercida hoje também por meio da internet, ao penetrar tanto na *bio* quanto na *zoé*, influencia o comportamento humano no ciberespaço.

Nessa senda, no que diz respeito ao panóptico proposto pelo inglês Jeremy Bentham, é salutar perceber que a combinação entre as noções de visibilidade, confinamento e informação contribuem para que a arquitetura do panóptico se configure-se como uma ferramenta de poder. Em decorrência dessa vigilância constante, o sujeito não só é capaz de interiorizar a norma como também passa a exteriorizá-la.

Na atualidade, o conceito de vigilância do panóptico proposto por Bentham pode ser interpretado de uma nova maneira, juntamente com o conceito de sinóptico sugerido por Bauman.

Bauman elucida que o sinóptico se apresenta de uma forma global, na qual o ato de vigiar retira a limitação espacial dos vigilantes e os transporta ao ciberespaço. Essa quebra da barreira espacial faz com que os vigiados (usuários das redes) passem a ser os vigilantes. Nesse sentido, os vigilantes são muitos que vigiam poucos (a exemplo dos milhões de internautas que seguem blogueiras nas redes sociais).

Esse conceito pode ser facilmente visualizado no contexto do *reality show Big Brother Brasil*. Os pressupostos do panóptico são facilmente reconhecidos aqui (visibilidade, confinamento e informação) além disso, os mecanismos biopolíticos também podem ser verificados nessa realidade. Ora, um perfil no *instagram* criado para um rato que apareceu na cozinha do programa alcançou em menos de 24 horas mais de 1 milhão de seguidores.

Em uma alusão à ideia do panóptico proposto por Bentham, Bauman diferencia os institutos dizendo que o Panóptico forçava as pessoas à posição em que podiam ser vigiadas. O Sinóptico não precisa de coerção – ele seduz as pessoas à vigilância.

As noções propostas por ambos os filósofos citados anteriormente permitem concluir que os mecanismos capazes de influenciar e disciplinar o comportamento reformularam-se e chegaram ao ciberespaço.

Vive-se em uma época em que todos possuem um smartphone na palma da mão e por isso são constantemente vigiados e vigilantes. Nosso celular é capaz de informar nossa localidade, sugerir pesquisas com base em banco de dados e até mesmo de contar nosso

número de passos. O Homem trocou as correntes do absolutismo pela pulseira de seu *smartwatch*.

Por outro lado, essa massa de vigiados, armados com celulares e *tablets*, estão sempre vigiando os últimos acontecimentos políticos e sociais. Mas, o que garante que esses soldados do *smartphone* estejam sempre a postos para receber, compartilhar e vigiar?

Marcus Guilherme Pinto de Faria Valadares explana a questão da seguinte maneira: a Web 2.0 é atravessada por uma nova subjetividade, uma subjetividade continuamente exteriorizada e visível. Os muros que protegiam os lares burgueses e guardavam a segurança do *Homo pshylogicus* e do *Homo privatus* sofreram abalos e agora parecem nem mais existir. Se na modernidade, a intimidade era guardada para si e revelada apenas dentro dos muros que protegiam o lar, na contemporaneidade, ela é projetada nas telas e se constitui em sua exposição. É o momento em que as subjetividades introdirigidas esvaem-se e dão espaço a subjetividades reconfiguradas e, agora, alterdirigidas. É na exteriorização que se constrói a subjetividade e é assim que o indivíduo parece individualizar-se (SIBILIA, 2008a).

Parafrazeando o autor, tem-se que a nova maneira que o ser humano encontrou para individualizar-se é por meio da exteriorização de sua subjetividade. No mundo físico essa exteriorização pode ser verificada através de um estilo de roupa, um determinado corte de cabelo, na escolha dos acessórios e assim por diante.

Contudo, no ciberespaço, a exteriorização da subjetividade encontra outra maneira de manifestar-se, sendo o compartilhamento a mais pura essência dessa exteriorização.

A própria estrutura dos sites na web já é um convite ao compartilhamento/exteriorização. Caso você tenha lido uma notícia e tenha concordado o botão de compartilhar no *WhatsApp* encontra-se logo no canto. Contudo, se você achou um absurdo o texto que acabou de ler você está a apenas um clique de manifestar e compartilhar a sua indignação, seja mediante os *stories* no *instagram* ou por meio de uma publicação no *Facebook*.

Essa necessidade de exteriorização, compartilhamento ou exibição perante o outro existe como uma forma de ratificação do ser, ou seja, o “eu” só pode existir a partir do momento em que é confirmado pelo “outro”. Nesse ínterim, a autoexposição hoje é, também e principalmente, uma forma de inclusão nas redes de informação, entretenimento e consumo.

Desse modo, torna-se possível compreender porque o cidadão hodierno sente a necessidade de compartilhar um conteúdo que sequer sabe ser ou não verdadeiro. Hoje em dia é necessário mais do que simplesmente existir, é necessário ser visto e ratificado pelo corpo social. Ao exteriorizar uma notícia sobre a corrida eleitoral (ainda que seu conteúdo seja falso) o meu “eu” digital está exteriorizando todo o seu grau intelectual, afinal, esse “eu virtual” interessa-se pelo jogo político que acontece em Brasília a ponto de gastar alguns preciosos segundos virtuais compartilhando algo sobre o tema.

O papel da internet e da mídia digital nessa estrutura de exteriorização do ser é primordial, isso porque esses dispositivos permitem que as pessoas que estão no poder sejam vistas, alcançadas e compartilhadas por muitos.

E é justamente desse cenário que a biopolítica, aliada ao biocapitalismo, aproveita-se para exercer novas formas de controle. Ao vincular notícias falsas em *sites* e investir um grande montante de dinheiro para que elas sejam divulgadas e posteriormente replicadas pelos vigilantes da web, os mecanismos de controle conseguem utilizar a multidão que se encontra na internet e a direcionar para os fins que melhor lhe atender.

Destarte, a somatória desses mecanismos (a nova conjuntura do ser e o biocapitalismo aliado à biopolítica) mostra-se como elemento que justifica, até certo ponto, o porquê o sujeito digital compartilha conteúdo nas redes, sendo esse conteúdo verdadeiro ou falso.

Nesse diapasão, alguns outros fatores contribuem como aliados nesse jogo de compartilhamento de conteúdo falso que se tornou frequente no nosso país.

Um desses elementos é o engajamento que o sujeito virtual detém. Afinal, o engajamento do cidadão nessa nova forma de disciplina é a garantia de que os meios biopolíticos e disciplinares estão atendendo ao seu objetivo: o de condicionar a vida.

Dentro das redes sociais, engajamento é primordial para obter visibilidade. O *instagram* apresenta métricas de engajamento para que o criador de conteúdo digital (trabalho imaterial) possa acompanhar seu desempenho. Essas métricas são usadas por empresas para patrocinar ou não determinado influenciador digital.

Nessa senda, o engajamento encontra respaldo em três motivações, sendo elas: 1) o efeito do real que o conteúdo é capaz de produzir; 2) a atuação no liame entre vigilância e entretenimento e 3) o convite à colaboração por parte do espectador, o qual passa de alvo a produtor de conteúdo.

Corroborando o esposado até então, anotam-se as palavras de André Brasil e Cezar Migliorin no sentido de que não há qualquer restrição de cunho moral para essa prática de compartilhamento visando a exteriorização do ser. Nesse sentido, aqui também, desaparece na rede de enunciação coletiva, que, nesse caso, representa menos uma problematização crítica do domínio de autoria, do que uma espécie de refúgio sem lhe demandar nada (ou muito pouco), sem que ele se obrigue a esboçar qualquer formulação ética, se satisfazendo em receber, se entreter e reproduzir.

Somado ao exposto aos alhures, outro elemento que contribui para a propagação das *fake News* é a mistura entre as noções de vigilância e de entretenimento, de modo que o sujeito não perceba que enquanto ele pensa estar consumindo algo para seu prazer ele também está sendo objeto de constante vigilância.

Nesse jogo onde vigilância e entretenimento são misturados, o sujeito é convidado não apenas a se identificar, mas de uma forma ou de outra, a tomar parte da cena, povoá-la com algo de seu modo de vida. Tomar parte aqui tem o sentido de colaborar, na medida em que se criam estratégias que permitem ao espetáculo incorporar a autonomia dos espectadores. Essa nova maneira de interação, notadamente explorada pelos novos contornos que a biopolítica digital ganha é, nas palavras de André Brasil, algo que

confirma e leva ao limite a percepção foucaultiana de que a biopolítica é a forma de poder imanente que se exerce em meio à liberdade e à autonomia.

Somado a todo o aduzido anteriormente, denota-se que há uma tendência cada vez mais crescente da proliferação dos chamados “discursos do ódio” na rede mundial de computadores. Esse tipo de discurso, quando aliado à *fake news* pode ser um mecanismo eficiente no controle da opinião da população e do condicionamento de condutas.

Em 2014 a dona de casa Fabiane Maria de Jesus foi brutalmente amarrada e espancada por moradores de Guarujá. O motivo? Fabiane parecia-se com um retrato falado de um boato vinculado por uma página no *Facebook*. A página alertava a população para tomarem cuidado com uma suposta mulher que sequestrava crianças para a prática de magia negra.

Fabiane foi julgada, espancada e morta de maneira cruel e sem o direito da dúvida. Sua execução foi filmada e postada nas redes sociais. As singularidades de todos os indivíduos que leram o falso boato convergiram e movimentaram a carne dos corpos, os quais se articularam e executaram a dona de casa.

A constante necessidade de ratificação desses indivíduos por outros indivíduos fez com que o crime fosse filmado e compartilhado. Os vigilantes/vigiados cumpriram seu papel no ciberespaço: leram, não checaram, executaram e, o mais importante, compartilharam.

Diante de um cenário como esse, torna-se necessário estudar o conceito de diferença, sendo certo que este apresenta-se como premissa para o conceito de desigualdade.

Não se trata de uma diferença que recaia sobre a vida em seus termos biológicos, mas sim, na diferença que repousa na vida enquanto vida produtiva e positiva. A diferença está no real, e por isso é desumana.

Nesse diapasão, oportunas são os ensinamentos trazidos por Vinícios Rocha Pinheiro Machado, Jefferson Aparecido Dias e Walkiria Martinez Henrich Ferrer sobre como os mecanismos de diferenciação estão intimamente ligados com a biopolítica,

desigualdade social e internet: a felicidade humana muitas vezes acaba por ser determinada pelo controle político que sujeita o indivíduo, ao determinar o que ele deve ou não ser e/ou possuir. A dominação legal exercida pelo aparato do Estado, somada aos agentes de socialização, conduz os indivíduos a uma aceitação tácita de sua condição na sociedade, acentuando as relações de poder e objetivando os papéis sociais delineados pela estratificação social. A intenção por trás dos aparelhos de sujeição acaba por se ocultar, invisível aos olhos da multidão que não mais se individualiza e deixa de reconhecer o seu poder de resistência, baseado na própria biopolítica. Essa imposição de controle sobre a vida e suas diferenças, que passam a ser fonte de discriminações, encontrou na Internet e, particularmente, nas redes sociais, um campo fértil de atuação, em especial por meio do discurso de ódio.

Cumprido esclarecer, porém, antes de prosseguir com o raciocínio, que, apesar dos autores citados acima entenderem que o mecanismo descrito para forçar a aceitação da condição social, seja imposto pelo aparato estatal, este estudo trabalha com a ideia de que o mesmo mecanismo pode ser empregado por outras estruturas, como as grandes empresas, por exemplo.

Essas diferenciações são responsáveis por criarem expressões que irão forjar a noção de pertencimento das pessoas a determinados grupos. Contudo, pontua-se que o pertencimento a determinado grupo por si só não seria um fator negativo para a sociedade.

Acontece, entretanto, como verificado no caso de Fabiane, que muitas vezes os mecanismos de controle apropriam-se desse senso de pertencimento e passam a usá-lo a seu favor para direcionar a população.

Esquerda vs. Direita; Veganos vs. Carnívoros; Funkeiros vs. Sertanejo Universitário; Pandemia vs. Gripezinha. Todos esses são debates que ocorrem na nossa sociedade exatamente porque algumas pessoas possuem senso de pertencimento em um dos lados dessa dialética. Em sua grande maioria, boa parte desses “debates” ocorrem no espaço virtual.

O debate por si só não é algo ruim. Muito pelo contrário, o debate é essencial em uma democracia. Porém, quando esses debates são financiados por *fake news* eles perdem sua característica dialética e passam a estarem mais próximos de discursos de ódio.

Nesse diapasão, é salutar destacar como que o biopoder e o biocapitalismo ao se valerem de todo o esposado até então, acabam por moldar desigualdades sociais e vão ao arrepio do comando constitucional contido no art. 170, inc. VII, ou seja, a redução das desigualdades regionais e sociais como sendo um dos princípios da ordem econômica: nesse viés, as minorias sociais, que podem por vezes ser as maiorias numéricas, são reduzidas à condição de resíduos, mediante violência, perseguição, eliminação ou abandono. O poder biopolítico estabelece hierarquias e separações e molda as desigualdades, construindo mecanismos que despojam certos grupos de sua humanidade.

Finalmente, pode-se concluir que a relação de dominação entre Estado e indivíduos, a qual é potencializada por mecanismos de controle e agentes de socialização, leva os cidadãos à uma aceitação, ainda que tácita, de sua classe social. Esse controle acaba por perder-se diante dos olhos da multidão a qual fica impossibilitada de usar a biopolítica como forma de resistência.

Sendo assim, ao fomentar a diferenciação entre os grupos e explorar o senso de pertencimento, os mecanismos biopolíticos acabam por financiar o aumento da desigualdade social, uma vez que a multidão fica aos olhos para a potencialidade de resistência que a própria biopolítica pode oferecer.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todos os fatos apresentados, algumas conclusões são auferidas por este estudo. Nesse sentido, o primeiro apontamento é no sentido de que se pode destacar que com a ruptura do modelo absolutista, a forma de poder migrou do “deixar viver e fazer morrer” para a noção de “deixar morrer e fazer viver”.

Corroborando esse raciocínio, observou-se que a biopolítica apresenta-se como uma forma de controle que vai além do controle realizado pela lei, alcançando a vida humana em sua mais ampla e íntima essência, ou seja, tanto a *bios* quanto a *zoé*.

Ademais, percebeu-se que além dessa mudança nas formas de controle, a sociedade passou também por uma reformulação na sua ordem econômica. De modo que o trabalho deixa de ser a principal forma de conquista da natureza, passando por uma transformação do ponto de vista antropológico, dando origem ao chamado Biocapitalismo.

Nesse ínterim, observou-se que quando os mecanismos de controle citados se unem em uma rede de computadores pautada na monetização, tem-se o cenário ideal para a eclosão de notícias falsas.

No mais, a pesquisa em testilha também ponderou que a nova maneira de ser do homem no ciberespaço, somado a todo o esposado anteriormente sobre os mecanismos de controle, faz com que o compartilhamento ganhe relevo em uma “cibersociedade” que celebra a exteriorização das subjetividades. Sendo assim, buscando a constante ratificação por parte dos outros, o indivíduo digital acaba por compartilhar tanto sua intimidade quanto notícias, sendo elas verdadeiras ou falsas.

Finalmente, restou comprovado que todos esses vetores se classificam como mecanismos que contribuem para o aumento da desigualdade social, sendo certo que eles se utilizam de mecanismos de diferenciação e do senso de pertencimento do homem enquanto integrante da multidão, de modo que vão na contramão do comando constitucional contido no art.170, inc. VI da Constituição Federal.

5. REFERÊNCIAS

BARRAGÁN, Almudena. **Cinco “Fake News” que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro**. El País. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html. Acesso em: 09 jul. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL, André. **Formas de vida na imagem: da indeterminação à inconstância.**

Trabalho apresentado ao XIX Encontro da Compós, PUC-RJ, Rio de Janeiro, RJ, junho de 2010. Disponível em: <http://www.compos.org.br/data/biblioteca_1511.doc>. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL, André. **Modulação/Montagem: Ensaio Sobre Biopolítica e Experiência**

Estética. 99f. Tese (Doutorado do Programa de Pós-graduação em Comunicação da Escola de Comunicação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, 2008. Disponível em: https://www.ufrgs.br/infotec/teses07-08/resumo_7836.html. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL, André; MIGLIORIN, Cezar. Última foto: possibilidade da imagem. **Revista**

Cinética Cinema e Escrita. Rio de Janeiro/São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.revistacinetica.com.br/ultimafoto.htm>. Acesso em: 08 jul. 2020

BRUNO, Fernanda. Máquinas de ver, modos de ser: visibilidade e subjetividade nas novas tecnologias de informação e de comunicação. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, v. 24, p. 110-124, 2004. Disponível em:

<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3271>. Acesso em: 09 jul. 2020.

CIRINDO DOS SANTOS, Juarez. Trinta Anos de Vigiar e Punir – Foucault. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 1, p. 289-298, 2006. Disponível em:

http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

CONJUR. Bolsonaroistas gastam R\$: 5 milhões por mês com *fake News*, revela inquérito.

Consultor Jurídico. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/empresarios-gastam-milhoes-mes-fake-news>. Acesso em 04 jul. 2020.

COSTA, Machado da. Estudo Revela como Funciona a Indústria de “Fake News” no Mundo. **Isto é Dinheiro.** 2017. Disponível

em:<https://www.istoedinheiro.com.br/estudo-revela-como-funciona-industria-de-fake-news-no-mundo/>. Acesso em 01 jul. 2020.

DIAS, Jefferson Aparecido; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. O Desemprego e o Autoatendimento no Setor Bancário: Entre o Biopoder e a Biopolítica. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (REPATS)**, v. 12 n. 27, p. 07-21, 2017.

Disponível em:

<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaInterseccoes/article/view/1395/1277> Acesso em: 24 jun. 2020.

DUARTE, André de Macedo. De Michael Foucault a Giorgio Agamben: a trajetória do conceito de biopolítica. In: SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de (Org.). **Fenomenologia Hoje III – Bioética, Biotecnologia, Biopolítica**. Porto Alegre. Editora da PUCRS, 2008. v. 3.

FERREIRA, Yuri. Rato do BBB Chega a 1 Milhão de Seguidores no Instagram em 24 Horas e Supera Participantes. **Hypeness**. 2020. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2020/04/rato-do-bbb-chega-a-1-milhao-de-seguidores-no-instagram-em-24-horas-e-supera-participantes/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: FOUCAULT, M. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, p. 285-315, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. Trad. Luiz Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FOUCAULT, Michel. **As Malhas do Poder (Final)**. *Barbárie*, Bahia, v.3, n.5, p. 34 -43, 1982.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. 13. ed. Trad. Maria Thereza Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal Edições, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

GIORGI, Gabriel; RODRÍGUEZ, Fermín. Prólogo. In: (Comp.). **Ensayos Sobre Biopolítica: Excesos de Vida**. Buenos Aires: Paidós, 2007. p. 9-34.

GODOY, Sandro Marcos; LIMA, Murilo Aparecido Lorençoni; CARDOSO, Graziela Morais. **Uma análise histórica do conceito de família**: um estudo da gênese da família até a multiparentalidade e a família constitucionalizada em seu conceito amplo. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 20, n. 37, maio/agos. 2020, p. 105-122.

GODOY, Sandro Marcos. **A mulher e o Direito do Trabalho**: a proteção e a dimensão constitucional do princípio da igualdade. Birigui: Editora Boreal. 2015.

GODOY, Sandro Marcos. **O Meio Ambiente e a Função Socioambiental da Empresa**. Birigui: Editora Boreal. 2017.

MACHADO, Vinícius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Henrich. Biopolítica e novas Tecnologias: O discurso do ódio na Internet como mecanismo de controle social. **Revista de Informação legislativa RIL**. Brasília, a. 55 n. 220 out/dez. 2018 p. 29-51. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29.pdf. Acesso em: 02. Jun. 2020.

NEGRI, Antônio. **Biocapitalismo entre Spinoza e a Constituição Política do Presente**. Iluminuras, 1ª ed. São Paulo, 2015.

NEGRI, Antonio. Para uma Definição Ontológica da Multidão. **Lugar Comum**, nº. 19-20, p. 15-26, 2004. Disponível em: http://uninomade.net/wp-content/files_mf/113003120823Para%20uma%20defini%C3%A7%C3%A3o%20ontol%C3%B3gica%20da%20multid%C3%A3o%20-%20Antonio%20Negri.pdf . Acesso em: 27 jun. 2020.

ROSSI, Mariane. Mulher Espancada Após Boatos em Rede Social Morre em Guarujá, SP. **G1 – Globo**. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-re-de-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 21 jun. 2020.

SIBILIA, Paula. A digitalização do rosto: Do transplante ao PhotoShop. **Revista Cinética**, v. 1, p. 1, 2008a. Disponível em: http://www.revistacinetica.com.br/cep/paula_siblia.pdf. Acesso em: 01 jul. 2020.

SIBILIA, Paula. O show do eu: A intimidade como espetáculo. Rio de Janeiro: **Nova Fronteira**, 2008. v. 1. 284 p. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832010000100015&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 20 jun. 2020

SILVA, Francisco Vieira Baracho; SILVA E JUNIOR, Joseeldo da. Mentiras Sinceras (Não) Me Interessam: Estratégias Biopolíticas Do Ministério Da Saúde No Combate Às Fake News. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. V. 4, nº 2, p.253-270, Jul-Dez, 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8517> . Acesso em: 20 jun. 2020.

TADEU, Tomaz (org). **O Panóptico / Jeremy Bentham**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/81000/mod_resource/content/1/TC%20O%20pan%C3%B3ptico.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

VALADARES, Marcus Guilherme Pinto de Faria. A Biopolítica Hoje: Tecnologia, Imagem e Produção de Subjetividade. **Texto Livre: Linguagem e Tecnologia**. Nº. 01, p. 116-128, v. 07. Ano 2014. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/textolivres/article/view/5064> Acesso em: 29 jun 2020.

VICTOR, Fabio. Como funciona a Engrenagem das Notícias Falsas no Brasil. **Folha de São Paulo**, Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-a-engrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml>. Acesso em 7 jul. 2020.

VIEIRA, Nathan. Sites de notícias falsas geram mais de US\$200 milhões em publicidade. **Canal Tech**. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/mercado/sites-de-noticias-falsas-geram-mais-de-us-200-milhoes-e-m-publicidade-151097/>. Acesso em: 09 jul 2020.

WACQUANT, Loïc. Três Etapas para uma Antropologia Histórica do Neoliberalismo Realmente Existente. **Caderno CRH [online]**. vol.25, n.66, p.505-518, 2012. ISSN 0103-4979. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-49792012000300008>.. Acesso em: 01 jul. 2020.

Data da submissão: 09/02/2021
Data da primeira avaliação: 09/02/2021
Data da segunda avaliação: 01/04/2021
Data da aprovação: 09/06/2021

**O CANTO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS: PROVOCAÇÕES A PARTIR DA
TEORIA DE JON ELSTER**

*THE SONG OF TAX IMMUNITIES: PROVOCATIONS FROM JON
ELSTER'S THEORY*

Betina Treiger Grupenmacher⁴⁰
Nayara Sepulcri de Camargo Pinto⁴¹
Laércio Cruz Uliana Junior⁴²

RESUMO: O presente artigo busca refletir sobre as cláusulas pétreas como dispositivos de pré-compromisso constitucional e sua relação com as normas de imunidade tributária. Para isso, é utilizada a teorização sobre autorrestrição do indivíduo e de pré-compromissos constitucionais, especialmente com base na obra de Jon Elster. Depois de expor a teoria do pré-compromisso de Elster no plano filosófico, passa-se a examinar os pré-compromissos no âmbito das sociedades (com as ressalvas que o próprio Elster faz a essa transposição), especialmente os que se fazem por meio do pacto constitucional. Na sequência, são analisadas as cláusulas pétreas como um dos dispositivos mais relevantes de pré-compromisso constitucional, para, ao cabo, analisar-se o problema da reforma constitucional em matéria de imunidades tributárias, o que se faz com base na discussão travada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 9397

Palavras-chave: pré-compromisso; Cláusulas Pétreas; Imunidades Tributárias

ABSTRACT: This paper aims to think over the immutable clauses as devices of constitutional pre-commitment and its relationship with the rules of tax immunity. For this, it uses the theory about individual self-restraint and constitutional pre-commitment, based mainly on the work of Jon Elster. After examining the theory of pre-commitment in a philosophical plan, it is studied the commitment in societies (with the reservations made

⁴⁰ **1. Qualificação:** Professora Titular de Direito Tributário da UFPR. Doutora pela UFPR. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa e Visiting Scholar pela Universidade de Miami; **2. e-mail:** betina@gruppenmacher.com.br; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3931073455086808>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-0097-8124>; e **5. vinculação:** UFPR (PR)

⁴¹ **1. Qualificação:** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Tributário, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Professora de graduação e especialização em Direito Tributário. Visiting Researcher na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA); **2. e-mail:** nayaradecamargopinto@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7041182523622009>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2567-9673>; e **5. vinculação:** UFPR (PR)

⁴² **1. Qualificação:** Doutorando em Direito pela UFPR – Universidade Federal do Paraná. Mestre e Bacharel em Direito pela UNIBRASIL. Conselheiro Titular do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Coordenador-Adjunto da Pós em Direito e Processo Tributário da ABDCONST.; **2. e-mail:** laerciocuj@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3826943448228630>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6475-1223>; e **5. vinculação:** UFPR (PR)

by Jon Elster himself), especially the commitment made through the constitutional pact. In the sequence, the immutable clauses are examined as one of the most relevant constitutional pre- commitment. Finally, it is analyzed the problem of constitutional reform in the matter of tax immunities, based on the discussion performed by the Brazilian Supreme Court on the “Direct Action of Unconstitutionality” nº 939-7

Key-words: Pre-commitment; Immutable clauses; Tax immunities

1. INTRODUÇÃO

Entre os estudiosos do Direito Tributário, muito é afirmado (mas pouco discutido) o caráter imodificável das normas constitucionais de imunidade, por representarem expressão de direitos fundamentais, e por conseguinte, cláusulas pétreas insuscetíveis de alteração por emenda à Constituição.

A afirmação se transformou, ao longo dos anos de vigência da Constituição Federal, em um truísmo repetido de pena em pena na doutrina justributária sem qualquer contestação.

Mas esse é um dos temas que, acredita-se, pode suscitar indagações riquíssimas ao cientista do Direito que se proponha a atravessar a superfície das aparentes verdades e mergulhar – um pouco que seja – em reflexões de ordem política e filosófica que digam respeito à estabilidade da Constituição e à própria razão de ser das cláusulas pétreas.

Nesse contexto, a teoria dos pré-compromissos de Jon Elster oferece ingredientes valiosos para repensar o sentido, alcance e finalidade das limitações materiais ao poder constituinte reformador, despertando provocações relativas à legitimidade das restrições intergeracionais e ao seu questionável poder de estabilização das Constituições.

Sem pretender, de modo algum, negar o conteúdo e relevância das cláusulas pétreas da Constituição da República – a que Vital Moreira (1980) denomina de “sumário de toda a tradição democrática” de nosso povo – o presente artigo busca uma aproximação diferente (porque reconhecidamente inspirada na perspectiva filosófica e sociológica de Elster) para a velha afirmação da inalterabilidade das imunidades tributárias.

Para tanto, ocupa-se, primeiro, de expor a teoria do pré-compromisso de Elster no plano filosófico, na perspectiva do indivíduo que se autorrestringe para, em seguida,

examinar os pré-compromissos no âmbito das sociedades, notadamente as (“auto”) restrições inculcadas por meio de uma Constituição.

Na sequência, são analisadas as cláusulas pétreas como pré-compromissos constitucionais, bem como a problemática que tais amarras suscitam no que diz respeito à legitimidade da limitação intergeracional e no que se refere ao seu questionável papel de estabilização da Constituição.

Por fim, debruça-se sobre o problema da reforma constitucional em matéria de imunidades tributárias, refletindo sobre o alcance da restrição material inscrita no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, utilizando, como pano de fundo, a discussão travada no bojo da ADI 939-7, na qual se analisou a validade de emenda constitucional limitadora de norma de imunidade.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. CANTO DAS SEREIAS E A TEORIA DOS PRÉ-COMPROMISSOS DE JON ELSTER

Se a teoria de Elster é a linha condutora deste artigo, é válido registrar brevemente quem é esse importante teórico e qual é a sua contribuição para a ciência contemporânea.

Jon Elster é um filósofo nascido em 1940 na Noruega e radicado nos Estados Unidos. Mestre em Filosofia pela Universidade de Oslo e Doutor em Letras e Ciências Sociais pela Universidade de Paris V, atualmente é professor de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Colúmbia.

A forma de aproximação do autor é costumeiramente referida por “sociologia constitucional” (OFFE, 2004, p. 151), na medida em que se dedica a observar, entre outros fenômenos sociais, o comportamento dos atores que instauram uma nova ordem política, por meio da elaboração de uma Constituição. O autor tem se notabilizado, entre outros estudos, pela análise do processo de transformação política de diversos países da Europa Oriental após o fim do socialismo.

Elster se considera, segundo apontamento de Claus Offe (2004, p/ 151), uma

testemunha privilegiada de um “gigante experimento natural”, cujos mecanismos são pautados por intenções, ações e consequências. Ao se referir ao estudioso norueguês, Claus Offe afirma que não há, entre os cientistas sociais contemporâneos, nenhum autor comparável a Elster em matéria de fraquezas humanas (2004, p. 149).

É essa abordagem que o autor conduz em suas obras “Ulisses e as Sereias” (originalmente publicado em inglês sob o título *Ulysses and the Sirens*, em 1979), e “Ulisses Libertado” (originalmente publicado em inglês sob o título *Ulysses Unbound*, no ano 2000), nas quais Elster desenvolve a teoria dos pré-compromissos e restrições no âmbito dos mecanismos institucionais das sociedades contemporâneas.

O interesse nos dispositivos de pré-compromisso, como categoria analítica para o estudo dos arranjos institucionais, emergiu, segundo registro de John Robertson, nas décadas de 70 e 80 com os estudos de Thomas Schelling e do próprio Jon Elster (2003, p. 1730). Desde então, economistas, cientistas políticos, advogados, entre outros estudiosos, interessaram-se em examinar o comportamento baseado no pré-compromisso, e vêm usando o conceito para descrever um conjunto de problemas que surgem quando se tenta limitar a ação futura nos níveis pessoal, legal, político e social (ROBERTSON, 2003, p. 1730).

O termo pré-compromisso foi inicialmente usado para se referir a um conjunto de limitações direcionadas ao futuro. Na teoria de Elster, pré-compromissos são estratégias que as pessoas usam para proteger-se contra suas próprias paixões e mudanças de preferências, mediante remoção de certas opções do conjunto viável de ações futuras, tornando-as mais custosas ou apenas viáveis com atraso (ELSTER, 1984, 2009).

O *locus* clássico da noção de pré-compromisso, e que inspirou o título das obras “Ulisses e as Sereias” e “Ulisses Libertado”, é a famosa passagem da Odisseia, de Homero, na qual Odysseus (Ulisses), com o objetivo de ouvir o belo canto das Sereias, sem sucumbir à tentação de dirigir-se a elas (comprometendo a própria sobrevivência), veda com cera os ouvidos de seus marinheiros e os ordena que o amarrem no mastro do navio. O pré-compromisso de Ulisses tomado no momento 01, foi exitoso em limitar o poder de

sua vontade no futuro (momento 02), eliminando uma opção antes possível (dirigir-se às Sereias) e evitando, assim, a própria morte.

Segundo explica Claus Offe (2004, p. 147) ao aludir à teoria de Elster, o pré-compromisso está presente quando três condições são preenchidas: (1) pré-compromissos se configuram em ações, não se restringindo à mera intenção ou tomada de resolução; (2) tais ações se referem ao comportamento do ator no futuro, que é limitado pela remoção de opções futuras de ação ou subordinação dessas opções a certos custos (econômicos, políticos, temporais, etc.), que não ocorreriam sem o pré-compromisso; (3) tais restrições se referem à ação futura do ator (é reflexiva, servindo para superar um conflito de motivação (seja no plano do interesse, paixão ou razão) entre o momento do pré-compromisso e o momento da ação futura.

O pré-compromisso pode ser uma resposta geral à fraqueza de vontade, no caso do indivíduo. Elster (1999) ilustra-o com o exemplo do casamento: para um homem, o casamento é um comprometimento prévio com uma mulher, que torna menos provável, embora legalmente possível, o divórcio. O tempo que demora para concluir um processo de divórcio cria uma oportunidade para que a paixão esfrie um pouco e ele reflita melhor. Do mesmo modo, alguém pode se forçar a fazer ginástica fixando um contrato de pagar uma grande quantia a uma instituição de caridade se não cumprir a decisão (ELSTER, 1999).

Embora os pré-compromissos usualmente envolvam dispositivos externos para limitar o próprio ator em um tempo futuro, Tomas Schelling e Jon Elster anotam que eles também são utilizados com frequência para controlar estrategicamente as opções de outras pessoas. Assim, embora seja usual pensar em pré-compromisso em uma perspectiva individual, o termo é aplicado para decisões de grupo, de sociedades ou nações.

Em “Ulisses e as Sereias” (1984) Jon Elster aplicou a analogia da autorrestrrição para análise de pré-compromissos feitos por uma sociedade no momento da elaboração de uma nova constituição. Já em “Ulisses Libertado” (2009), conquanto não tenha abandonado a analogia, o autor apresenta diversas ressalvas à sua aplicação.

Em termos conceituais, Elster explica que autorrestrição é uma operação reflexiva – dirigida a si próprio – mas, em sentido literal, expõe que é muito difícil alguém amarrar a si mesmo (já que o ato de amarrar-se supõe que se esteja com as mãos livres para executar a operação; como no caso de Ulisses, que precisou contar com o auxílio dos marinheiros para amarrar-se ao mastro). Assim, a autorrestrição seria sempre, ou com muita frequência, executada por terceiros, ainda que a pedido ou ordem da pessoa restrita.

Outra situação, exposta por Elster, é a do indivíduo que restringe outro acreditando que este teria assim solicitado (a internação involuntária em uma instituição psiquiátrica pode ser justificada por esse argumento). Há ainda a restrição pela qual o “eu jovem” restringe o “eu velho”; embora se possa argumentar que o “eu velho” é outra pessoa, a restrição é a si próprio, não gerando tantos questionamentos como quando o alvo da restrição é uma pessoa externa.

Mas a situação que mais interessa, para fins de estudos em âmbito político e sociológico, é o da autorrestrição aplicada no plano social, alcançando gerações sucessivas – típica do pré-compromisso realizado no processo de elaboração da Constituição.

Esse ponto será objeto de análise no tópico subsequente.

2.2. CONSTITUIÇÕES COMO PRÉ-COMPROMISSOS

Em *Ulisses e as Sereias* (1984), Jon Elster desenvolve a metáfora criada a partir da obra de Homero, sugerindo que as Constituições seriam como dispositivos de pré-compromisso, pelo qual as sociedades se autorrestringem, comprometendo ou limitando suas opções futuras.

Seguindo o caminho de Elster, diversos autores valem-se dessa mesma concepção, referindo-se à Constituição como um documento que tem a função de controlar comportamentos futuros de uma nação.

Nessa linha, Robertson (2003, p. 1732) pontua que, embora usualmente se pense em pré-compromisso a partir de uma perspectiva individual, o termo também é útil

quando aplicado a decisões de grupos, sociedades ou nações, que frequentemente atuam para limitar decisões dessas coletividades em um tempo futuro. Assim, tanto as Constituições como os atos legislativos funcionariam como dispositivos de pré-compromisso.

Também Stephen Holmes admite essa concepção, em sua famosa afirmação de que as Constituições e suas cláusulas de proteção de direitos podem ser pensadas como dispositivos feitos por “Pedro Sóbrio” para proteger a si mesmo de ações do “Pedro Bêbado” (OFFE, 2004, p. 12).

Na doutrina brasileira, Daniel Sarmento (2008) adere à teoria de Elster, em sua analogia ao personagem grego, para afirmar que “o pré-comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se sujeita o povo, quando dá a si uma constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima das suas paixões ou fraquezas momentâneas, possa pôr em risco o seu destino coletivo” (2008, p. 5)

De outra parte, é preciso guardar alguma ressalva à comparação da autolimitação que o indivíduo faz mediante os dispositivos de pré-compromisso com aquela que é feita no plano das Constituições.

Como afirma Claus Offe, os elaboradores de uma forma constitucional de pré-compromisso amarram não apenas a si mesmos, mas também aos outros, usualmente aqueles atores que constituem uma minoria ao tempo da aprovação do documento, além da restrição feita aos membros de gerações futuras (2004, p. 150). Nesse sentido, as decisões tomadas pelos indivíduos em sua “dignidade e autonomia” não possuem total paralelo com o tipo de pré-compromisso constitucional resultante de disputas de poder feitas em um nível coletivo ou político. Aduz o autor:

Sociedades não possuem um “eu” (“self”), ao menos não no mesmo sentido como os indivíduos possuem, e questões constitucionais são questões de poder, tanto no sentido de que elas criam a fundação para a capacidade coletiva de agir (poder de fazer algo), mas também geram hegemonia social e política (poder sobre os outros). (OFFE, p. 150).

O próprio Elster, na obra “Ulisses Liberto” é bastante crítico da ideia que ele mesmo desenvolveu em “Ulisses e as Sereias”, afirmando que “transferir conceitos usados para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades, como se estas fossem indivíduos em escala, pode ser enganoso” (2009, p. 124). Adverte que as afirmações, feitas outrora, de que as Constituições são dispositivos de pré-compromisso e de que as sociedades devam se restringir por dispositivos de pré-compromisso constitucionais, são afirmações contestáveis no nível normativo e conceitual (2009, p. 213).

Isso por reconhecer, em primeiro lugar, que as sociedades não são indivíduos em escala ampliada, atacando a suposição (frequentemente feita ao transpor a questão da tomada de decisão individual para o nível coletivo, como o caso da elaboração da constituição) de que existam atores unitários; de que os Estados, assim como indivíduos, tenham preferências e crenças consistentes e arraigadas que explicam seu comportamento (2009, p. 213 e seguintes).

Na verdade, pontua Elster, nem mesmo os indivíduos são unitários. Muitos atos individuais de pré-compromisso são feitos porque o indivíduo está dividido, e parte de si quer se proteger contra a outra parte. Já as sociedades, segundo o autor, não são unitárias por outro motivo: são compostas por vários indivíduos e nenhum deles está no comando; nenhum grupo tem uma pretensão inerente de representar o interesse geral.

E ironiza: “*A sociedade não tem ego nem id*” (2009, p. 214). Daí entender, o autor, que somente em sentido “parcialmente literal e parcialmente metafórico” a sociedade é “até certo ponto” capaz de se autorrestringir. É mais plausível atribuir a decisão da sociedade a um ato de autorrestricção quando a decisão em favor do pré-compromisso é unânime, do que quando é uma decisão tomada por uma maioria sobre uma minoria. E, mesmo que a minoria prefira a Constituição da maioria a Constituição nenhuma, e ainda que a maioria se pronuncie em nome do interesse geral, não raro atos aparentes de autorrestricção são motivados por razões partidárias e voltadas à satisfação dos interesses dessa maioria.

Elster é enfático ao sustentar que “a ideia de que os constituintes são semideuses

legislando para bestas é uma ficção” e que tais atores “não estão isentos dos vícios dos políticos (paixões, interesses privados, etc)”. (2009, p. 219)

Apesar das críticas ao paralelismo, e com atenta ressalva às limitações da comparação, é possível reconhecer alguma utilidade na metáfora da autorrestrrição no plano da elaboração das Constituições e sua vinculação a gerações presentes e futuras, especialmente no que concerne aos mecanismos de restrição que os *drafters* incutem no texto constitucional. A ficção é útil não apenas para a melhor compreensão de tais mecanismos, como também para a análise de como tais restrições podem ou devem ser desfeitas.

2.3. MECANISMOS DE RESTRIÇÃO, EMENDAS CONSTITUCIONAIS E CLÁUSULAS PÉTREAS

Como afirma Robertson, as Constituições inicialmente não apenas limitam os redatores e ratificadores do diploma constitucional, como também os legisladores futuros, conquanto frequentemente contemplem algum tipo de procedimento de emenda para comportar anseios vindouros (2003, p. 13).

Fato é que a alteração do diploma constitucional pelo constituinte derivado é procedimento, via de regra, cheio de amarras. Afinal, como sustenta Elster, as Constituições são geralmente projetadas para tornar difícil (embora não impossível) a mudança de suas disposições em comparação com a legislação ordinária (2009, p. 127).⁴³

Nesse diapasão, não se pode deixar de notar que há um procedimento aparentemente arbitrário consistente em permitir que uma pequena maioria na Assembleia Constituinte⁴⁴ aprove um documento que só pode ser alterado por uma maioria substancialmente maior, no processo de emenda constitucional. Mas o efeito de estabilização do procedimento de emenda fornece uma justificativa para esse expediente, o que leva Elster a considerar este (o efeito de estabilização) o aspecto possivelmente

⁴³ Embora o autor mencione exceções notáveis, como o caso da Nova Zelândia (ELSTER, 2009, p. 134)

⁴⁴ Em geral, como anota Elster, as Constituições são aprovadas por maioria simples. Uma rara exceção é a Constituição da África do Sul, para a qual se exigiu uma maioria mais ampla. (2009, p. 134/135)

mais importante do pré-compromissos constitucional (2009, p.198).

Assim, o constitucionalismo prevê possibilidades para emendar a Constituição, mas as restringe (por exemplo, requerendo maioria qualificada e/ou duplas maiorias por meio de mecanismos de atraso), com o objetivo de evitar que interesses políticos e econômicos desestabilizem a ordem constitucional. Isso fornece, segundo Claus Offe, um senso de segurança, previsibilidade e confiabilidade para os cidadãos, que passam a saber o que esperar em relação aos princípios e procedimentos pelos quais assuntos potencialmente conflituosos da vida econômica e social serão resolvidos (2004, p. 157)

Diversos são os mecanismos de restrição à aprovação de emendas constitucionais. Um dos dispositivos destacados por Elster (2009, p. 136 e seguintes) é a exigência de maiorias qualificadas, que vão desde a unanimidade (como ocorria na Polônia antes de 1791), passando pela exigência de maioria de três quartos (Bulgária), dois terços (muitos países) ou três quintos (França, República Tcheca e Eslováquia).

Ainda, na Lituânia para a proposta de emenda constitucional para ser aceita deve conter um $\frac{1}{4}$ da adesão de Seimas⁴⁵ ou assinatura de 300 (trezentos) mil eleitores, que se deverá ser aprovado em dois turnos com intervalo de três meses entre as votações.⁴⁶

Já Ester cita o caso do Canadá– país onde a luta sobre as regras para emendar a Constituição tem estado no centro da política por décadas – em que há exigência de consentimento do Parlamento Federal e de dois terços das províncias (representando 50% da população) para aprovação de emendas.

O expediente é utilizado na Constituição brasileira, que condiciona a promulgação da emenda à aprovação de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (art. 60, § 2º). Além disso, a Constituição Federal exige quórum mínimo para apresentação de propostas de emendas (um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma

⁴⁵ Seimas é o nome dado ao Parlamento Lituano.

⁴⁶ Artigos 147 e 148 da Constituição da República da Lituânia. Acesso em 19 de jan. de 2023 <<https://www.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucija.htm>>

delas, pela maioria relativa de seus membros), conquanto admita propostas oriundas diretamente do Presidente da República (art. 60, incisos I a III).

Há, ainda, os dispositivos de atraso, que podem assumir diversas feições, como a exigência de que emendas apresentadas em uma legislatura sejam aprovadas somente na outra (caso da Noruega), ou de que sejam submetidas a dois parlamentos sucessivos (como na Suécia). Também se pode exigir ratificação por parte de uma instância superior ou por referendo popular. No caso da Constituição brasileira, ao se exigir a discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, verifica-se a existência de um mecanismo de atraso que, em alguma medida, dificulta a aprovação da emenda (art. 60, § 2º). Outro mecanismo de atraso encontra-se previsto no § 5º do artigo 60, de acordo com o qual a “matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Mas um dos dispositivos mais notáveis é precisamente o dos limites materiais à reforma constitucional, que a doutrina brasileira vem chamando de “cláusulas pétreas” e que Elster denomina de “petrificação absoluta” de direitos constitucionais (2009, p. 136). E é precisamente em relação a este mecanismo de restrição – as chamadas cláusulas pétreas – que, sustenta Daniel Sarmento, o paralelo com a estória de Ulisses se amolda ainda melhor (2008, p.5).

Trata-se de mecanismo relativamente frequente nas Constituições modernas, em geral no que diz respeito a princípios basilares de organização do Estado ou a direitos fundamentais. Exemplos citados por Elster, em relação ao primeiro caso, são os da Romênia (tornando inalterável a forma republicana de governo) e da Alemanha (que petrifica a organização federal do país). Historicamente, o Brasil é exemplo importante desse mecanismo, pois todas as Constituições Republicanas, desde 1934 e à exceção da Constituição de 1937, previram cláusulas para proibir ou restringir formulação de emendas que alterassem a estrutura política do Estado, que pretendessem abolir a Federação ou a República.⁴⁷

⁴⁷ 4 A Constituição de 1934 não permitia formulação de emendas que pretendessem modificar a “estrutura política do Estado” ou “a organização ou a competência dos poderes da soberania”, mas previa um

A Constituição atual segue esse padrão, mas amplia significativamente o “núcleo duro” insuscetível de reforma constitucional. Segundo dispõe o §4º do artigo 60 da Constituição da República, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, e, por fim, os direitos e garantias individuais. Em relação a este último ponto – petrificação dos direitos e garantias–, conquanto não seja técnica nova⁴⁸, foi a primeira vez que esse tipo de limite material à reforma foi previsto em texto constitucional brasileiro.

Elster reconhece que há alguma utilidade na adoção desse tipo de mecanismo, ao sustentar que há situações em que o governo, conquanto reconheça o valor dos investimentos em educação e saúde, pode decidir adiá-los para uma data futura sucessivas vezes, de modo que a constitucionalização de tais direitos e até a petrificação como direitos não emendáveis contornaria tal problema (2009, p. 183).

O perigo que surge é, considerando a ampla abrangência da cláusula “direitos e garantias individuais”, o de se engessar demasiadamente o constituinte derivado, pois muito do texto constitucional pode se considerar compreendido no campo de imutabilidade dos direitos individuais (a exemplo das imunidades tributárias, como veremos adiante).

Não se poderia estar – para usar a metáfora de Elster – colocando em Ulisses amarras de que ele não mais necessita ou que lhe poderiam causar dano superior ao do próprio canto das sereias?

2.4. LIBERTANDO ULISSES E O PROBLEMA DOS LIMITES MATERIAIS À REFORMA CONSTITUCIONAL

procedimento de revisão constitucional para tal objetivo. As Constituições de 1946 e 1967, inclusive após a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, proibiam a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

⁴⁸ Elster (2009) menciona o caso da Constituição alemã, que prevê que os direitos básicos são insuscetíveis de revisão e, de forma similar, o artigo 57 da Constituição da Bulgária, estabelecendo que os direitos fundamentais são irrevogáveis.

As diversas restrições impostas pelo constituinte originário à alteração da Constituição, não obstante tenham o efeito legitimador da estabilidade constitucional, podem apresentar os seus inconvenientes e até mesmo prejuízos sensíveis à democracia.

É interessante trazer à tona, em primeiro lugar, a dúvida que Elster apresenta em relação à “sobriedade” dos constituintes originários: conforme observa o autor, as constituições tendem a ser escritas em tempos de turbulência e revolta, sendo frequentemente desencadeadas por acontecimentos súbitos e ameaçadores (crise econômica, ou política, guerra, etc.), momentos em que as paixões tendem a ferver. Se é assim, os constituintes talvez não estejam particularmente sóbrios, podendo ter seu julgamento obscurecido pelas paixões do momento (2009, p. 205).

Isso nos leva a questionar a famosa afirmação de Holmes de que as Constituições e suas cláusulas de proteção de direitos podem ser pensadas como dispositivos feitos por “Pedro Sóbrio” para proteger a si mesmo de ações do “Pedro Bêbado”.

Além disso, não se pode deixar de questionar a suposição de que os formuladores da nova ordem constitucional sejam superiores tanto aos regimes corruptos ou ineficientes que estão substituindo quanto aos regimes movidos pelo interesse e paixão que os substituirão. Essa suposição, afirma Elster, é o que talvez explique o “paradoxo da democracia”, segundo o qual cada geração quer ser livre para restringir suas sucessoras, mas não quer sofrer restrições por parte das predecessoras (2009, p 151).

Fato é que as gerações que sucedem o constituinte originário podem ter legítimos anseios para eliminar ou afrouxar as amarras impostas pelos seus antecessores, reconfigurando as restrições constitucionais dentro de um bom jogo democrático.

As restrições ao processo de emenda à Constituição não poderiam, nessa lógica, ser duras demais a ponto de impedir a adequação da norma constitucional à realidade cambiante, sob pena de um dispositivo pensado para prevenir o suicídio converter-se em um verdadeiro pacto suicida.

Elster sustenta, em relação a essa temática, que as tentativas de restringir a sociedade com muita força poderiam surtir o efeito oposto, por dois motivos. Nas

palavras do autor:

Primeiro, os cidadãos poderiam reagir à própria ideia de serem limitados: uma razão para querer se libertar de uma fortaleza pode ser que não se quer viver sob a autoridade de um tirano - definido como alguém que constrói uma força para impedir os indivíduos de saírem. Ao descer a ponte levadiça e oferecer-lhes uma oportunidade de sair, o governante pode reduzir o desejo de usá-la (...) Em segundo lugar, os cidadãos poderiam achar que cláusulas muito rígidas para aprovação de emendas são um obstáculo intolerável à mudança. Uma constituição que impusesse uma exigência de unanimidade para todas as emendas provavelmente não duraria muito. (ELSTER, 2009, p. 127-128)

Apreciando a problemática da rigidez dos pré-compromissos no âmbito da Constituição brasileira, Daniel Sarmiento – depois de invocar a parábola de Ulisses em Elster – argumenta que, no debate constituinte, as forças políticas pareciam não confiar no legislador futuro, preferindo garantir desde logo seus interesses no pacto constitucional, resultando em um texto que, embora virtuoso, teria pecado pelo excesso, elevando ao status de norma constitucional certas decisões que não tinham fôlego para perdurar no tempo, e que assim se expõem aos anseios de mudança das novas majorias que vão se aglutinando no espaço político. Neste quadro, para o autor, a maximização das cláusulas pétreas representaria sério atentado contra o princípio democrático. (2008, p. 7)

Segundo Sarmiento (2008, p. 10), para que as cláusulas pétreas não se convertam num instrumento antidemocrático, de tirania constitucional de uma geração para as seguintes, elas têm de ser interpretadas à luz do princípio democrático, como garantias das condições de possibilidade de uma democracia efetiva e substancial.

Nessa toada, as amarras “autoimpostas” a Ulisses podem se tornar desmedidas sob dois aspectos – seja quando os redatores da Constituição petrificam cláusulas “em excesso” (talvez por contemplarem direitos não suficientemente maduros para isso, ou por abarcarem um universo muito vasto de direitos), seja quando os intérpretes da Constituição conferem exegese demasiadamente larga ao conteúdo da cláusula pétrea. Em relação a este último ponto, vale reproduzir as palavras do constitucionalista:

...se é verdade que, como postula a doutrina, os limites materiais de revisão constitucional prestam-se para a proteção do núcleo de identidade da Constituição, impedindo seu aniquilamento pelo constituinte derivado, não é

menos certo que estes limites não podem ser superdimensionados - sob pena de grave comprometimento do princípio democrático... (SARMENTO, 2008, p. 11)

Enfim, o autor não concorda com a tese que, sob o pretexto de preservar a Constituição, inflaciona as cláusulas pétreas, tornando o que era exceção – a intangibilidade absoluta do texto constitucional – em regra geral.

Nesse sentido, os pré-compromissos constitucionais podem implicar uma série de custos relevantes, como a perda de flexibilidade e a perda do poder de decisão. O primeiro dos problemas, segundo Elster, está ligado à necessidade de exceções e a um modo de distingui-las de um comportamento meramente irrestrito; relaciona-se, também, ao perigo de que a falta de flexibilidade seja tão rígida a ponto de induzir um movimento para abolir completamente as restrições (2009, p. 350)

Ainda, quanto ao segundo dos problemas mencionados, restrições muito estreitas implicam perda do poder de decisão, podendo deixar pouco espaço para a ação e inovação. O exemplo citado por Elster, neste ponto, é o da Constituição dos Estados Unidos, cujo sistema de freios e contrapesos é tão rigoroso que até reformas muito necessárias são bloqueadas. Daí afirmar o autor que, além de certo ponto, as restrições e convenções deixam de ser facilitadoras e se tornam sufocantes (2009, p. 351).

Essas são reflexões que se colocam, de um lado, para o legislador constituinte, cujos excessos na definição das cláusulas pétreas podem incitar a elaboração de uma nova Constituição, e, por outro lado, para o intérprete das normas constitucionais, cujos excessos (na interpretação e compreensão do alcance das cláusulas pétreas) também podem comprometer a longevidade de uma Constituição considerada, em uma medida importante, inflexível.

2.5. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E O ALCANCE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Transportando a discussão acima para o território das imunidades tributárias, entra em foco a difícil questão sobre os contornos dos limites (limites dos limites?) materiais do processo de reforma da Constituição.

Sem qualquer pretensão de resolver, neste singelo e curto ensaio, um problema que, segundo Jorge Miranda afirmou nos anos 80, tem sido a “*vaexata questio* que há cerca de cem anos divide constitucionalistas” (1988, p. 165), cabem algumas provocações. E essas provocações serão feitas a partir da análise de um caso concreto submetido a julgamento do STF, que tratou precisamente da possibilidade de emenda constitucional reduzir o alcance de cláusula de imunidade tributária. Trata-se da ADI 939-7, que contestou a constitucionalidade da EC 3/93, por ter autorizado a União a instituir imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (o denominado “IPMF”) sem observância do princípio da anterioridade tributária e das imunidades asseguradas no art. 150, inciso VI, da Constituição Federal.

Para melhor visualização do debate, cumpre transcrever os dispositivos diretamente envolvidos:

Emenda Constitucional n. 3/1993:

Art. 2.º A União poderá instituir, nos termos de lei complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. (...) § 2.º Ao imposto de que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5.º do art. 153 da Constituição.

Constituição de 1988 (redação originária):

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (...) VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Ao enfrentar o mérito da ação, os diversos Ministros reconheceram a importância político-jurídica da norma constitucional que consubstancia as cláusulas pétreas, mas divergiram quanto ao alcance da proibição contida no art. 60, § 4º, da Constituição.

O desafio, como sustentou a Procuradoria Geral da República em parecer à referida ação (BRASIL, 1994, p. 20), consiste em buscar o ponto de equilíbrio no qual a Constituição nem fique tão engessada, ao ponto de servir de argumento para ruptura, nem fique à mercê de maiorias ocasionais ou problemas meramente circunstanciais, que provoquem mudanças injustificáveis e irrefletidas. Examinando os dispositivos acima transcritos, percebe-se que a Emenda Constitucional n. 3, ao excepcionar a aplicação do princípio da anterioridade da cobrança (art. 150, III, “b”) e das imunidades tributárias (art. 150, VI), suscita a dúvida quanto ao ferimento do comando do art. 60, § 4º, especialmente no que proíbe a deliberação de proposta de emenda “tendente a abolir (...) direitos e garantias fundamentais” (inciso IV do § 4º). E, uma vez que a imunidade da alínea “a” do art. 150, VI, da Constituição, está diretamente ligada ao pacto federativo (imunidade recíproca dos entes da Federação), também se visualiza a possibilidade de violação à cláusula contida no inciso I do § 4º (“forma federativa de Estado”).

Mas cumpre focalizar, para os fins do presente artigo, a disposição contida no inciso IV do § 4º do artigo 60, para circunscrever a discussão relativa a uma possível modificação de norma de imunidade tributária por meio de emenda constitucional.

De acordo com referido preceito, não será “objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”.

A primeira dúvida interpretativa que se apresenta ao julgador diz respeito à primeira parte do dispositivo: o que se pode compreender por “emenda *tendente a abolir*”? Estaria abrangida por essa disposição qualquer emenda que implique redução ou mitigação dos direitos e garantias fundamentais? Ou somente aquela que pretenda causar total supressão de tais direitos e garantias?

Essa questão foi enfrentada no julgamento da ADI 939-7. Segundo sustentou a Procuradoria Geral da Fazenda em parecer reproduzido no voto do Ministro Sydney

Sanches, “a limitação material do poder constituinte instituído consiste numa garantia de evitar a destruição ou radical alteração da nossa ordem constitucional”; em seu entender, a “Constituição não disse ser imutáveis as instituições elencadas no seu § 4º, do art. 60”, pois quando “tal preceito veda proposta de emenda com tendência a abolir, significa que podem, ainda, haver alterações toleráveis até imediatamente antes ao ponto em que se caracterize a tendência a extinção” (BRASIL, 1998, p. 60-61).

A mesma linha de interpretação foi sustentada no voto do Min. Paulo Brossard (BRASIL, 1998, p. 144), ao afirmar que “abolir” não é o mesmo que “alterar”, “modificar” ou “reduzir”, entendendo, por conseguinte, que uma emenda constitucional pode afetar, modificando ou limitando, as matérias relativas às cláusulas pétreas, desde que não implique extinção ou abolição daqueles princípios ou direitos. De modo diverso, Celso de Mello (1998, p. 123) firmou entendimento de que uma emenda constitucional que reduza, ainda que temporariamente, a abrangência da cláusula de proteção (no caso, tratou do princípio da anterioridade), vulnera o regime jurídico-constitucional dos direitos e garantias individuais.

Outra dificuldade que se apresenta, esta ainda mais complexa, é compreender o alcance da expressão “direitos e garantias individuais”, por abrir espaço para uma vastidão de sentidos.

Uma interpretação bastante ampla poderia sugerir que todos os direitos e garantias contemplados no título II da Constituição (subdividido nos cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; princípios relativos aos partidos políticos), seriam expressão de um direito ou garantia individual, encontrando-se cobertos pelo manto das cláusulas pétreas. Mas tal exegese implicaria a quase completa eliminação do poder de revisão.

Uma interpretação mais comedida, proposta no parecer da Procuradoria Geral da República à ação (1998, p. 10 e ss.), seria o de que o cerne inalterável de que trata o inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal é composto dos direitos e garantias que digam respeito diretamente à vida, à igualdade e à propriedade, e que no *caput* do art. 5º

são reforçados por uma cláusula de inviolabilidade. A exegese é firmada, ainda, pela referência, no art. 34, VII, “b”, aos direitos da pessoa humana como princípio constitucional sensível.

Nessa ordem de ideias, apenas os direitos ligados às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano, bem como os mecanismos fundamentais para sua defesa, estariam compreendidos pela expressão “direitos e garantias fundamentais”.

Não cabe, pela diminuta extensão deste ensaio, explorar as diferentes vertentes de interpretação do preceito constitucional. Mas tem utilidade, para aprofundar a reflexão que ora se propõe, visualizar como o tema das imunidades tributárias poderia ser cotejado com a cláusula de inalterabilidade do inciso IV do § 4º do art. 60, o que se faz, novamente, à luz do julgamento da ADI 939-7.

No acórdão que examinou o mérito da ação, os Ministros se dividiram em duas posições opostas: de um lado, o entendimento de que as normas de imunidade tributária não consubstanciam “direitos e garantias individuais” para os fins do inciso IV do § 4º do art. 60 (posição sustentada pelo Ministro Sydney Sanches); de outro, a compreensão de que as imunidades constituem projeção relevante de direitos fundamentais, não podendo ser suprimidas por emenda constitucional (posição defendida pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Carlos Veloso e Celso de Melo).

Representando a primeira das posições, o Min. Sydney Sanches afirma que as vedações de que trata o inciso VI do art. 150 não configuram propriamente garantias individuais, mas imunidades tributárias que podem ser excepcionadas por emenda constitucional (embora tenha ressalvado que isso não poderia implicar “sacrifício desarrazoado a tais entidades”). Por outro lado, entendeu que a imunidade recíproca, prevista na alínea “a” do inciso VI, art. 150, não poderia ser afastada por emenda constitucional ante a vedação do art. 60, § 4º, I, na medida em que tal imunidade é ínsita à forma federativa de Estado.

Celso de Mello, ao sustentar a segunda das posições – que foi a vencedora no desfecho do julgamento – afirma que a EC, no que afasta a aplicação de norma de

imunidade tributária, permite que a União Federal interfira na área sensível das liberdades públicas, comprometendo o exercício de direitos fundamentais. Para o Ministro, as imunidades tributárias destinam-se a conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições, constituindo “expressões significativas das garantias de ordem instrumental, vocacionadas, na especificidade dos fins a que se destinam, a proteger o exercício da liberdade sindical, da liberdade de culto, (...) da liberdade de expressão intelectual e da liberdade de informação” (1998, p. 123 e ss).

No embate entre as duas antagônicas posições, acredita-se que a teoria de Jon Elster possa oferecer um ingrediente importante para aproximação do problema.

Por um lado, é certo que as imunidades tributárias não constituem um fim em si mesmo, mas um meio para o exercício de certas liberdades públicas que, por sua vez, são indubitavelmente representativas de direitos fundamentais: livre manifestação do pensamento, liberdade religiosa, sindical, entre outras. Por outro lado, é discutível a categorização da norma de imunidade, *per se*, como direito ou garantia fundamental, por não afetarem diretamente (e sim indiretamente) à esfera biológica, psicológica e espiritual da pessoa humana.

Uma interpretação mais ampla, como a prestigiada pela maioria dos Ministros naquele julgamento, na medida em que compreende as imunidades tributárias como cláusulas pétreas, pode esbarrar em um sensível problema apontado por Elster: restrições demasiadamente rígidas à alteração do texto constitucional podem deixar de ser facilitadoras para se tornar sufocantes, bloqueando o processo de adaptação da lei fundamental à vida presente da sociedade.

Se toda norma de imunidade tributária é compreendida como direito ou garantia fundamental; e se toda proposta de alteração constitucional que objetive reduzir ou limitar norma de imunidade é compreendida como tendente a abolir direito ou garantia fundamental, (numa interpretação lata do art. 60, § 4º, IV), não sobra qualquer espaço para atuação do constituinte derivado em matéria de imunidade (salvo para ampliá-la), o que

pode inviabilizar reformas porventura necessárias neste domínio. Imagine-se, por exemplo, que, em razão de sistemáticos desvios de finalidade, a sociedade considere que não deva subsistir ou que deva ser limitada a imunidade religiosa. O implemento dessa mudança, prevalecendo aquela interpretação ampla das cláusulas pétreas, apenas seria possível por meio de uma ruptura constitucional completa, o que representa um preço demasiado caro para a liberdade de reforma.

O problema realmente reflete, como sustentou o Min. Sydney Sanches em seu voto na ADI 939-7, a tensão dialética entre o ideal de estabilidade, de um lado, e o anseio de evolução, progresso ou mesmo de simples adaptação à realidade concreta dos fatos sociais, políticos e econômicos, de outro. Também vem a calhar, no ponto, o argumento de Canotilho (1998, p. 750):

Será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? A resposta tem que tomar em consideração a verdade evidente de que nenhuma constituição pode conter a vida, o processo histórico e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão.

Assim, conquanto seja missão da Corte Constitucional guardar o núcleo fundamental imodificável da Constituição, reconhecendo a inconstitucionalidade de emendas que atentem contra as cláusulas pétreas, não parece admissível que, nesta missão, o alcance do núcleo rígido seja inflacionado em uma interpretação ampliativa. Afinal, uma exegese que não deixe espaço à sociedade para alterar as regras pelas quais se quer governar mostra-se incompatível com o próprio espírito de uma Constituição democrática.

Nesta medida, acredita-se que o STF não perfilhou a melhor orientação na ADI 939-7 ao afirmar a inconstitucionalidade de emenda que, prevendo a instituição de novo tributo federal, autorizou o legislador da União a excepcionar norma de imunidade tributária. Ao assim decidir, a Corte acabou por dar alcance extensivo ao disposto no art.

60, § 4º, IV, CF, engessando o processo de reforma constitucional.

Sem deixar de reconhecer que o argumento de Elster é, em certa medida, de ordem política, incorporá-lo a esta reflexão parece auxiliar na melhor interpretação jurídica das cláusulas pétreas, de modo a prestigiar não só a preservação do estrito núcleo rígido constitucional como a sobrevivência da Constituição mesma.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou examinar a teoria dos pré-compromissos de Jon Elster aplicada aos limites materiais impostos pelo constituinte originário ao constituinte reformador, notadamente as cláusulas pétreas de que trata o art. 60, § 4º, da Constituição Federal e sua relação com as normas de imunidade tributária.

Depois de expor a teoria do pré-compromisso de Elster no plano filosófico, na perspectiva do indivíduo que se autorrestringe, passou-se a examinar os pré-compromissos no âmbito das sociedades (com as ressalvas que o próprio Elster faz a essa transposição), especialmente os que se fazem por meio do pacto constitucional.

Na sequência, foram analisadas as cláusulas pétreas como um dos dispositivos mais destacados de pré-compromisso constitucional, bem como a problemática que tais amarras suscitam no que diz respeito à legitimidade da limitação intergeracional e no que se refere ao seu questionável papel de estabilização da Constituição.

Por fim, debruçou-se sobre o problema da reforma constitucional em matéria de imunidades tributárias, refletindo sobre o alcance da restrição material inscrita no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, utilizando, como pano de fundo, a discussão travada no bojo da ADI 939-7, na qual se analisou a validade de emenda constitucional limitadora de norma de imunidade.

Concluiu-se que o STF, ao afirmar a inconstitucionalidade da EC 3/1993 (a qual, prevendo a instituição de novo tributo federal, autorizou o legislador da União a excepcionar norma de imunidade tributária), acabou por dar alcance extensivo ao disposto no art. 60, § 4º, IV, CF, engessando o processo de reforma constitucional.

Acredita-se que temperar a reflexão sobre as cláusulas pétreas com as contribuições de Elster, sem negar o caráter filosófico-político de seus argumentos, oferece um ingrediente importante para repensar a tão propalada inalterabilidade das imunidades tributárias.

Afinal, o objetivo de amarrar Ulisses é salvá-lo do canto das sereias... apertar as correntes em demasia pode não só o ferir como comprometer sua sobrevivência.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 939-7/DF – Distrito Federal. Relator: Min. Sydney Sanches, julgado em 15.12.1993 e publicado em 18.03.1994. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 03.08.2017.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional**, Almedina, Coimbra, 4 ed, 1989.

ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto** – Estudos Sobre Racionalidade, pré-compromisso e Restrições. Trad. Cláudia Sant’Ana Martins. Unesp, 2009.

_____. **Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality**. Cambridge University Press, 1984.

_____. A Possibilidade da Política Racional. Trad. Vera Pereira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 14, nº 39, fev/1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Editora Coimbra, 1988, 2ª ed. rev. e atualiz., Tomo II.

MOREIRA, Vital. **Constituição e revisão constitucional**. Lisboa, Caminho, 1980.

OFFE, Claus. Decoding the Genesis of Political Order: Jon Elster on Precommitment and Constitutional Processes in Eastern Europe. In: **Rationality, Democracy, and Justice – The Legacy of Jon Elster**. Cambridge Press University, 2004, p. 145-167.

RATTON JR., José Luiz de Amorim. **Ulisses Liberto ou Prometeu Acorrentado?** Virtudes e limites da explicação da teoria da ação na obra de Jon Elster.

ROBERTSON, John A. “Paying the Alligator”: Precommitment in Law, Bioethics, and Constitution. **Texas Law Review**. Volume 81, Number 7, June 2003, Symposium, p. 1729-1749.

SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Num. 12, dez-fev/2008, Salvador, Bahia, p. 1-28.

Data da submissão: 09/07/2023

Data da primeira avaliação: 09/01/2025

Data da segunda avaliação: 02/01/2025

Data da aprovação: 02/01/2025

**O CAMINHAR DO POSITIVISMO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO: DE THOMAS
HOBBES A HERBERT HART**

*THE PATH OF ANGLO-SAXON LEGAL POSITIVISM: FROM THOMAS HOBBES TO
HERBERT HART*

Bernardo Strobel Guimarães⁴⁹
Luis Henrique Braga Madalena⁵⁰
Lucas Sipioni Furtado de Medeiros⁵¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo é apresentar uma introdução a uma das teorias mais influentes e mal compreendidas da história da Filosofia do Direito: o positivismo jurídico. Essa reconstrução é importante por dois motivos principais: primeiro, para que se compreendam seus objetivos e fundamentos; segundo, para demonstrar sua gradual transformação desde suas vertentes clássicas, com Thomas Hobbes e, mais especificamente, Jeremy Bentham e John Austin, até às vertentes contemporâneas, com destaque para a teoria de Herbert Hart. Ao fim, esperamos ter introduzido o leitor a conceitos que ainda se encontram no centro do debate de praticamente qualquer discussão envolvendo a Teoria e a Filosofia do Direito, a exemplo das noções de regra de reconhecimento e separação entre Direito e Moral. Para tanto, o método de pesquisa utilizado foi o descritivo, adotando-se, a partir dele, a técnica de investigação bibliográfica. **Palavras-chave:** Positivismo jurídico; Thomas Hobbes; Jeremy Bentham; John Austin; H. L. A. Hart.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present an introduction to one of the most

⁴⁹ **1. Qualificação:** Professor Adjunto de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Tributário pela PUCPR. Especialista em Direito Econômico pela Sociedade Brasileira de Direito Público. MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela ISAE/FGV; **2. e-mail:** bernardo@strobelguimaraes.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0678600050387547>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2826-7607>; **5. vinculação:** PUC-PR (PR)

⁵⁰ **1. Qualificação:** Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCConst. Editor Adjunto da Revista Eletrônica da ABDCConst: Constituição, Economia e Desenvolvimento. Coordenador Geral e Vice-Diretor Financeiro da ABDCConst. Coordenador da Pós de Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica (ABDCConst); **2. e-mail:** luishenrique7@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0874477652560454>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2600-0389>; e **5. vinculação:** ABDCConst. (PR)

⁵¹ **1. Qualificação:** Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCConst, e em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma Instituição; **2. e-mail:** sipioni.lucas@hotmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7302753330077177>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6899-0854>; e **5. vinculação:** UFPR (PR)

influential and misunderstood theories in the history of the Philosophy of Law: legal positivism. This reconstruction is important for two main reasons: a) first, to understand its objectives and foundations; b) secondly, to demonstrate the gradual transformation that took place within the positivist current, from its classical strands, with Thomas Hobbes and, more specifically, Jeremy Bentham and John Austin, to its contemporary strands, with emphasis on the theory of Herbert Hart. In the end, we hope to have introduced the reader to concepts that are still at the center of debate in practically every discussion involving the Jurisprudence and Philosophy of Law, such as the notions of the rule of recognition and the separation between Law and Morals. Descriptive research method and bibliographical research technique were adopted to elaborate the research.

Key-words: Legal positivism; Thomas Hobbes; Jeremy Bentham; John Austin; H. L. A. Hart.

1. INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico é um fenômeno complexo, e essa complexidade começa já no nome, pois não há algo como “o positivismo jurídico” – no singular. Há, na verdade, diversos positivismos jurídicos. Isso se deve ao fato de que se intitulam positivistas autores que possuem concepções de Direito radicalmente diferentes entre si.⁵² Com isso em mente, e sendo o objetivo a compreensão da teoria, pelo menos em parte de sua complexidade, nos parece que a melhor saída é a investigação de seu surgimento e evolução no decorrer dos séculos, que é o que aqui será feito.

Em razão dessa multiplicidade de correntes positivistas, uma advertência prévia é necessária: a presente análise toma o positivismo tal como ele é concebido na cultura jurídica anglo-saxã; não serão abordados autores que se filiam à tradição continental, notadamente Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Dentro desse recorte, os objetivos principais do presente artigo são dois: apresentar uma breve explanação sobre a riquíssima tradição jurídica desenvolvida na tradição da *common law* e, no caminho, desfazer alguns mal-entendidos sobre o positivismo jurídico.

Para cumprir com esses objetivos: a) no primeiro capítulo é analisada a teoria jurídica de Thomas Hobbes, o primeiro expoente do positivismo jurídico; b) os segundo e

⁵² Nas palavras de Lenio Streck, “Quando alguém fala em positivismo não imagina a diversidade que foi se forjando ao longo dos séculos” (STRECK, 2020, p. 263).

terceiro capítulos são destinados à vertente positivista conhecida como Teoria Imperativista do Direito, e isso a partir dos escritos de Jeremy Bentham e John Austin; e c) por fim, examina-se a teoria de H. L. A. Hart, um dos grandes nomes do positivismo no século XX. Ainda, o método de pesquisa utilizado foi o descritivo, adotando-se, a partir dele, a técnica de investigação bibliográfica.

A ideia é dialogar com inúmeros autores que, nos últimos anos, vêm escrevendo livros e artigos buscando aclarar o positivismo jurídico no Brasil.⁵³ Não se busca apresentar uma defesa do positivismo, mas entender seus pressupostos e seu caminhar. Muito se critica, mas pouco se sabe sobre o positivismo. Talvez, diante da multiplicidade de críticas, haja uma compreensão deficiente do fenômeno, seja em suas vertentes mais clássicas – que serão aqui analisadas – seja nas mais contemporâneas. Quando menos, esperamos familiarizar o leitor a conceitos que ainda se encontram no centro do debate de praticamente qualquer discussão envolvendo a Teoria e a Filosofia do Direito, a exemplo das noções de regra de reconhecimento e tese da separabilidade.

2. THOMAS HOBBS E A ORIGEM DO POSITIVISMO

Muito embora as raízes do positivismo jurídico remontem inevitavelmente ao *commom law* e, conseqüentemente, a autores como Sir. Edward Coke, John Selden e Matthew Hale,⁵⁴ fato é que somente após Thomas Hobbes é que se evidencia a ruptura paradigmática que deu origem ao positivismo jurídico. E isso porque, em Hobbes, a fonte do Direito não mais remonta à razão, como sustentava Edward Coke, mas à pura e simples autoridade: “Não é a sabedoria, mas a autoridade que faz uma lei” (HOBBS, 2015, p. 21).

⁵³ Citamos, a título de exemplo (e em ordem alfabética): Adrian Sgarbi, André Coelho, Bruno Torrano, Dimitri Dimoulis, Gulberto Morbach, Horácio Neiva, Noel Struchiner, Rodrigo Borges Valadão, entre outros. Embora nem todos esses sejam adeptos à teoria, fato é que têm dedicado parte de seus estudos a apresentar ao público brasileiro versões positivistas sob a sua melhor luz. Buscamos, com esse artigo, seguir esse mesmo caminho.

⁵⁴ Especialmente na teoria desses dois últimos autores é possível identificar o início de um acolhimento de teses positivistas, como o apelo ao conceito de autoridade e às regras positivadas. Ocorre que seus argumentos ainda eram muito dependentes da ideia de direito natural e do historicismo inerente ao *commom law* para que se pudesse atribuir a eles o pioneirismo de uma visão positivista do Direito. Essa questão, porém, não será aprofundada aqui. Para quem se interessar, veja LOBBAN, 2007, p. 61-64 e MORBACH, 2021, p. 43-56.

Hobbes, por isso, é considerado por muitos o fundador do positivismo jurídico por ser o primeiro a definir o Direito exclusivamente pela ideia de autoridade, no sentido de que a validade de uma lei não depende da sua correção moral (LOBBAN, 2012, p. 39).

Em Hobbes, o Direito é imposto pelo Estado Leviatã; são os comandos do soberano para seus súditos com vistas a ditar seus comportamentos, e pouco importa o ajuste desses mandamentos à moralidade da comunidade ou aos valores morais compartilhados por aqueles a que eles se destinam. A partir do momento em que há governo e leis civis, são elas que passam a ditar quais comportamentos são adequados e quais não são (HOBBS, 1996, 214). E, se é assim, se o Direito é posto pelo soberano, que determina o que é “bom” e “mal”, não há o que se falar na existência de leis injustas; injusto, para Hobbes, é uma qualidade que pode (e deve) ser atribuída a algo contrário à lei, mas não à lei em si, que é sempre justa (HOBBS, 1995, p. XXXV e 230).⁵⁵

Agora, por que Hobbes utiliza o termo “lei civil”, e não apenas “lei”? A resposta é simples: pois ele pressupunha a existência de uma outra espécie de lei, a lei natural. Como se vê que associar Hobbes ao positivismo jurídico não é uma tarefa tão fácil. Bobbio sintetiza a controvérsia afirmando existir um aparente contraste entre o ponto de partida e o ponto de chegada de Hobbes, o que suscita controvérsias acerca da qualificação de sua teoria: “[...] a investigação de Hobbes começa com a lei natural. Portanto, teóricos jusnaturalistas corretamente o consideram como um dos seus. Mas Hobbes termina com uma sólida construção de uma concepção positivista de Estado. Portanto, juspositivistas o apropriam”⁵⁶ (BOBBIO, 1993, p. 118).

Por isso, antes de bater o martelo e qualificar Hobbes como o primeiro positivista, indispensável analisar o papel desempenhado pelo direito natural e pela lei natural em sua teoria. E, em Hobbes, tratam-se de conceitos totalmente distintos, se não antitéticos: a lei

⁵⁵ No mesmo sentido, já observamos em momento anterior que, em Hobbes, “O conceito de justo do direito justifica-se como tal, uma vez que resta previsto de forma positiva no Ordenamento, da mesma forma que o injusto é o que se apresenta proibido, única e exclusivamente em razão desta última característica” (MADALENA, 2020, p. 57).

⁵⁶ Tradução livre do trecho “[...] Hobbes’s inquiry begins with natural law. Therefore natural law theorists rightly consider him one of their own. But hobbes ends with the solid construction of a positivistic coception of the state. Therefore, legal theorists appropriate him.”

diz respeito a obrigações; o direito, a liberdades (HOBBS, 1983, p. 170). É a partir dessa diferenciação que Hobbes esclarece que no estado de natureza os indivíduos possuíam um direito natural fundamental: o da autopreservação. Face à inexistência de leis e, portanto, obrigações, ao homem era permitido “[...] utilizar-se de todos os meios, e fazer todas as ações necessárias sem as quais ele não seria capaz de preservar a si mesmo”.⁵⁷ (HOBBS, 1983, p. 47). Daí porque no estado de natureza “[...] todo homem é inimigo de todo homem [...]”⁵⁸ (HOBBS, 1996, p. 84).

Além do direito natural, existe a lei natural, também diretamente relacionada com o instinto de autopreservação. Ocorre que as leis naturais não são leis de fato, mas axiomas lógicos – conselhos – frutos do exercício da razão e inerentes à própria natureza humana, segundo os quais “[...] aos homens é proibido fazer tudo aquilo que for destrutivo à sua vida ou ameace retirar os meios disponíveis para preservá-la [...]”⁵⁹ (HOBBS, 1996, p. 86). Tais leis, contudo, não geram obrigações jurídicas. Todo homem apenas cultiva internamente o desejo de que elas sejam cumpridas, não havendo o que se falar em um desdobramento perante terceiros (HOBBS, 1996, p. 105).

Hobbes, portanto, rejeita a existência de uma lei natural em sentido estrito: “Esses ditames da razão são chamados pelos homens de leis, mas erroneamente, porque são apenas conclusões ou teoremas que dizem respeito àquilo que leva à conservação e defesa de suas vidas [...]”⁶⁰ (HOBBS, 1996, p. 105). Apenas após o surgimento do Estado é que realmente passarão a existir leis em sentido estrito – as leis civis –, consistentes nos comandos do soberano e cujo cumprimento será garantido por meio do uso da força:

A lei da natureza é uma parte da lei civil em todos os Estados. Do mesmo modo, a lei civil é uma parte dos ditames da natureza. A justiça (isto é, cumprir com as

⁵⁷ Tradução livre do trecho “[...] *to use all the means, and do all the actions, without which he cannot preserve himself.*”

⁵⁸ Tradução livre do trecho “[...] *every man is enemy to every man [...].*”

⁵⁹ Tradução livre do trecho “[...] *by which a man is forbidden to do, that, which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same [...].*”

⁶⁰ Tradução livre do trecho “[...] *These dictates of reason, men used to call by name of laws; but improperly: for they are but conclusions, or theorems, concerning what conduceth to the conservation and defence of themselves [...].*”

convenções e dar a cada um o que é seu) é uma decorrência da lei da natureza. Mas todo aquele submetido à autoridade do Estado deve obedecer a lei civil; [...] e, portanto, a obediência à lei civil é também um ditame da lei da natureza. [...] o direito da natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil; mais, o propósito das leis não é outro senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz. E a lei veio ao mundo exatamente para limitar a liberdade natural dos homens [...]”⁶¹ (HOBBS, 1996, p. 177-178).

Assim, para o autor, esses conselhos – as leis naturais – podem vir a se tornar leis de fato; basta que alguém com autoridade assim o estabeleça. Daí a conclusão de Bobbio (1993, p. 122): “Essa primeira aproximação ao sistema de Hobbes nos deixa com a impressão de que a lei natural não tem outra função a não ser fornecer uma justificação para o nascimento do Estado”.⁶² A partir deste ponto já começa a ficar mais inteligível como a pressuposição de Hobbes acerca da existência da lei natural e do direito natural não impede a sua associação ao positivismo jurídico. Analisemos, entretanto, essa questão mais a fundo.

Se os indivíduos abdicaram de seus direitos, transferindo-os ao soberano, seja ele um monarca ou uma assembleia, para garantir a sua segurança, e o soberano está obrigado a realizar esta tarefa pela lei da natureza (HOBBS, 1996, 222), que o legitima, como defender a filiação de Hobbes ao positivismo jurídico? Afinal, se o poder do soberano está limitado pelas leis da natureza, estas ligadas a valores morais, parece claro que sua teoria não mais satisfaz as grandes teses positivistas. Esse aparente paradoxo, porém, pode ser visto como uma equivocada compreensão da teoria de Hobbes. E isto porque, como alerta Norberto Bobbio (1993, p. 123), Hobbes lançou mão da ideia de lei natural apenas como um artifício teórico para justificar o poder absoluto do soberano e a supremacia da lei civil.

⁶¹ Tradução livre do trecho “*The law of nature therefore is a part of the civil law in all commonwealths of the world. Reciprocally also, the civil law is part of the dictates of nature. For justice, that is to say, performance of covenant, and giving to every man his own, is a dictate of the law of nature. But every subject in a commonwealth hath covenanted to obey the civil law; [...] and therefore, obedience to the civil law is part also of the law of nature. [...] the right of nature, that is, the natural liberty of man, may by the civil law be abridged, and restrained: nay, the end of making laws, is no other, but such restraint; without the which there cannot possibly be any peace. And law as brought into the world for nothing else, but to limit the natural liberty of natural men [...].*”

⁶² Tradução livre do trecho “*This first approach to Hobbes’s system leaves us with the impression that the law of nature has no function other than to provide a justification for the birth of the state.*”

Hobbes se apropriou de um dos principais argumentos utilizados pelos jusnaturalistas para amparar a pretensão de limitação do poder do Estado – a supremacia da lei natural – para justificar o exato oposto: o poder absoluto do soberano.

Confirmando esse raciocínio, diz Michel Villey (2009, p. 735) que, em Hobbes, a lei natural não é jurídica. “Embora funde a relação que vincula os súditos ao soberano, é impossível extrair dela alguma das relações que deverão ser instituídas entre cidadãos. Dela não se deduz nenhuma regra de direito subjetivo. Ela é exclusivamente moral”. Ou seja, ainda que Hobbes sustente estar o soberano vinculado aos ditames da lei natural, dessa vinculação não se pode retirar deveres e obrigações (no sentido jurídico dos termos) do soberano para com seus súditos em razão de tal lei carecer de conteúdo jurídico-normativo. Conclusão: as leis da natureza, isoladas, não possuem a normatividade necessária para impor limites ao poder do Estado. O próprio Hobbes deixa isso bem claro quando afirma que o soberano deve prestar contas de suas ações somente a Deus, que é o autor das leis naturais que o obrigam, jamais aos homens (HOBBS, 1996, p. 222).

Em resumo, a pretensão de Hobbes era afirmar o poder absoluto do soberano e a supremacia das leis civis, o que ele buscou fazer a partir do seguinte raciocínio: a ideia de que os indivíduos, em nome da segurança, abdicaram de seus direitos e conferiram ao soberano um poder absoluto é válida, e isso porque ela é uma consequência lógica de uma outra lei, qual seja, a lei primeira e suprema, da natureza, que confere aos indivíduos o direito à autopreservação (BOBBIO, 1993, p. 144; MORBACH, 2021, p. 79). Temos então que, em Hobbes, as leis naturais existem, mas não vinculam juridicamente. Sua função é atribuir legitimidade absoluta ao direito positivo, que nada mais é do que a vontade do soberano. Para que não restem dúvidas:

Roubo, Assassinato, Adulterio e tudo mais que há de errado são proibidos pelas leis da natureza, mas o que conta como roubo por parte do cidadão, ou como assassinato ou adultério, ou como ato ilícito em geral, é aquilo determinado pela lei civil, e não pela lei natural. [...] nem todo ato de matar um homem é Assassinato, mas apenas o assassinato de alguém que a lei civil nos proíbe de matar. [...] Assim, o que é considerado Roubo, Assassinato, Adulterio ou o que é um comportamento ilícito em geral, é determinado pela lei civil, isto é, os

comandos daquele que detém poder soberano⁶³ (HOBBES, 1998, p. 86-87).

Ou seja, embora Hobbes aceite a existência das leis naturais, ele também sustenta que as leis que vinculam e estabelecem um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado, que são as leis civis, “[...] advinham única e exclusivamente do contrato social, de modo que apenas existiam dentro da comunidade política [...]” (MADALENA, 2020, p. 54). Portanto, em seus escritos, Thomas Hobbes, opondo-se à teoria jusnaturalista dominante, buscou afirmar que as leis da natureza, por si sós, não carregam a normatividade necessária para servir de fundamento para a limitação do poder do Estado. É o exato oposto: as leis da natureza são a justificação da absoluta e incondicional obediência dos súditos aos comandos do soberano. Na afirmação de Bobbio (1993, p. 124), “Hobbes é tão bem-sucedido em virar o jogo que é capaz até de mostrar que a obediência absoluta e incondicional é o primeiro e fundamental ditame da própria lei da natureza”.

Portanto, em Hobbes, o fundamento da lei passa a ser a autoridade do soberano, e não a razão ou qualquer outra justificativa ligada a aspectos divinos ou naturais; instituído o Estado, o soberano passa a ser o único qualificado para estabelecer e interpretar as leis (civis), sendo que estas não precisam corresponder à moralidade da comunidade para serem válidas. A lei sempre é justa unicamente em razão de ser fruto da vontade do soberano, não sendo lícito aos cidadãos desobedecê-las, afinal, somente no estado de natureza aos homens era permitido seguir o seu próprio juízo.

Concluindo com Franz Wieacker (1967, p. 343), o resultado da construção teórica de Hobbes foi “[...] a radical dissolução do direito natural originário no direito positivo autoritário do soberano”. Por isso, embora Hobbes não negue por completo a tradição do direito natural, isso não impede que a ele seja atribuído o rótulo de primeiro grande positivista, notadamente se levado em consideração o papel que a lei natural assume em

⁶³ Tradução livre do trecho: “*Theft, Murder, Adultery and all wrongs [injuriae] are forbidden by the laws of nature, but what counts as a theft on the part of a citizen or as murder or adultery or a wrongful act is to be determined by the civil, not the natural, law. [...] not every killing of a man is Murder, but only the killing of someone whom the civil law forbids us to kill. [...] Thus one learns what Theft is, what Murder is and Adultery, and generally what wrong is, from de civil law, that is from the commands of the holder in that commonwealth of severeign power.*”

sua teoria – a legitimação da obediência incondicional ao soberano.

Por isso, ao romper com a doutrina jusnaturalista até então dominante, Hobbes acabou por inaugurar os alicerces da corrente teórica que, três séculos depois, será denominada de “positivismo jurídico” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 50-51). A chave para isso foi deslocar o fundamento da moral para a autoridade, imputando ao Estado a fonte das leis. Quebra-se aqui o fundamento da autoridade da norma, que deixa de ser legítima a partir de cogitações de justiça natural e passa a ser vinculante por emanar de uma autoridade.

3. A TEORIA DO DIREITO DE JEREMY BENTHAM

Os ataques de Thomas Hobbes ao *common law* deixaram os juristas filiados a esta tradição jusfilosófica com a difícil tarefa de compatibilizar a visão de que é a autoridade que põe e justifica o Direito com a existência de uma série de regras desenvolvidas pela atividade dos Tribunais ao longo do tempo e, portanto, vinculadas à noção de razão e historicidade. É neste cenário que surge Jeremy Bentham, que enxergava as tentativas da teoria clássica do *common law* de descrever o Direito como totalmente estéreis em razão de soar ridículo insistir na ideia de que existe um direito natural superior ao direito positivo. Por isto, ele passou a desenvolver uma concepção alternativa de Direito, desvinculada do apelo à razão e pautada pelo utilitarismo e na identificação das leis como os comandos provenientes da vontade do soberano, instituindo uma Teoria Imperativista do Direito. Ao assim proceder, se distanciou da teoria jusnaturalista e se aproximou do positivismo jurídico ao acolher, como Hobbes, duas das grandes teses positivistas: a tese das fontes sociais, segundo a qual a validade de uma norma depende somente de onde ela emana, bem como a tese da separação entre direito e moral, que predica que a validade de uma norma jurídica independe da sua adequação a sentimentos morais (BUSTAMANTE, 2015, p. 310).

Quando menos, três foram as grandes contribuições de Bentham para a teoria do Direito. Primeiro, foi ele quem trouxe “[...] as discussões acerca da natureza do direito para

o centro dos debates sobre a argumentação jurídica e a atividade normativa do poder judiciário” (BUSTAMANTE, 2015, p. 310). Segundo, foi ele o primeiro a estabelecer uma relação clara entre o utilitarismo, doutrina moral segundo a qual uma ação é correta se por meio dela for possível promover a maior felicidade do maior número de pessoas possível e má quando por meio dela se promova o oposto da felicidade ao maior número de pessoas MILL, 1906, p. 09-10), e o positivismo jurídico (POSTEMA, 2019, p. vii).⁶⁴ Por fim, foi ele o primeiro a atribuir à teoria do Direito duas funções principais: a primeira, a cargo da *expository jurisprudence*, é descrever o Direito como ele é, sem valorações morais – sem a pretensão de correção do Direito posto; a segunda, a cargo da *ensorial jurisprudence*, é prescrever como o Direito deveria ser – valendo-se do *princípio da utilidade* (BENTHAM, 2000, p. 234-235). Sobre esse último ponto, diz Bentham que:

Existem dois personagens que qualquer homem que queira dizer algo sobre o Direito deve levar em consideração: a do *Expositor* e a do *Censor*. Cabe ao Expositor nos explicar como ele supõe que o Direito é; ao Censor, nos ensinar como que ele acredita que o Direito *deveria ser*. O primeiro, portanto, está principalmente preocupado em estabelecer ou investigar os *factos*: o segundo, em discutir as razões. [...] Ao *Expositor* compete mostrar o que o *Legislador* e o *Juiz* estão fazendo; ao *Censor* compete sugerir ao *Legislador* o que ele deve fazer no futuro⁶⁵ (BENTHAM, 2010, p. 10-11).

Na definição de Bentham, o Direito deve ser compreendido como o conjunto de comandos reveladores da vontade do soberano, cuja função é ditar os comportamentos daqueles que estão sob seu domínio e cujo cumprimento é garantido mediante o uso (ou ameaça de uso) da força – leia-se, sanções em caso de descumprimento (POSTEMA, 2019, p. 171), sendo o soberano aquele que é habitualmente obedecido pelos indivíduos da sociedade – *expository jurisprudence* (BENTHAM, 1970, p. 01). E, uma vez sedimentada

⁶⁴ Neste ponto, assevera Gerald Postema que Bentham não era um utilitarista e um positivista, mas sim um utilitarista positivista, isto é, a defesa do positivismo jurídico em Bentham está fundamentada, em primeiro lugar, na sua concepção utilitária da tarefa fundamental do Direito (POSTEMA, 2019, p. 462).

⁶⁵ Tradução livre do trecho “*Hay dos caracteres, tanto de uno como del otro, se puede decir que cualquier hombre que encuentre algo que decir sobre el tema del Derecho los tendría en su consideración; - el del Expositor, y el del Censor. A la provincia del Expositor le pertenece que nos explique, como él supone, qué es el Derecho: a la del Censor, enseñarnos lo que él cree que debe ser. La primera, por consiguiente, se preocupa principalmente de establecer, o de investigar los hechos: la última, en discutir las razones. [...] Al Expositor le corresponde mostrar lo que el Legislador y su asalariado el Juez ya han hecho: al Censor le corresponde sugerir lo que el Legislador deba de hacer en el futuro.*”

esta descrição, passa a ser papel do jurista prescrever como o Direito deve ser produzido, e isso tendo como norte o princípio da utilidade – *censorial jurisprudence*.

Em resumo: Jeremy Bentham entendia o Direito como uma questão de mandamentos e sanções de um soberano; a norma jurídica é a união entre um comando fruto da vontade do soberano e uma sanção a ser aplicada em caso de descumprimento. Essa é a descrição que ele faz do Direito em sede de sua *expository jurisprudence*. E então, após essa identificação e descrição daquilo que o Direito é, passa a ser possível, e até mesmo desejável, determinar aquilo que ele deve ser.

Fica claro, então, o problema de Bentham com o *common law*: se o Direito é aquilo posto pelo soberano, e nada mais, e no *common law* o Direito é fruto da atividade dos juízes, temos que o *common law* não é genuinamente Direito (LOBBAN, 2007, p. 162). Diz ele que o direito produzido pelos juízes nada mais é que uma “[...] composição fictícia que não tem nenhuma pessoa conhecida como sua autora, nem nenhum conjunto de palavras conhecido por sua substância, [mas, mesmo assim] forma em todos os lugares o corpo principal do tecido jurídico”⁶⁶ (BENTHAM, 1970, p. 12). Segundo ele, o *common law* é para o Direito “[...] como o éter imaginário que, na falta de uma matéria sensível, preenche toda a medida do universo”⁶⁷ (BENTHAM, 1970, p. 12).

Ademais, por estar firme na ideia de que a razão subjacente ao conceito de Direito no *common law* era muito dependente da subjetividade, Bentham acreditava que a afirmação de que determinada lei contrariava a razão significava, na verdade, que o que a lei em questão contrariava era aquilo que o jurista pensa, em seu íntimo, ser a razão. Por isso, sustentava que a razão não era capaz de oferecer um padrão claro a ser seguido pelos indivíduos, sendo melhor recorrer ao princípio da utilidade (LOBBAN, 2007, p. 163).

E o apelo à razão era visto por Bentham não somente como uma mera farsa argumentativa. Ele também cumpria o papel de atribuir um véu de legitimidade às

⁶⁶ Tradução livre do trecho “[...] that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms every where the main body of the legal fabric [...].”

⁶⁷ Tradução do trecho “[...] like that fancied ether, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe.”

subjetividades e arbitrariedades dos juristas:

[...] para Bentham, a teoria jurídica jusnaturalista e a linguagem apologética utilizada pelos juristas também tinham uma importante função política na sociedade aristocrática de seu tempo, pois se prestavam no mais das vezes a fornecer justificativas para uma postura conservadora e autoritária por parte dos juízes (BUSTAMANTE, 2015, p. 312).

Dessa forma, um dos principais motivos que levou Bentham a adotar a tese da separabilidade se pautou na constatação de que entender o contrário seria o mesmo que permitir que aqueles que consideram dada norma imoral a corrijam com base em seus próprios juízos subjetivos. O argumento da razão, utilizado no âmbito do *common law*, nada mais era que um artifício utilizado pelos juízes para impor autoritariamente e de forma ilegítima a sua subjetividade a todos os membros da sociedade. Para o autor, os juízes do *common law* se escondiam atrás de mitos argumentativos para tomar para si, sem contestações, um poder tão ilimitado quanto corrupto (POSTEMA, 2019, p. 262-264).

Sua concepção de Direito, por outro lado, construída a partir da clareza da linguagem, do rompimento com a tradição do direito natural e na prevalência do princípio da utilidade, permitiria a construção de sistema onde o Direito é autônomo em relação às preferências morais dos juízes; um sistema capaz de preservar o princípio da segurança jurídica por conter um critério objetivo e empiricamente verificável para identificar o Direito: Direito é aquilo posto pelo soberano, ponto. Com efeito, Bentham, em sede de sua *censorial jurisprudence*, planejava transformar o *common law*, um modelo de Direito fruto de uma “[...] conspiração entre advogados e juízes para tornar o direito desnecessariamente complexo e obscuro”⁶⁸ (SCHAUER, 2015, p. 11), em algo muito mais simples e inteligível aos cidadãos em geral.

Conforme Bobbio, Bentham identificou e criticou cinco defeitos fundamentais do *common law*: a) a incerteza, visto que o direito judiciário, em razão de ser fundado em mitos que buscam disfarçar o alto grau de subjetividade permitido ao juiz, não satisfaz à exigência fundamental de segurança jurídica; b) a retroatividade, no sentido de que os

⁶⁸ “[...] conspiracy between lawyers and judges to make the law unnecessarily complex and obscure.” Em SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 11.

juízes primeiro criam o Direito e depois punem com base nele; c) o não protagonismo do princípio da utilidade, defeito este que é uma consequência lógica da postura utilitarista do autor; d) a ilegitimidade, visto que o juiz não tem competência para produzir Direito em todos os campos regulados pelo Direito, vício que não ocorreria na produção legislativa do Direito, em que a redação das leis é confiada a indivíduos ou comissões com competência específica para tanto; e e) seu caráter antidemocrático, haja vista não ser possível qualquer espécie de controle popular sobre a produção do Direito pelos juízes (BOBBIO, 2006, p. 97-99).

Por tudo isso e, principalmente, contra isso, Bentham acabou se tornando um defensor da codificação,⁶⁹ visto por ele como a melhor forma de sistematizar os comandos do soberano e, conseqüentemente, possibilitar uma maior aproximação do Direito como ele é daquilo que ele efetivamente deveria ser: um sistema claro e completo, organizado e estruturado a partir da vontade do soberano e do princípio da utilidade. Seu projeto de codificação possuía quatro pilares fundamentais: (i) a utilidade, isto é, as regras nele contidas partiriam da máxima de propiciar a maior felicidade para o maior número de pessoas; (ii) a completude, de forma a evitar a criação do Direito pelos juízes nos casos de lacunas; (iii) a clareza, para permitir que seu conteúdo seja conhecido por todos os cidadãos; e (iv) a justificação, isto é, os Códigos e as leis viriam acompanhadas da indicação das finalidades que elas se propõem a atingir (BOBBIO, 2006, p. 100).

4. A TEORIA DO DIREITO DE JOHN AUSTIN

Embora o ambicioso projeto codificador de Bentham nunca tenha saído do papel (KELLY, 2010, p. 413 e 416), grande parte de sua teoria jurídica imperativista foi subscrita por seu aluno John Austin. Mas a visão de Austin diferenciava-se da de Bentham em um aspecto fundamental: para ele, a tarefa assumida por seu mestre em sede de uma *censorial jurisprudence*, isto é, a codificação do direito inglês com fundamento no princípio da utilidade, era de pouca importância, notadamente por ele aceitar, ainda que com ressalvas,

⁶⁹ A evolução de Bentham de crítico para reformista do *common law* foi gradual. Ela, porém, não será aqui explorada. Para os interessados, ver POSTEMA, 2019 e BOBBIO, 2006, p. 91-100.

a legitimidade do Direito produzido pelos juízes.⁷⁰ Portanto, enquanto o foco de Bentham estava na reformulação do *common law – censorial jurisprudence* –, o de Austin estava na construção de uma teoria do Direito que identificasse o fenômeno jurídico e o descrevesse como ele é – *expository jurisprudence* (STRECK, 2020, p. 275). Para Austin (2001, p. 157),

A existência do direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos é outra. O direito existir é uma questão; ele estar conformado a determinado padrão aceito é uma questão diferente. Uma lei que realmente existe, é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ela seja fruto de um texto que aprovamos ou desaprovamos.⁷¹

O objetivo de Austin era identificar e descrever a natureza do Direito com vistas a diferenciá-lo de outros sistemas sociais, e isso porque na sua visão o Direito é frequentemente confundido com outras normas com as quais se relaciona, que passam a ser consideradas inapropriadamente como parte do Direito. O autor tomou para si a tarefa de delimitar, de forma clara, aquilo que constitui o fenômeno jurídico (AUSTIN, 2001, p. 11 e 18) – daí o nome do seu livro. Com efeito, ao subscrever a tese da separabilidade entre o direito e a moral, Austin não tinha em mente legitimar governos autoritários. Ele jamais argumentou no sentido de que o Direito não deveria ser moralmente aceitável. Sua pretensão era simplesmente assinalar que “[...] muito do que o direito é não é moral, e que o fato de algo ser direito não diz nada sobre o seu valor moral”⁷² (BIX, 2009, p. 19-20).

Em sua teoria, Austin buscou identificar e explicar os elementos que não podem faltar em um sistema para que ele seja considerado um sistema jurídico minimamente desenvolvido, como as noções de dever, direito, sanção, liberdade, etc. Seu trabalho, nesse sentido, deve ser visto como uma tentativa de explicar como o Direito se apresenta nos

⁷⁰ Além disso, Austin, ao contrário de Bentham, não negava a existência de um direito natural, mas tão somente o rejeitava como fonte do Direito por ser impossível aos indivíduos conhecer o seu conteúdo (AUSTIN, 1873, p. 106-107).

⁷¹ Tradução livre do trecho: “*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another; Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.*”

⁷² Tradução do trecho “[...] mucho de lo que es derecho no es moral, y que lo que hace ser derecho a algo no garantiza para nada su valor moral.”

Estados modernos em geral, estando excluídos do seu campo de análise não aqueles sistemas considerados moralmente inaceitáveis, mas aqueles em que não estão presentes todos os elementos que ele posteriormente identificará como sendo condição de possibilidade para se falar em um sistema jurídico propriamente dito (LOBBAN, 2021, p. 226).

Austin também era defensor da Teoria Imperativista, e definia o Direito como os comandos de um soberano aos seus súditos: todo o Direito “[...] é estabelecido, direta ou indiretamente, por um monarca ou grupo soberano a uma pessoa ou conjunto de pessoas que se encontram em um estado de sujeição com respeito ao seu autor”⁷³ (AUSTIN, 2001, p. 285). Dissecando esse raciocínio, Joseph Raz (2012, p. 07) afirma que, para Austin, uma lei é um (i) comando geral (ii) de um soberano (iii) para seus súditos. Então, *c* é um comando o comando de *S* se, e somente se, a) *S*, por meio dele, quer regular o comportamento de certas pessoas; b) *S* expressou essa vontade; c) *S* pretende punir tais pessoas caso sua vontade não seja satisfeita; d) *S* tem poder para fazê-lo; e) *S* expressou sua intenção de fazê-lo; e f) *c* expressa o conteúdo da vontade de *S* de regular o comportamento de certas pessoas e de sua intenção de puni-las casos não atuem conforme sua determinação, e nada mais (AUSTIN, 2001, p. 21; RAZ, 2012, p. 15).

As definições de soberano e súditos, por sua vez, são intercambiáveis. Para Austin, súditos são as pessoas que estão habituadas a prestar obediência a uma pessoa ou a uma assembleia de pessoas, enquanto soberano é aquele não tem o hábito de obedecer a ninguém semelhante a ele e é obedecido habitualmente pela maioria de uma dada sociedade⁷⁴ – uma sociedade que possui súditos e soberano é vista por Austin como uma sociedade política e independente (AUSTIN, 2001, p. 166).

Quanto ao soberano, para Austin, a soberania é (i) não subordinada, isto é, o poder

⁷³ Tradução livre do trecho “[...] is set, directly or circuitously, by a monarch or sovereign number, to a person or persons in a state of subjection to its author.”

⁷⁴ Como bem lembra Scott Shapiro (2011, p. 57), para Austin – em uma visão, de certo modo, completamente contrária à de seu predecessor Hebert Hart – o soberano assim o é não porque alguma regra o legitimou, mas simplesmente porque, em razão de ser habitualmente obedecido pela maioria de dada sociedade, ele possui o poder de fazer valer sua vontade perante os outros.

legislativo não deriva de uma lei nem pode por uma ser revogado; (ii) ilimitável, de modo que o soberano pode produzir qualquer lei e não está limitado por deveres legais no exercício do seu poder legislativo; (iii) única, ou seja, para cada sistema jurídico há apenas um poder legislativo não subordinado e ilimitado; e (iv) indivisível, isto é, o poder legislativo está obrigatoriamente nas mãos de uma pessoa ou um conjunto de pessoas determinadas – a soberania pode ser dividida (atribuída a um conjunto de pessoas) sem deixar de ser única (RAZ, 2012, p. 11).

É com base principalmente nessas definições de “comando” e “soberano” que Austin buscou delimitar a esfera do Direito, afinal, essa união entre soberano e comando, esse último implicando obrigatoriamente em uma sanção, só se observa nas normas jurídicas.

Este modelo, contudo, foi duramente criticado por não abarcar normas que conferem poderes – como as regras que determinam os critérios constitutivos de um contrato válido –, que não podem ser reconduzidas à dualidade comando/sanção. Austin, que estava ciente da existência dessas normas e das críticas que a ele eram dirigidas, explorou duas linhas argumentativas para tentar resolver a questão: a) primeiro, ele sustentou que no caso das normas que conferem poderes a sanção toma a forma de nulidade, no sentido de que caso um ato praticado sem a observância das normas que prescrevem a sua condição de validade – um contrato sem assinatura, por exemplo – está sujeito a ser anulado. A anulação do ato seria a sanção aplicada ao agente que o praticou (AUSTIN, 1873, p. 522); b) segundo, ele alegou que as regras que conferem poderes não são leis propriamente ditas e, por isso, de fato, a ideia de sanção não faz parte da sua essência – esse argumento, porém, não foi objeto de maiores reflexões (LOBBAN, 2021, p. 229-230).⁷⁵

Retornando à questão da legitimidade do *common law*: vimos que para Bentham o *common law* nem sequer era Direito. O Direito, na verdade, é aquilo posto pelo soberano, e não pelos juízes. E, se Austin concordava com este último ponto, haja vista também ser

⁷⁵ Esses argumentos, contudo, não convenceram grande parte de seus críticos, e inclusive serão objeto de refutação muitos anos depois por meio dos escritos de H. L. A. Hart, como será visto.

adepto à teoria imperativista, como é possível que ele não só aceite o *common law*, como também passe a descrevê-lo? A resposta de Austin é a seguinte: o direito judiciário se trata de uma espécie de comando tácito do soberano, derivando daí sua legitimidade:

[...] quando os costumes se tornam regras jurídicas por meio de decisões judiciais, as regras jurídicas que emergem dos costumes são comandos tácitos do poder legislativo do soberano. O Estado, que tem competência para abolir essas regras, permite que seus membros as efetivem; e isso, portanto, significa seu contentamento, por sua aquiescência voluntária, que essas regras sirvam como Direito aos governados⁷⁶ (AUSTIN, 2001, p. 36).

Em suma, Austin, na esteira de Hobbes e Bentham, era defensor de uma teoria imperativista do Direito, identificando as normas jurídicas com os comandos gerais do soberano, pouco importando o ajuste de tais comandos à moralidade. Seu traço distintivo, porém, foi o fato de ter focado em descrever o Direito como ele é, com o objetivo de diferenciá-lo de outras regras sociais, deixando de lado as preocupações político-normativas de Bentham, de modo que se é a Hobbes que se credita o surgimento do positivismo enquanto teoria do Direito,⁷⁷ é a Austin que se deve creditar a inauguração da escola jurídica dominante em terras britânicas: o positivismo jurídico descritivo.

5. A TEORIA DO DIREITO DE H. L. A. HART

Chegou o momento de analisar a obra daquele que é considerado o maior nome do positivismo jurídico anglo-saxão: Herbert Lionel Adolphus Hart, ou, simplesmente, H. L. A. Hart. Antes, porém, uma indagação e três esclarecimentos se mostram relevantes. Primeiro a pergunta: por que esse salto de mais de 100 anos de Austin para Hart – Austin praticamente começou e terminou sua produção acadêmica por volta da metade do século XIX, ao passo que Hart publicou *O Conceito de Direito* em 1961? Simplesmente porque nada de juridicamente inovador aconteceu durante esse período. Nas palavras de Gerald

⁷⁶ Tradução livre do trecho “[...] *when customs are turned into legal rules by decisions of subject judges, the legal rules which emerge from the customs are tacit commands of the sovereign legislature. The state, which is able to abolish, permits its ministers to enforce them: and it, therefore, signifies its pleasure, by that its voluntary acquiescence, that they shall serve as a law to the governed.*”

⁷⁷ Da “coisa”, e não do “nome”, como já visto.

Postema, antes de Herbert Hart a teoria jurídica do mundo do *common law* europeu era “[...] um vilarejo sonolento e complacente, dominado pela teoria jurídica *austiniana* [...]”⁷⁸ (POSTEMA, 2011, p. 03). E é exatamente por esse motivo que o primeiro passo de Hart em sua proposta de definir o conceito de Direito é opor-se à definição dada por John Austin.

Agora, os esclarecimentos: a) em primeiro lugar, a descrição que Hart faz da teoria de Austin não pode ser vista como totalmente fiel, na medida em que como sua pretensão era pura e simplesmente criticá-la, e não explicar ou esclarecê-la, o modelo *austiniano* proposto por Hart se trata uma reconstrução arbitrária de teses que apenas parcialmente se adequam à teorização de Austin (BARZOTTO, 1999, p. 107-108); b) em segundo lugar, Hart não discordava de Austin no plano metodológico, mas da descrição por ele apresentada. Como afirma Matthew Kramer (2018, p. 32), apesar de reconhecer a importância e a perspicácia de seus predecessores, “[...] Hart sentia que a teoria imperativista do direito, em geral, representa um impedimento para uma compreensão clara da natureza dos sistemas jurídicos”; c) em que pese o sugestivo nome do livro, e isso ficará mais claro nas linhas subsequentes, o objetivo de Hart jamais foi o de apresentar uma definição completa e incontroversa acerca da natureza do Direito, mas fornecer esclarecimentos sobre o funcionamento dos sistemas jurídicos em geral e sobre as principais características que compõem aquilo que chamamos de Direito. Em outras palavras, sua pretensão era apresentar as características e elementos centrais que justificam a atribuição do rótulo “Direito” a alguns sistemas de regras e a outros não (HART, 1994, p. 17).

Segundo Hart, poucas questões relativas à sociedade humana são tão controversas e suscitam tantos debates quanto “O que é o Direito?”, ou “Qual é a natureza do Direito?” (HART, 1994, p. 01 e 06). É de se notar, porém, que embora veja essa pergunta como sendo fundamental, Hart nunca chegou a respondê-la diretamente. Como notou Brian Bix (2020, p. 26), ele deixou de responder à pergunta para transformá-la, e isso porque entendia

⁷⁸ Tradução livre do trecho [...] *sleepy, contended, complacent village, dominated by Austinian jurisprudence* [...].”

que quando perguntamos “O que é o Direito?” nosso objetivo, na verdade, é responder a uma série de perguntas menos ambiciosas e completamente diferentes, mas, ao mesmo tempo, mais importantes para a definição da natureza do Direito. Para Hart, as reais perguntas são: “de que forma o Direito difere de meras ordens afiançadas por ameaças?”, “quais as semelhanças e diferenças existentes entre obrigações jurídicas e obrigações morais?” e “o que são as normas e até que ponto elas são os elementos essenciais do Direito?” (HART, 1994, p. 13). Contudo, antes de apresentar suas respostas a essas perguntas, Hart entendia ser necessário apontar as deficiências da teoria de Austin.

5.1 AS CRÍTICAS DE HART À TEORIA DE AUSTIN

Os ataques de Hart à concepção imperativista do Direito *austiniana* começam por um ponto que já deixa clara sua preocupação com a questão linguística e a influência que os movimentos filosóficos relacionados à filosofia da linguagem e à filosofia analítica exerceram em suas obras: o significado que Austin empresta à expressão “comando”. Segundo Hart, o modelo de “comando” *austiniano* não capta distinções triviais do dia a dia. Ele explica essa questão por meio do exemplo de um homem armado que ordena ao funcionário de determinado banco que lhe entregue o dinheiro ou ele irá atirar.

Com base neste exemplo, Hart realiza uma distinção entre as expressões “ordenar” e “dar uma ordem”. Segundo ele, no exemplo dado, o correto seria afirmar que o assaltante *ordenou* ao funcionário que lhe desse o dinheiro, e não dizer que o assaltante *deu uma ordem* ao funcionário, e isso porque essa segunda frase sugere alguma espécie de autoridade por aquele que a emite em relação ao seu interlocutor (HART, 1994, p. 18-20). O ponto aqui é: se o Direito se resume a um sistema de ordens sustentadas por ameaças, o que impede que a ordem de um assaltante seguida de uma ameaça de lesão corporal seja considerada Direito? E Hart responde: o Direito pode ser diferenciado da ordem emitida por um assaltante através de três características principais: a) sua generalidade, no sentido de que as normas jurídicas são fórmulas gerais cuja incidência abrange todas as pessoas da comunidade política em questão que se enquadram no seu âmbito de incidência (HART,

1994, p. 18-21); b) seu caráter perene, no sentido de que, ao contrário das ordens dada por um assaltante, que são temporárias e desrespeitadas assim que ele sai de cena, as leis nascem com a pretensão de que sua observância seja contínua, (HART, 1994, p. 23); c) o hábito geral de obediência por parte daqueles a que ele se propõe a regular (HART, 1994, p. 23-24).

Essa primeira aproximação, porém, que é de certa forma compatível com a teoria *austiniana*, não é suficiente para abarcar toda a complexidade que envolve a natureza do Direito. E isto por basicamente três motivos: a) a definição do Direito como os comandos gerais do soberano aos seus súditos não é capaz explicar a existência de regras que não impõem deveres ou sanções, mas poderes e atribuições, públicos ou privados, como é o caso das regras que definem as competências dos órgãos legislativos e jurídicos e definem as formas de se fazer ou celebrar contratos (HART, 1994, p. 27); b) a concepção imperativista ignora que as leis são igualmente aplicáveis àqueles que as criam, não havendo que se falar na existência de um poder absoluto possuído por parte daquele ou daqueles responsáveis por introduzir as normas jurídicas no sistema (HART, 1994, p. 42-43); c) ao contrário do que ocorre no modelo de Direito baseado na dualidade comando/sanção, onde é um imperativo ser possível a identificação de quando e onde uma lei foi criada, o mesmo não acontece, por exemplo, em sistemas jurídicos filiados à tradição do *common law*, onde muitas vezes é impossível definir a origem de um costume (HART, 1994, p. 46-47).

Uma outra objeção de Hart à teoria de Austin se refere aos problemas relacionados ao conceito de soberania. Para Hart, o principal problema de identificar o soberano como a pessoa ou grupo de pessoas habitualmente obedecidas pelos indivíduos é que essa definição leva à impossibilidade de se explicar a alternância de poder. Se o costume de obediência é central para se identificar quem é o soberano de uma dada comunidade, eventual novo soberano, antes de possuir a legitimidade para comandar, deveria esperar pela constituição e maturação de uma obediência habitual a ele – o antigo hábito dizia

respeito somente ao seu antecessor.⁷⁹

Assim, aceita a teoria de Austin, até a institucionalização de um hábito de obediência em relação ao novo soberano, nenhuma nova lei poderia ser criada (HART, 1994, p. 53). E, para Hart, esse problema é facilmente solucionado por uma figura pouco explorada por Austin: as regras jurídicas. Na sua visão, o que explica a continuidade do poder legislativo é a existência de uma regra, aceita pelos cidadãos, que estabelece quem deve substituir o legislador que vier a faltar (BARZOTTO, 1999, p. 110).

De qualquer forma, é com base em tais argumentos que Hart rejeita o modelo de ordens sustentadas por ameaças – a teoria imperativista do Direito – como suficiente para descrever o conceito do Direito. Além disto, diz ele que o principal motivo do fracasso da teoria de Austin reside no fato de que os elementos a partir dos quais ela foi construída, quais sejam, “[...] as ideais de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem, e combinados não são capazes de produzir, a ideia de uma regra, sem a qual não conseguimos elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito”⁸⁰ (HART, 1994, p. 80).

5.2 HÁBITOS E REGRAS

A visão de Hart sobre o Direito está assentada na centralidade das regras; em particular, na sua visão acerca da diferença entre regras e hábitos, cuja melhor explicação é dada por exemplos. Imaginemos a situação de um inglês que toma chá todos os dias às 17h. Instintivamente, somos levados a afirmar que tal pessoa tem um hábito. Por outro lado, é fácil perceber que seria forçado afirmar a existência de uma regra social que regula

⁷⁹ Aqui temos um bom exemplo da falta de fidelidade de Hart para com a teoria de Austin, e isso porque nada na teorização deste último vai de encontro com a ideia de que o conceito de hábito pode ser explicado em termos de “obediência às normas positivadas”. As pessoas obedecem ao soberano não em razão de um hábito, no sentido de uma regularidade comportamental, mas porque existe uma norma de moralidade positiva, uma regra costumeira talvez, que assim determina. Veja: o ponto não é que a teoria de Austin é capaz de dar conta de todas as críticas de Hart – não é! –, mas tão somente demonstrar que, em alguns pontos, a descrição de Hart está equivocada.

⁸⁰ Tradução do trecho “[...] *the ideas of orders, obedience, habits, and threats, do not include, and cannot by their combination yield, the idea of a rule, without which we cannot hope to elucidate even the most elementary forms of law*”.

e impõe essa habitualidade. Para tanto, basta nos perguntarmos se seria correto concluir que um inglês que em determinado dia não tomou chá às 17h cometeu uma violação (a uma regra) e merece ser censurado ou de alguma forma criticado por isso. Claramente não.

O correto é concluir apenas que a habitualidade não se confirmou. Uma situação diferente pode ser observada no comportamento das pessoas que retiram o chapéu ao entrar em uma igreja. Nesta situação também estamos diante de um hábito, mas é possível identificar algo mais. Não retirar o chapéu ao entrar na igreja é algo diferente do hábito de simplesmente não tirar o chapéu, uma vez que retirar o chapéu ao entrar na igreja constitui uma regra de etiqueta religiosa, de forma que podemos afirmar que quem não retira o chapéu nesta situação viola uma regra social (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 117-119).

Aprofundando essa linha de raciocínio, Hart diz que hábitos e regras diferem entre si em três pontos principais. Primeiro, para a constituição de um hábito basta a convergência de comportamento entre os membros de um grupo, enquanto essa identidade de comportamento não é, por si só, suficiente para falarmos na existência de uma regra; falar em regras implica na constatação de que em caso de desvios ao que ela prescreve haja uma pressão social no sentido de atuar conforme a regra – as regras, nesse sentido, carregam consigo uma carga de pressão social que falta aos hábitos (HART, 1994, p. 55)

Em segundo lugar, onde há uma regra, eventual desvio de comportamento não apenas é censurado; esse desvio, por si só, é visto como uma boa razão para que essa crítica seja feita, porque, em tais casos, a crítica é considerada legítima (HART, 1994, p. 55-56). Em outras palavras, a não observância de uma regra motiva críticas. Mas, mais do que isso, tanto aqueles que formulam as críticas quanto, em regra, aqueles que as recebem, aceitam-nas como legítimas, reconhecendo a falta. Assim, por exemplo, considerada a regra de etiqueta religiosa mencionada, uma pessoa que não a cumpre não só é censurada pelas demais, como também, geralmente, enxerga essa crítica como sendo correta e justificável.

Aqui entra em cena o que Hart chama de aspecto interno e aspecto externo das regras. O aspecto interno diz respeito ao participante do grupo, que enxerga a regra como

prescrevendo uma pauta geral de atuação aceita pelo grupo como um todo. O externo, por sua vez, diz respeito ao observador alheio ao grupo, isto é, aquele que não enxerga a conduta imposta pela norma como sendo um padrão de comportamento – a rejeita ou mantém uma postura de indiferença –, de modo que ainda que atue em conformidade com o comando, se limita a verificá-lo e a observá-lo, como qualquer outro faria (HART, 1994, p. 56). Tanto os hábitos quanto as regras possuem essa dimensão externa.

Por outro lado, é condição necessária para que se possa falar na existência de uma regra que algumas pessoas encarem o comportamento por ela prescrito como um padrão que deve ser seguido por todos. Assim, no caso da regra de etiqueta religiosa, um observador externo poderia muito bem descrever as pessoas que retiram o chapéu ao entrar na igreja como sendo indivíduos que compartilham um hábito. Mas essa não é a questão. Esse observador externo, por não pertencer ao grupo, muitas vezes, ao descrever tal comportamento, não leva em conta a atitude interna do indivíduo em relação ao simples ato de retirar o chapéu. Em outras palavras, caso não se projete como sendo um membro do grupo, ele não é capaz de captar o aspecto interno da regra de etiqueta religiosa em questão.

Sobre o aspecto interno presente nas regras, diz Barzotto que se trata de uma atitude crítico-reflexiva⁸¹ assumida pelo indivíduo perante o comportamento exigido pela regra: “O comportamento em questão é assumido como padrão, e a crítica a seus desvios, bem como a exigência de conformidade que se manifesta diante da ameaça de desvio são vistos como legítimos e justificados” (BARZOTTO, 1999, p. 111).

Hart lança mão da ideia de aspecto interno das regras por entender que somente é possível compreender um sistema social como o Direito caso também se compreenda como os indivíduos que o criaram e a ele estão sujeitos o percebem. Na medida em que o Direito é uma instituição social criada para orientar a conduta humana, seu estudo

⁸¹ Há que se tomar o cuidado de não confundir o aspecto interno das regras e a atitude crítico-reflexiva dela derivada com uma questão de “sentimentos”. Essa atitude, em verdade, se manifesta em forma de críticas e exigência de obediência, sendo irrelevante as experiências psicológicas daqueles que estão envolvidos na controvérsia (HART, 1994, p. 57).

obrigatoriamente deve levar em conta as percepções daqueles que aplicam e seguem as regras jurídicas. É nesse sentido que Hart afirma que para a compreensão de sistemas sociais em geral “[...] a metodologia das ciências em empíricas é inútil; o que é necessário é um método ‘hermenêutico’ que retrate o comportamento governado por regras como parece aos seus participantes [...]”⁸² (HART, 1983, p. 13).

É necessária uma abordagem que se preocupe em analisar o aspecto interno das regras, já que uma análise puramente externa seria incapaz de diferenciar e explicar aspectos que compõem a própria essência do Direito, como é o caso das diferenças entre ações habituais e ações prescritas por regras. Em outras palavras, quem não se atenta para as três diferenças entre hábitos e regras não é capaz de compreender um elemento essencial da natureza do Direito: a diferença entre comportamentos regulares e comportamentos regulados (SGARBI, 2020, p. 129).

5.3 REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS

Substituindo o modelo de Austin, Hart pensa o Direito como a união de regra primárias e regras secundárias, sendo que, para ele, reside nessa combinação aquilo que “[...] Austin pensou ter encontrado na noção de ordens coercitivas, a saber, a ‘chave para a ciência do direito’”⁸³ (HART, 1994, p. 81).

As regras primárias são regras de conduta, são regras que impõem obrigações. As regras secundárias são caracterizadas por outorgar poderes, públicos ou privados, a certas pessoas ou grupo de pessoas. As normas primárias são aquelas que exigem que aqueles submetidos a elas pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, independentemente da sua vontade – como as regras penais –, enquanto as normas secundárias são uma espécie de metaregras, pois regulam os modos pelos quais as regras primárias podem ser criadas, extintas ou alteradas, entre outras atribuições (HART, 1994, p. 80-81).

⁸² Tradução livre do trecho “[...] *the methodology of the empirical sciences is useless; what is needed is a 'hermeneutic' method which involves portraying rule-governed behaviour as it appears to its participants [...].*”

⁸³ Tradução livre do trecho “[...] *Austin wrongly claimed to have found in the notion of coercive orders, namely, 'the key to the science of jurisprudence'.*”

Para entender melhor a importância dessa diferenciação,⁸⁴ imperioso compreender como e por qual razão surgem as normas secundárias. Segundo Hart, as regras secundárias surgem em sociedades complexas e politicamente organizadas, já que sociedades primitivas comportam apenas a existência de regras primárias. Nelas não há qualquer procedimento apto a solucionar conflitos derivados da incerteza quanto ao conteúdo e âmbito de incidência das regras primárias, e isso porque esse procedimento depende da existência de regras de um tipo diferente das regras primárias: as regras secundárias. Por isso, um primeiro defeito identificado em um sistema jurídico como o de Austin é a incerteza no que se refere à identificação, conteúdo e alcance das regras existentes (HART, 1994, p. 91-92).

Outro problema de uma sociedade regulada apenas por regras primárias é o caráter estático do sistema jurídico, na medida em que eventuais modificações de regras, de forma a adaptá-las às mudanças sociais, também pressupõem a existência de regras de um tipo diferente daquelas que impõem obrigações: novamente, as regras secundárias (HART, 1994, p. 92-93).

O terceiro e último problema dessa sociedade primitiva hipotética é a ineficácia da pressão social difusa que garante o cumprimento das regras, isto é, ante a inexistência de um órgão dotado de autoridade para dar a última palavra em caso de conflitos, as disputas para saber se uma regra primária aceita foi ou não violada são intermináveis. E, de novo, uma instituição desse tipo pressupõe a existência de regras que lhe confirmam a competência de decidir, regras essas que não existem em uma sociedade primitiva (HART, 1994, p. 93-94).

Em resumo, sociedades primitivas, por apenas comportarem as regras primárias, são deficientes e incapazes de possuir um sistema jurídico completo e eficiente. A solução

⁸⁴ Para Matthew Kramer, apesar de intuitiva, a distinção entre normas primárias e normas secundárias a partir da afirmação de que as primeiras são normas que estabelecem deveres e as segundas normas que conferem poderes não é a mais adequada. Em verdade, para o autor, a verdadeira diferença entre normas primárias e normas secundárias repousa no fato de que as segundas são parasitas em relação às primeiras, sendo que o termo “parasita”, em Hart, deve ser lido de uma forma técnica, no sentido de que o conteúdo das normas secundárias depende da existência de outras normas no sistema (KRAMER, 2019, p. 10-11).

de cada uma dessas deficiências e, conseqüentemente, a construção de um sistema jurídico, passa, para Hart, pelas regras secundárias, sendo que ele pensa em três espécies de regras secundárias, uma para cada deficiência: a) a regra de reconhecimento, para lidar com o problema da incerteza, que por ser de tamanha importância não só para a teoria de Hart, mas para o positivismo jurídico como um todo, será objeto de um item específico; b) as regras de modificação, para lidar com o problema da estaticidade, que são as regras que atribuem a pessoas ou órgãos legislativos o poder de criar, extinguir e alterar as regras primárias e estabelecem os procedimentos que devem ser seguidos para tanto; c) as regras de julgamento, responsáveis por lidar com o problema da ineficácia da pressão social para garantir a aplicação do Direito, que são as regras que conferem autoridade e o poder de decidir a determinados indivíduos, bem como estabelecem o procedimento que deve ser por eles seguido (HART, 1994, 94-97).

A partir disso, possível concluir que, em Hart, o que efetivamente marca a passagem do “mundo pré-jurídico” para o “mundo jurídico” é a introdução das normas secundárias no sistema. Exatamente por isso é comum se dizer que para Hart “[...] o Direito não é composto apenas por regras que impõem deveres e por regras que conferem poderes, mas é, ele mesmo, fundado por elas”⁸⁵ (SHAPIRO, 2011, p. 80).

5.4 A REGRA DE RECONHECIMENTO

A regra de reconhecimento é, assim como as demais regras secundárias, uma metaregra, isto é, é uma regra sobre regras, mas em um sentido específico: a regra de reconhecimento define os critérios que devem ser satisfeitos pelas outras regras para que elas adquiram o caráter de juridicidade (HART, 1994, p. 100).

Segundo Hart, vários podem ser os critérios incorporados pela regra de reconhecimento. Pode ser a referência a algum texto autorizado – uma Constituição, por exemplo –, ao cumprimento de determinado ato legislativo, como a promulgação, ou mesmo a referência a práticas costumeiras ou a decisões judiciais etc. Contudo, a regra de

⁸⁵ Tradução livre do trecho “[...] *the law is not only composed of rules that impose duties as well as confer powers, but founded on them as well.*”

conhecimento, diz Hart, em geral, não é expressamente formulada como norma pertencente ao ordenamento jurídico, “[...] mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam regras específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados”⁸⁶ (HART, 1994, p. 101).

Conectando o aspecto interno e a regra de conhecimento como regra social, temos que sua existência e seu conteúdo se derivam de uma postura crítico-reflexiva dos oficiais do sistema que, conscientes de seu aspecto interno, a aceitam como um padrão de comportamento a ser utilizado para validar outras normas. Desse modo, a validade do Direito em uma dada comunidade não depende apenas de sua eficácia social, mas também do comportamento que os oficiais do sistema assumem perante a regra de reconhecimento.

Isso não quer dizer, todavia, que a validade da regra de reconhecimento sempre dependerá de um aceite por parte dos oficiais, já que, uma vez em prática, a regra de reconhecimento, bem como as regras por ela validadas, vinculam independentemente das opiniões de seus destinatários e daqueles responsáveis por aplicá-las (TORRANO, 2019, p. 78). Até mesmo por isso, lembra Raz que a aceitação e aplicação da regra de reconhecimento por parte dos oficiais do sistema não precisam estar fundadas em considerações morais. O que se faz necessário é que a regra de reconhecimento e as regras por ela validadas sejam observadas, pelo motivo que for (RAZ, 1999, 146).

Ainda sobre a relação entre as autoridades do sistema e a regra de reconhecimento, afirma Kramer que não necessariamente existe uma regra de reconhecimento unívoca e reconhecida da mesma forma por todos os oficiais do sistema. Em verdade, é comum que existam divergências sobre quais são os critérios de validade que estão presentes na regra. Ocorre que, para que essas divergências não coloquem em xeque a própria noção de regra de reconhecimento, as divergências, quando existentes, devem recair sobre os critérios que se encontram na regra, e não sobre ela própria (KRAMER, 2019, p. 16).

Importante destacar que além de ser a norma última do sistema, visto sua existência não depender de nenhuma outra regra social ou jurídica, dentre os critérios que compõem a

⁸⁶ Tradução do trecho “[...] *but its existence is shown in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers.*”

regra de reconhecimento existe um que é superior aos demais. E ele é assim considerado em razão de as regras primárias identificadas por meio dele serem válidas ainda que conflitem com regras que foram identificadas a partir da referência a um outro critério – em um conflito como esse, as últimas deixam de ser consideradas válidas. Hart dá o seguinte exemplo: no Reino Unido, o critério supremo presente na regra de reconhecimento é a promulgação da lei pelo Parlamento, visto que se trata de um poder legislativo não sujeito a limitações constitucionais. Assim, eventual conflito entre uma lei promulgada pelo Parlamento e um costume geral ou um precedente do *common law*, prevalece a lei, em razão de seu caráter jurídico ter sido atribuído pelo critério máximo presente na regra de conhecimento que vigora em terras inglesas (HART, 1994, p. 106).

5.5 DIREITO E MORAL NA TEORIA DE HART

Vimos, então, que a regra de reconhecimento ocupa um papel de destaque na teoria de Hart, uma vez que é ela que garante não só a validade, como a própria existência de um sistema jurídico. E faz isso ao validar todas as demais regras do sistema e ao ser ela própria aceita como padrão obrigatório de comportamento pelos cidadãos e, principalmente, pelas autoridades. Disso se segue que a aprovação moral por parte dos cidadãos e dos oficiais não é condição necessária para se afirmar a existência e a validade de um sistema jurídico e a validade de suas regras. Satisfeitas, pois, as duas grandes teses do positivismo jurídico: a) a tese da fonte social, representada pela afirmação de que a validade de uma norma jurídica deriva de um fato social, qual seja, a regra de conhecimento, e não de seu conteúdo; b) e a tese da separação entre Direito e moral, segundo a qual a validade de uma norma não depende necessariamente da sua correção moral.

Explorando melhor a relação entre o Direito e a moralidade, Hart afirma que é verdade que em diversos momentos o Direito é influenciado pela moral, da mesma forma que é verdade que muitas leis satisfazem critérios morais básicos. Dessas duas afirmações, porém, não se pode retirar uma terceira no sentido de que a correção moral de uma norma jurídica é condição necessária para a sua validade (HART, 1994, p. 185).

Levando tal questão ao extremo, diz Hart que é plenamente possível atribuir a um sistema moralmente perverso e iníquo o caráter de juridicidade (HART, 1994, p. 117) – o que não significa que os indivíduos a ele submetidos tenham a obrigação de obedecê-lo (HART, 1958, p. 620). Hart, em suma, assim como Austin, rejeita a noção de que a validade de um sistema jurídico depende da correção moral das suas normas. E ele defende essa autonomia do Direito em relação à moral por basicamente duas razões (WALUCHOW, 2007, p. 99-118). Em primeiro lugar, porque uma definição de Direito que dependa de critérios morais nos obrigaria a retirar o caráter jurídico de certas regras que exibem todas as características do Direito, mas são, de alguma forma, moralmente reprováveis. Por sua vez, essa exclusão levaria essas regras a serem objeto de estudo de outra disciplina, o que não geraria nada além de confusão (HART, 1994, p. 209-210).

Em segundo lugar, temos uma justificativa aparentemente paradoxal. Segundo Hart, é melhor que o conceito de Direito seja autônomo da moralidade, já que é historicamente verificável que homens maus criarão leis más, que serão por outros aplicadas. E, como o abuso de poder é inevitável, é preferível que os cidadãos tenham sempre em mente a possibilidade de existirem leis injustas,⁸⁷ do que internalizarem, a partir de uma postura jusnaturalista, a ideia de que é impossível uma lei ser moralmente iníqua. Isso porque, no primeiro caso, independentemente do grau de autoridade do soberano, suas criações legislativas sempre serão submetidas ao escrutínio moral dos indivíduos, o que pode não ocorrer entre os que partem do pressuposto de que nada de imoral pode existir em um sistema jurídico – eles ficarão cegos para a imoralidade (HART, 1994, p. 210-211). Então,

Por mais paradoxal que alguns possam achar, essa razão oferecida por Hart para insistir na separação conceitual entre o “direito” e a “moralidade” era uma razão moral. Hart era um positivista porque era também um crítico moral. Seu objetivo não era emitir um mandado de obediência aos senhores do Estado. Era garantir a possibilidade de os cidadãos realizarem uma crítica moral implacável aos usos e abusos do poder do Estado⁸⁸ (MACCORMICK, 2008, p. 197).

⁸⁷ Segundo John M. Kelly (2010, p. 545), uma das principais preocupações de Hart foi contradizer a noção jusnaturalista que uma lei injusta não é uma lei em absoluto. Para o autor inglês, nada nos impede de reconhecer uma lei injusta como Direito e “[...] ao mesmo tempo condená-la como ruim, buscando sua revogação, recusando-nos a obedecer a ela e resistindo aos que a aprovaram”.

⁸⁸ Tradução do trecho “Paradoxical as some may find it, this reason offered by Hart for insisting on the

Hart também sustenta que a negação em absoluto da validade jurídica de normas moralmente perversas pode vir a simplificar sobremaneira a complexa variedade de problemas morais aos quais tais normas dão origem. De um lado, defender a ideia de que uma coisa é o que o Direito é e outra é o que ele deveria ser cumpre um papel de precaução, já que, caso os indivíduos confundam invalidade com imoralidade, eles podem, deixando de considerar os riscos envolvidos em tal postura, partir do pressuposto de que as leis moralmente iníquas não devem ser obedecidas em nenhum caso. E, para além desse perigo de anarquia, pensando sob o ponto de vista da “[...] pessoa que é chamada a *obedecer* às normas perversas, podemos considerar indiferente se ela pensa, ou não, estar diante de uma regra válida, desde que perceba a iniquidade moral da norma e faça o que a moral exige”⁸⁹ (HART, 1994, p. 211).

Dizendo de outro modo, entende Hart que é melhor que existam critérios claros identificadores das normas jurídicas até mesmo para que seja possível que leis ditas injustas sejam objeto de crítica. Sem critérios claros que permitam identificar exatamente aquilo que merece ser criticado, é possível que determinada defesa moral da lei se confunda com o próprio conteúdo da lei, situação em que se torna difícil, para não dizer impossível, afirmar se determinada lei é ou não moralmente justificável, ou se causa ou não efeitos imorais. “Não ganharíamos nada”, diz ele, “permitindo que nossa repugnância moral subverta a nossa percepção analítica; cada uma das duas partes pode cumprir seu papel em sua própria esfera” (KELLY, 2010, p. 545-546).

A tese da separação cumpre, em Hart, a função de instigar nos cidadãos uma atitude crítica constante em relação ao Direito. Nos dizeres de Neil Maccormick, uma das principais razões para se insistir na separabilidade entre o Direito e a moralidade é uma razão moral, consistente na afirmação de que “[...] toda ordem do direito positivo ou da

conceptual separateness of 'law' and 'morality' was a moral reason. Hart was a positivist because he was also a critical moralist. His aim was not to issue a warrant for obedience to the masters of the state. It was to reinforce the citizen's warrant for unrelenting moral criticism of the uses and abuses of state power.”

⁸⁹ *“person who is called upon to obey evil rules, we may regard it as a matter of indifference whether or not he thinks that he is faced with a valid. rule of 'law' so long as he sees its moral iniquity and does what morality requires.”*

moral positiva deve estar sujeita ao julgamento crítico de uma moral esclarecida que almeja tornar racionalmente coerentes e explícitos os valores e princípios inerentes aos padrões morais como tais”⁹⁰ (MACCORMICK, 2008, p. 200).

Contudo, ao contrário do que possa parecer, não há que se falar em um paradoxo ou em uma contradição nessa linha de argumentação, já que, para o positivismo, a tese da separabilidade se refere apenas ao nível da validade das normas jurídicas, não abarcando seu conteúdo ou sua aplicação. Complementando essa explicação, lembra Matthew Kramer que apesar de sustentarem uma separação conceitual entre o Direito e a moral, jamais um positivista convicto afirmou que o Direito é um fenômeno necessariamente não-moral (KRAMER, 2018, p. 156).

Sobre essa questão, diz Carlos Santiago Nino que a tese social subscrita por Hart é uma tese meramente conceitual, não implicando qualquer postura valorativa “[...] sobre como devem ser as normas jurídicas e qual é a atitude a ser adotada diante delas”. E, por isso, a teoria *hartiana* é compatível com a afirmação de que existem normas e sistemas que, apesar de jurídicos, não devem ser aplicados e seguidos por serem moralmente iníquos (NINO, 2010, p. 43).

Um positivista que segue essa linha de pensamento pode dizer, sem se contradizer, como faz Hart e até mesmo Raz, que “[...] em determinados casos os juízes são moralmente obrigados a desconhecer certas normas jurídicas [...]” (NINO, 2010, p. 43). Tanto é verdade que, refletindo sobre a existência de sistemas jurídicos perversos, diz Hart que o melhor que os indivíduos têm a fazer diante da institucionalização do abuso de poder e da barbárie é manter em mente a noção de que a qualificação de algo como juridicamente válido não significa a afirmação da existência de um dever moral de obediência. Independentemente da autoridade que possui o sistema jurídico e seus oficiais, todas suas exigências devem ser submetidas a um escrutínio moral (HART, 1994, p. 210).

⁹⁰ Tradução do trecho “[...] *every order of positive law or positive morality ought always to be subjected to the critical judgment of an enlightened morality which seeks to make rationally coherent and explicit the values and principles inherent in moralities as such.*”

6. CONCLUSÃO

Com base no exposto, possível notar que os fundamentos iniciais da teoria que posteriormente viria a ser chamada de positivismo jurídico se encontra nos escritos de Thomas Hobbes, autor que, se desvinculando da tradição naturalista da época, afirmava que não é a razão ou qualquer outro elemento moral que cria e justifica o Direito, mas a autoridade do soberano. Essa noção passa por refinamentos e aprimoramentos nas mãos de Jeremy Bentham, cujo traço distintivo foi a tentativa de codificação do direito inglês com base no princípio da utilidade em sede de uma *ensorial jurisprudence*, e John Austin, considerado o pai da escola jurídica dominante em terras britânicas: o positivismo jurídico descritivo, e atinge seu auge na obra de H. L. A. Hart, que não só deu seguimento ao projeto metodológico de Austin como também fez consideráveis avanços na defesa de uma proposta positivista de conceber o Direito, com destaque para as noções de regra de reconhecimento e separação entre Direito e Moral, que ainda hoje se encontram no centro do debate de praticamente toda discussão envolvendo a Teoria e a Filosofia do Direito.

7. REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence: the philosophy of positive law**, vol. I. Edited by Robert Campbell. 4.ed. London: John Murray, 1873.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. New York: Cambridge University Press, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Of laws in general**. Edited by H. L. A. Hart. London: The Athlone Press, 1970.

BENTHAM, Jeremy. **Um fragmento sobre el gobierno**. Traducción de Enrique Bocardo Crespo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

BIX, Brian H. **Diccionario de teoria jurídica**. Traducción de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

BIX, Brian H. **Teoria do direito: fundamentos e contextos**. Tradução de Gilberto Morbach. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the natural law tradition**. Translated by Daniela Gobetti. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. Tradução de Clausia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2 ed. With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, vol. 71, no. 4, 1958, pp. 593–629. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1338225>. Acesso em 27 dez. 2021.

HOBBS, Thomas. **De cive**. A critical edition by Howard Warrender. New York: Oxford University Press, 1983.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução, apresentação e notas de Raul Fiker. São Paulo: EDIPRO, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Edited with an introduction and notes by J. C. A. Gaskin. New York: Oxford University Press, 1996.

KELLY, John Maurice. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KRAMER, Matthew. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018.

KRAMER, Matthew H. **The Legal Positivism of H.L.A. Hart**. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper n°. 11/2019. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3347611>. Acesso em 27 dez. 2021.

LOBBAN, Michael. **A history of the philosophy of law in the common law world, 1600-1900**. London: Springer, 2007.

LOBBAN, Michael. John Austin. In.: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. (Ed.) **The Cambridge companion to legal positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

LOBBAN, Michael. Thomas Hobbes and the common law. In.: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas. **Hobbes and the law**. New York: Cambridge University Press, 2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. California: Stanford University Press, 2008.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Chicago: University of Chicago Press, 1906, p. 09-10.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. rev., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSTEMA, Gerald J. **Legal philosophy in the twentieth century: the common law world**. New York: Springer, 2011.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2019.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 1999.

SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCOTT, Shapiro. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. 2^a. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Traducción de Marcela S. Gil y Romina Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

Data da submissão: 09/01/2024

Data da primeira avaliação: 11/01/2024

Data da segunda avaliação: 12/01/2024

Data da aprovação: 20/06/2024

**O DEVER FUNDAMENTAL DO COMBATE AOS DISCURSOS SEXISTAS
EM TEMPOS DE REDES SOCIAIS**

*THE FUNDAMENTAL DUTY OF FIGHTING SEXIST SPEECH IN TIMES OF SOCIAL
NETWORKS*

Daury César Fabríz⁹¹
Mariana Montenegro de Souza Lima⁹²³

RESUMO: O presente artigo visa discutir o dever fundamental do combate aos discursos sexistas em tempos de redes sociais e analisar o comportamento misógino dos particulares no âmbito virtual e de como isso configura em atos ilícitos em detrimento da garantia dos direitos fundamentais das mulheres. Para isso, o método utilizado será o hipotético-dedutivo, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica, com abordagens quantitativas e qualitativas. Esse trabalho objetiva demonstrar que as novas tecnologias, ao mesmo tempo em que apresentam grande potencial para a promoção da democracia e acessibilidade, trazem consigo um grande risco aos Direitos Fundamentais da população feminina. Sendo assim, observa-se na pesquisa o funcionamento e a motivação da perpetuação do sexismo nas mídias sociais e os seus sérios prejuízos constitucionais aos Direitos Fundamentais como um todo. Superado essas problemáticas, é necessário pensar numa correção mais efetiva para esses particulares, conforme já prevê a legislação, a fim de minimizar os malefícios dessa questão.

Palavras-chave: Constituição; dever particular; redes sociais; sexismo; violência.

ABSTRACT: This article aims to discuss the fundamental duty of combating sexist speeches in times of social networks and analyze the misogynistic behavior of individuals online and how this results in illicit acts to the detriment of guaranteeing women's fundamental rights. For this, the method used will be hypothetical-deductive, as well as the bibliographical research technique, with quantitative and qualitative approaches. This work aims to demonstrate that new technologies, while presenting great potential for promoting democracy

⁹¹ **1. Qualificação:** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Graduado em Direito pela Universidade de Vila Velha – UVV. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos – ABDH. Advogado; **2. e-mail:** daury@terra.com.br; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7280691457104972>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-3781-5890>; e **5. vinculação:** FDV (ES)

⁹² **1. Qualificação:** Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); **2. e-mail:** marianamontenegrolima@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3169407039434531>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-9843-7344>; e **5. vinculação:** FDV (ES)

and accessibility, bring with them a great risk to the Fundamental Rights of the female population. Therefore, the research observes the functioning and motivation of the perpetuation of sexism on social media and its serious constitutional damage to Fundamental Rights as a whole. Once these problems have been overcome, it is necessary to think about a more effective correction for these individuals, as the legislation already provides, in order to minimize the harm caused by this issue.

Key-words: Constitution; particular duty; social networks; sexism; violence.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do século XXI, a internet e suas redes sociais se tornaram o principal meio de interação para o homem moderno que, muito embora possa criticar, não discorda das simplificações geradas por essa ascensão tecnológica, sobretudo em questões morosas do cotidiano mercantil, por exemplo. Isso se ilustra quanto ao tradicionalismo da entrega de currículos impressos a diferentes empresas, bem como o deslocamento a um encontro proporcionado por um recrutador para com candidatos a uma entrevista de emprego, que antes imperava no cenário profissional e antecede aos modernismos trazidas com a popularização de recursos digitais e que hoje não são mais comuns. Além disso, por meio do uso da internet, se facilita o acesso às mais diversas notícias, do que acontece em tempo real, ou até mesmo para aproximar o contato com aqueles em lugares distantes. Outrossim, pode atribuir a cada cidadão a inserção direta a meios de elaboração do diploma constitucional, vez que fomenta o debate democrático por intermédio das redes sociais.

Contudo, se por um lado essa ferramenta se denota revolucionária no que se refere à facilitação democrática a seus usuários, os também tradicionais obstáculos que ainda permeiam a sociedade, e põe em risco os Direitos Fundamentais, não se extinguiram após a corrida tecnológica.

A ascensão do sexismo nas comunicações políticas digitais é objeto de pesquisa de extrema relevância para os estudos jurídicos em que as comunicações na sociedade contribuem para formar discursos normativos de potencial sexista. Diante disso, o presente estudo se preocupa em estudar os efeitos que novas tecnologias podem trazer aos Direitos e Garantias Fundamentais das mulheres, olhando para o lado negativo da internet e das redes de

comunicação social, que podem ser utilizados como meio de propagação de discursos de ódio de cunho sexistas.

Em síntese, o presente artigo questiona: quais as violações aos Direitos Fundamentais decorrentes da prática do discurso sexista nas redes sociais tendo em vista o constante compartilhamento global face à dependência virtual da sociedade contemporânea? E, tendo em vista os dispositivos legais contidos na legislação vigente sobre o assunto, qual a importância constitucional que pode ser aferida com o cumprimento do dever fundamental do combate ao discurso sexista nas redes sociais?

Por fim, o artigo desenvolve acerca das atitudes desses criminosos – desde o que se sabe de seu início até a sociedade atual, que é facilitado pela democratização dos aparatos tecnológicos atuais, em outras palavras, pela internet, todos devidamente garantidos a todos os cidadãos pela esfera Constitucional. Em termos de metodologia, o presente artigo tem estrutura exploratória, ademais, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com abordagem quantitativa e qualitativa e transdisciplinar e de pesquisa bibliográfica.

2. DA INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NO SÉCULO XXI

Para entender como ocorre a ascensão do sexismo com o uso das redes sociais é necessário verificar em que consiste a influência desse meio e como ele se apresenta. Para isso, a influência que as redes sociais ganharam ao longo do tempo será apreciada nesta seção.

A sociedade atual se volta ao consumo, à imagem e às mudanças atuais que, ainda que volitivamente e dificilmente acompanhadas, define-se ao gênero feminino com novas imposições pré-existentes no patriarcado, só que agora sob a esfera digital.

Feita essa consideração, a sociedade faz o que for preciso para não se desatualizar. A comunidade, no geral, não pretende estar atrás dos demais, fomentando, ainda que involuntariamente, certas concorrências e será na aparência que se encontra a razão de viver do sujeito moderno (SANT'ANNA, 2008, p. 88). Portanto, aplicando essa lógica à realidade das mulheres brasileiras, elas precisam se atentar, também, aos avanços da rede social,

devendo acompanhar o novo sistema e se moldar a este, caso queiram ser aceitas nas oportunidades, padrões sociais e facilidades que o meio virtual oferece e propaga.

No que se refere ao *Instagram*, por exemplo, tem se destacado entre todas as redes sociais. Foi criado em 2010 e em um ano tinha mais de 10 milhões de usuários. Em média, são 200 milhões de pessoas que acessam o *Instagram* sendo, assim, considerado um meio favorável para novas tendências (UCHÔA, 2020, s.p.). Face ao sucesso da plataforma e seu acesso intuitivo, sendo considerado na opinião popular uma das maiores fontes de interação da internet, a inteligência artificial dessa rede social permite que os anúncios e a indicação de perfis seja àquelas que se almejam pelo usuário e com essa nova plataforma, advém novos ramos, inclusive profissões, como o *digital influencer*, que se traduz como influenciador digital (PARIZOTTO, 2017, s.p.).

Além disso, o aditamento do uso excessivo das redes sociais, cujo qual já assentiu dimensões pertinentes, causa mais do que um recurso translato para o Direito. O evento que permeia o acesso à rede de computadores e à comunicação dos particulares e coletivos nas redes sociais oferece uma outra ótica para o Direito Constitucional. Desse modo, a facilidade de contribuição direta e democrática da população, com auxílio das redes sociais, colabora, seja para o empenho do poder constituinte originário, seja para o do poder constituinte derivado reformador, vez que permite ao cidadão se associar diretamente na apresentação de um inédito diploma constitucional, tratando-se, nada mais, de um aparato acessível à realização de uma Carta Magna. Exemplo disso se retratou no Marrocos, em meio às objeções da Primavera Árabe em 2011. Foi implementado pelo rei Mohammed VI a comissão para a feitura de novo texto constitucional por referendo popular. A fim de ascender a inserção coletiva na nova Constituição, foi criado um website em que os marroquinos monitoram a situação do trabalho, podendo levantar apontamentos, se assim quisessem, por intermédio do *Facebook* e do *Twitter* (AJOUZ, 2017, p. 624).

Como observado, a ascensão das redes sociais revela sua importância no cotidiano das civilizações, independentemente se no âmbito privado ou empresarial; por isso, análises sobre mídias, no geral, tornaram-se de caráter multidisciplinar (ZAUNER; KOLLER; FINK, 2012,

p. 682). Todavia, em relação aos benefícios que a acessibilidade e modernidade advindas do uso da internet proporcionam, no que se refere a essa influência das redes sociais no cotidiano social do comportamento de cada particular, também há seus malefícios. Existem obstáculos diferentes para homens e mulheres, dentre eles, o sexismo.

Streck, Giuliani Bernsts e De Carvalho Gomes (2021, p. 335) observam que:

Não resta dúvida que a tecnologia, como já referido, trouxe muitos avanços positivos ao cotidiano das pessoas. A pandemia, que ainda estamos vivenciando, serviu para intensificar essas transformações, de forma que não mais será possível retroceder ao estilo de vida alheio ao mundo virtual. Porém, ao mesmo tempo em que este avanço tecnológico pode ter trazido várias vantagens, inclusive ao Direito, preocupa a possibilidade de eles encobrirem posturas antidemocráticas que há muito vêm denunciando.

Sob a ótica supracitada, resta evidente salientar que ainda que as redes sociais ajam como aparatos de coerção popular no direito brasileiro a fim de exercer a democracia e livre manifestação sob a esfera digital em episódios de fomento ou dispensa aos alentos de reforma da Constituição por intermédio do *Twitter* (como por exemplo se valeu às questões noticiadas acerca da PEC 215/00, que incube ao Congresso Nacional a questão da demarcação de terras indígenas; da PEC 37/11, que detém providências investigatórias por parte do Ministério Público; e da PEC 171/93, reduzindo a maioria penal para 16 anos), é preciso se atentar à popularização disponível com o acesso das redes sociais, que no regime democrático tem se demonstrado com promessas não cumpridas.

Nesse óbice, preceitua o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948, que garante a todos os seres humanos o direito à informação:

Art. 19. Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ONU, 1948, art. 19).

Ainda, elenca a Lei nº 12.965/14 do Marco Civil da Internet no art. 4º, incisos I, II, III e IV, respectivamente, seus objetivos como sendo a promoção: “[...] do direito de acesso à internet a todos” (BRASIL, 2014, cap. I, art. 4º, inciso I); “[...] do acesso à informação,

ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos” (BRASIL, 2014, cap. I, art. 4º, inciso II); “[...] da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso” (BRASIL, 2014, cap. I, art. 4º, inciso III); “da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados [...]” (BRASIL, 2014, cap. I, art. 4º, inciso IV). Ademais, o art. 7º aduz acerca do exercício à cidadania aos usuários, bem como os direitos assegurados a esses: “[...] inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014, cap. II, art. 7º, inciso I); “[...] inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei” (BRASIL, 2014, cap. II, art. 7º, inciso II); “[...] inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (BRASIL, 2014, cap. II, art. 7º, inciso III).

Não obstante, o inciso I do art. 5º desse mesmo dispositivo dispõe:

I – internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes. (BRASIL, 2014, cap. I, art. 5º, inc. I).

Assim sendo, o pleno exercício de direitos e garantias fundamentais como a liberdade de expressão e a expressão artística, por exemplo, revelam-se mais eficazes com o uso da rede. O que se resta salientar, todavia, é o fato que a democracia não cumpriu a promessa do autogoverno e, tão pouco, cumpriu a promessa da igualdade (BOBBIO, 1997, s.p.). Com base nisso, salienta-se que, junto à ascensão das manifestações democráticas digitais, também se revela em alta o fomento de discursos excludentes e de ódio feitos na internet em detrimento às mulheres.

Para Pozzatti e Polli (2022, p. 64–65) o artigo 1º da LPDP discorre sobre a proteção de “direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade”. Desse modo, os autores salientam que o “livre desenvolvimento” se atrela intrinsecamente ao direito humano de autodeterminação, o qual deixa clara a necessidade de tutelar a navegação digital.

Muitas vezes conhecida como uma “terra sem lei”, o meio digital não é fiscalizado como, em teoria, o real. Contudo, revela-se preocupante essa ideia, uma vez que se a democracia já produz riscos em um ambiente com maior monitoramento como o real, no meio virtual o risco tende a ser maior. E é com base nesses fatores e nos demais elencados que a seção seguinte se concentra em estudar o surgimento e a ascensão do discurso sexista na sociedade atual.

3. DO SEXISMO

O sexismo é descrito por ímpetos reprováveis em prejuízo ao gênero feminino (COSTA, P. et al., 2015, p. 126), sendo analisado em discursos que se originam e perpetuam culturalmente e são proferidos por homens e mulheres. Todavia, urge salientar que, ainda que esses discursos de ódio também possam ser provenientes da parcela feminina, são consequências diretamente atreladas a uma comunidade regida por fundamentos patriarcais que pregam às mulheres conceitos que reforçam e sustentam os estereótipos de gênero aos tempos atuais, sendo o principal, a servidão ao sexo masculino (SILVA, 2010, 560).

Para Hannah Arendt (2009, s.p.):

“Os implementos da violência como todas as outras ferramentas, são planejados e usados com o propósito de multiplicar o vigor natural até que, em seu último estágio de desenvolvimento, possam substituí-lo”.

Desse modo, a violência de gênero se perpetua conforme as hierarquias de poder constituído a homens e que fazem uso dessa supremacia por intermédio da violência. Dentro dessa ótica, a estrutura patriarcal é o que fomenta a violência de gênero e legitimam a desigualdade e predominância masculina intrínsecas tanto em homens, quanto em mulheres (ARAÚJO, 2008, s.p.).

Outrossim, a violência se contrasta da ética porque encara seres racionais como se fossem meros objetos irrelevantes e irracionais, sendo a ética, no entanto, inseparável do

sujeito livre e racional. O contrário disso é tratar o ser humano como alguém sem razão, vontade, entre outros, ou seja, tratar como coisa (CHAUÍ, 2003. p. 42).

No que se refere ao ponto de vista histórico, o sexismo pode ser encontrado em todos os tempos. Isso se revela, por exemplo, ao se adentrar ao conteúdo que permeia o período da Pré-História. Ao longo das décadas, as pesquisas realizadas, seja pelos arqueólogos, seja pelos paleontólogos e seja pelos historiadores, limitaram essa era como a era dos “homens das cavernas”. Felizmente, tal cenário pôde se divergir, ainda que singelamente, após o aparecimento dos fósseis Lucy e Luzia, mulheres pré-históricas que romperam com a hegemonia masculina do período (SOUSA, s.d., s.p.).

Posteriormente, em 1486, o monge Heinrich Kraemer, com auxílio de James Sprenger, escreveu e publicou a obra “Malleus Maleficarum”, que do alemão para o português se traduz em “O martelo das bruxas”. Ao longo do livro, os autores demonstram os malefícios da bruxaria ao cristianismo e à humanidade, bem como a influência das mulheres nessa prática, uma vez que essas são descendentes de Eva, ou seja, a primordial pecadora, conforme rege a bíblia. Por isso, todas as mulheres estão atreladas, de alguma forma, às práticas de bruxaria e à luxúria, tal qual Eva se rendeu ao pecado carnal (CLACK, 1999, p. 83).

Além disso, no que se refere à Roma Antiga, o homem já direcionava o futuro da mulher desde o seu nascimento. O *Pater Familias* (homem que detinha o mais elevado *status* familiar) deveria levantar o recém-nascido, ato chamado de *fillium tollere* ou *susplicere*, para assim acatar o compromisso de assumi-lo. Ainda, aos 7 anos de idade as meninas romanas já poderiam ser noivas, devendo a mãe orientar acerca das questões domésticas, bem como garantir a castidade e servidão ao seu marido. Por fim, a forma jurídica regida era o *in manum*, ou seja, tudo o que era da mulher ficava sob posse do marido e, quando não fosse casada, ao pai (CARVALHO, 2020, s.p.).

Desse modo, pode-se dizer que a violência contra a mulher não é algo único e muito menos acontece de único modo; como lida com diferentes singularidades subjetivas

seus aspectos são diferentes, embora também tenha algumas características semelhantes culturalmente (ARAÚJO, 2008, s.p.).

Em suma, mesmo que se seja árdua a tarefa de traçar uma linha de início, tendo em vista que o sexismo é, frequentemente, considerado em seu todo um sistema (MOSCHKOVICH, 2014, s.p.). A violência pode ser entendida com base em fatores sociais, históricos, culturais e subjetivos, mas não se restringe a nenhum em específico (GUIMARÃES; PEDROZA, 2015, p. 259). No entanto, ainda assim, surgem formas de qualificar seu funcionamento. A Teoria do Sexismo Ambivalente (TSA) é uma dessas formas e se divide em duas esferas de sexismo: o hostil e o benevolente (GLICK; FISKE, 1996, p. 500). Esse primeiro (hostil), compreende-se como o modo mais evidente de intolerância contra a mulher. Quanto ao sexismo benevolente, configura-se em ações que entendem a mulher como um ser humano frágil e limitado (FERREIRA, 2004, p. 119).

Segundo a Teoria do Sexismo Ambivalente (TSA), três características devem ser elencadas e distinguidas, são elas: paternalismo, diferenciação de gênero e heterossexualidade. As diferenças de gênero incorporam um preceito de que homens são superiores às mulheres, reforçado por entendimentos culturais que afirmam essas narrativas, sendo a heterossexualidade uma forma de relacionamento, em sua maioria, que se respalda na satisfação da vontade masculina em detrimento da mulher. Esse é o modo hostil de vislumbrar a figura feminina: apenas como uma função sexual destinada à masculinidade (KILIANSKI; RUDMAN, 1998, p. 333).

Ditames populares sexistas são comuns no cotidiano o que, mais do que nunca, reforça a violência de gênero. A ideologia de gênero, por sua vez, é um grande motivo para segurar mulheres em relacionamentos tóxicos, em que muitas delas agem como se fosse natural a dominação e violência masculina (ARAÚJO, 2008, s.p.). Chauí (2003, s.p.) relata em sua obra o quanto a sociedade brasileira nega essa realidade, partindo de uma premissa de que não existe violência no país. Isso se revela, por exemplo, ao se analisar as estatísticas. O quinto país que mais evidencia feminicídio no mundo é o Brasil, sendo a maior taxa no Espírito Santo, com 11,24 por 100 mil mulheres, e depois na Bahia com 9,08

por 100 mil (MOTA, 2016, p. 4). Assim sendo, pode-se associar o estímulo a práticas tão machistas contidas no país evidenciadas em piadas e jargões do dia a dia (GREENWOOD; ISBELL, 2002, p. 345), ou até mesmo, em demonstrações de proteção e romantismos (BECKER; WRIGHT, 2011, s.p.), todas praticadas pelos mais diversos particulares.

Desse modo, prevê o inciso I do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]”. (BRASIL, 1988, cap. I, art. 5º, inc. I).

Assim sendo, o dispositivo acima evidencia a equidade de gênero. Esse conceito, juntamente à solidariedade (BRASIL, 1988, art. 3º, inc. I), são indissociáveis, afinal, a solidariedade não é uma escolha, mas um dever de autopreservação de toda uma sociedade (CHAI, p. 9, 2022). Ainda, na carência de resultados conclusivos e diante da inaplicabilidade textual ao mundo real, necessita-se da hermenêutica a fim de melhor interpretar o texto constitucional. No dispositivo supra, denota-se a democracia brasileira e legitimidade do processo político ao se equiparar, legalmente, as vontades e condições dos cidadãos do país, independentemente do sexo, mesmo com os preceitos históricos, já evidenciados ao longo da presente seção. O que não é o suficiente. Embora muito se avançou na Constituição de 1988 para se chegar ao saudoso art. 5º, inciso I, o preconceito ainda é um costume inerente à cultura brasileira (MACIEL, 1997, p. 3–9).

Não obstante, ainda que o art. 5º, inciso I, estabelece em seu dispositivo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, a realidade praticada por cada brasileiro é outra. O sexismo, antes de mais nada, considera mulheres como seres avulsos de emoção e psicológico. Desse modo, a vida feminina é fetichizada como “coisa”, e, somente com as particularidades femininas sendo retiradas, a vida do masculino é supervalorizada (em face à vida feminina). Sob essa mesma ótica, o feminino se limita a atribuições domésticas, sexuais, entre outros. Ou seja, a violência contra as mulheres se reforça face a essa objetificação perpetuante.

Sobre a violência contra a mulher, expressa a Declaração das Nações Unidas sobre a Erradicação da Violência Contra as Mulheres, adotada pela Assembleia Geral da ONU (1993, s.p.):

“Qualquer ato de violência apoiado no gênero que possa produzir danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais na mulher incluindo as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade tanto na vida pública como na privada”.

A violência, portanto, independe da relação entre a vítima e o agressor, bastando o ânimo da violência se suceder unicamente pelo fato de a vítima ser mulher, decorre nas mais diversas esferas, seja no trabalho, seja no lazer, seja no privado, seja no público (GARCÍA-MORENO, 2020, p. 7). Outrossim, a sociedade não se dá conta de que a violência se perpetua porque a estrutura brasileira, por si só, já é um berço afetivo da produção da violência (CHAUÍ, 2003, p. 52).

Existem violências que são admitidas, bem como violências que são condenadas, a violência existe desde que o ser humano surgiu e, por isso, a mesma apresenta diferentes estruturas, cada vez mais complexas e articuladas (CASIQUE; FUREGATO, 2006, p. 952). De acordo com Djamila Ribeiro, pesquisadora da Unifesp, existe uma pacificação que se permeia em torno da violência de gêneros. O pouco estudo e de profissionais preparados para o assunto é evidente. (MOTA, 2016, p. 4). Neste contexto, constata-se que a objetificação é inerente a essa cultura machista perpetuante em cada civil, com ideais, por exemplo, de que o corpo feminino é um bem próprio para sua satisfação, bem como a ideia de que são justificáveis as condutas pertinentes às agressões, físicas, psicológicas e/ou demais, consequentes da ideia de que a mulher é um ser pertencente a alguma figura masculina dominadora.

Por fim, para ver as características gerais do problema, é necessário investigar não somente suas origens políticas e resultados jurídicos, mas também de permanecer exercendo o dever fundamental do combate ao sexismo e compreendê-lo como um malefício histórico na vida das mulheres.

Marco Antônio Preis (2020, p. 229) em seu artigo “Teoria dos deveres fundamentais: contributos para a conscientização dos direitos e deveres básicos do cidadão” preceitua:

O estudo dos deveres fundamentais exige a concentração de esforços voltados à sistematização de suas especificidades, e não como uma teoria construída sob a lógica do espelho, como contraface à teoria dos direitos fundamentais, pois o desenvolvimento dos deveres não acompanhou, como visto, o processo histórico de construção dos direitos em perfeita simetria.

Nas palavras de Cunha e Lima (2020, s.p.) os direitos fundamentais surgem entre guerras e sacrifícios da história humana. Desse modo, não só pelas questões históricas o sexismo deve ser compreendido, mas como culturalmente ele se manifesta. Exemplo disso é quando meninas desde novas são orientadas a brincar com atividades domésticas do que se interessar por ciências. Portanto, deve haver um interesse de se discutir com cada cidadão sobre a equidade de gênero para no futuro se garantir um ambiente melhor às mulheres.

Discute-se, assim, à luz dos ensinamentos da Constituição de 1988 o art. 3º, inciso IV, o art. 7º, inciso XX e o art. 226, §5º, dispõem, respectivamente: “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...]” (BRASIL, 1988, art. 3º, inc. IV); “[...] proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei [...]” (BRASIL, 1988, cap. II, art. 7º, inc. XX) e “[...] os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher [...]” (BRASIL, 1988, cap. VIII, art. 226, §2º).

Conforme exposto, como se não bastasse a regra de que todos são iguais perante a lei, consagrado no *caput* do art. 5º (BRASIL, 1988), já evidenciado nesta seção, a Constituição de 1988 também se ateve em prever no inciso IV do art. 3º o zelo pelo bem de todos, sem distinções de gêneros, raça, cor, entre outros; art. 7º, bem como o art. 226, §5º, supracitado acerca da proteção às mulheres no mercado de trabalho e à equidade de direitos e deveres na relação conjugal para homens e mulheres, respectivamente.

Ainda, Malheiros da Cunha Frota, Brandão Aguirre e Muriack de Fernandes e Peixoto (2020, p. 583) trazem consigo:

Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental, do qual “os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”. Tal princípio tem por função (a que serve e a quem serve) servir de “substrato normativo e axiológico para todos os demais direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade.

Face a isso, os direitos da personalidade também devem ser aplicados à parcela feminina que, como observado, ao longo da história e da formação sociológica sofrem com o machismo e suas consequências. Ainda que seja um dilema lidar com a realidade desse mal no cotidiano real, com o advento e influência das redes sociais, por sua vez, a mulher passou a sofrer violência de seus direitos da personalidade em dois cenários diferentes. Por isso, deve-se também zelar pelo bem estar e pela aplicação legislativa na esfera virtual.

O preconceito e os meios evidentes de discriminação diminuíram à medida que se alterou a sociedade e a legislação vigente em relação à violência contra a mulher em alguns países (CAMINO, L. et al., 2001, p. 13). Todavia, os preconceitos dos particulares continuam os mesmos e, com a era da tecnologia, o que muda agora são os *pixels*.

Em síntese, cabe notar que atualmente as manifestações do sexismo, ainda que atreladas a suas formas originais, assumem configurações menos evidentes, que podem ser demonstradas em espaços como as redes sociais digitais. Esse novo cenário, por fim, tem se revelado um meio mais árduo de detectar esses infelizes infratores.

4. DO SEXISMO NAS REDES SOCIAIS

Por intermédio do ódio desenfreado, das incitações ao abuso sexual de mulheres, do compartilhamento de nudez e das intolerâncias mascaradas em forma de piada, o sexismo ganhou destaque na *Web 2.0*. Com o avanço cibernético, o usuário, muitas das vezes de má-fé, simula confundir e (até mesmo) ultrapassa a linha tênue entre a liberdade de expressão e a misoginia – aversão expressa ao gênero feminino e tudo o que sucede a ele.

Tendo isso em vista, a liberdade de expressão não deve ter seus ditames banalizados, a dignidade é uma garantia fundamental que deve ser preservada em prol do bem comum e nunca degradada ou se confundir com o desrespeito da pessoa humana.

Ainda que a liberdade de expressão seja benéfica à toda comunidade em razão de permitir a participação dos cidadãos na tomada de decisões – coletivas ou particulares, evidencia-se no Brasil um contraste quanto ao que essa liberdade deveria de fato se valer, que manipula veículos informativos, que incrimina pessoas e, no que se refere à parcela feminina e o fomento ao discurso sexista em tempos de redes sociais, que também estimula a nudez e a sensualidade precoce, por exemplo (AMATO, 2009, s.p.).

As redes sociais se demonstram o principal veículo de liberdade de expressão, porém também é primordial para a banalização de seu conceito. De acordo com pesquisas do site Comunica que Muda, em 2016, ocorreram 79.848 menções de cunho machista nas redes sociais *Instagram* e *Twitter*, em termos de porcentagem, 88% das menções online são misóginas. Com base nesse dado, a ascensão da violência contra a mulher na sociedade tem facilitado a veiculação de conteúdos misóginos, que propiciam a cada dia o fortalecimento do sexismo nas redes sociais.

Assim sendo, a internet pode parecer um cenário em que se impera a impunidade e, devido a isso, alguns navegantes fazem mal uso desse aparato ao disseminar discriminação sexista. Por exemplo, é na rede mundial de computadores que se perpetua o alto compartilhamento de pornografia feminina por vingança, o estímulo ao estupro, o compartilhamento de fotos íntimas sem o consentimento da mulher, ou até mesmo, o *cyberstalking*, que é utilizado para perseguição e ameaças de morte.

No que se refere aos índices de sexismo digital, o mesmo foi 260 vezes maior nos últimos três anos. Ou seja, mesmo que o assunto não seja novidade, as interrupções para esse mal não têm sido suficientes. (O GLOBO, 2018, s.p.). Outrossim, segundo o jornal *New York Times*, cerca de 40% das usuárias adultas das redes sociais já sofreram assédio sexual e 25% das jovens entre 18 e 24 anos. No Brasil, o processo de denúncia desses casos é longo, uma vez que há necessidade de abrir um boletim de ocorrência na delegacia e um processo contra o agressor, porém muitos casos não são levados até um fim por falta de informações sobre o agressor. (O GLOBO, 2014, s.p.).

Apesar do expressivo número de sexismo no âmbito digital, as redes sociais também podem ser evidenciadas como um meio de suporte a essas vítimas. Exemplo disso são os apontamentos da pesquisa “A voz das redes: o que elas podem fazer pelo enfrentamento das violências contra as mulheres”, do Instituto Avon Locomotiva (2016). A pesquisa demonstrou o crescimento de 176% desses grupos de ódio, sendo 96% dos criminosos homens, quatro em cada cinco são brancos, e 86% são jovens (18 a 34 anos), sendo mais da metade pertencente economicamente à classe média alta. (VARELLA, 2018, s.p.).

Embora a ideia de uma rede de apoio virtual aumentar as chances de se revitimizar as vítimas da prática de sexismo virtual são ainda maiores – vez que no processo vitimizatórios a primeira vitimização vem em decorrência da falha do Estado perante a promessa de segurança não cumprida, a segunda decorrente de fatores do sistema e, por fim, a terceira decorrente do comportamento social negativo em face da vítima – atualmente, o dever fundamental do combate ao discurso sexistas nas redes sociais necessita de implementações viáveis como o artifício das redes sociais que são de fácil informação e serviram como possibilidade de se alcançar tal garantia fundamental que ainda permanece contraditória no que tange à disposição dos artigos acerca da liberdade de expressão e do respeito privado.

Desse modo, elenca, respectivamente, os incisos IV, IX, X e XIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato [...]” (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. IV); “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. IX); “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]” (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. X) e “[...] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional [...]” (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. XIV).

Conforme o art. 220, §1º (BRASIL, 1988):

“Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. (BRASIL, 1988, cap. V, art. 220, §1º).

Em consonância a isso, discorre o §2º “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística [...]” (BRASIL, 1988, cap. V., art. 220, §2º).

Com base nisso, embora os incisos IV e XIV do art. 5º em conjunto com os dispositivos §§1º e 2º elencados no art. 220, ambos consagrados na Carta Magna de 1988, garantam a livre manifestação do pensamento e vedem a censura, o inciso X do art. 5º é expresso quanto ao seguimento de regras e normas legislativas em prol da vida, honra e imagem dos indivíduos, de modo que a liberdade é válida, desde que de modo respeitosa. Contudo, esse não é bem o comportamento adotado.

Ainda que seja notória a semelhança entre os crimes contra a honra praticados por usuários da internet e os criminosos da vida real, a possibilidade de anonimato nas redes sociais e a reclusão atrás da tela do computador facilita a dispersão dos discursos de ódio e a alavanca quando comparado à realidade. Sob essa mesma ótica, Abikair e Fabríz (2014, p. 14) sustentam que a Constituição Federal de 1988 vai de encontro a preceitos liberais e individualistas. Isso se revela presente uma vez que defendem uma ordem jurídica que promove o bem estar coletivo e comunitário. Assim dispõem os incisos I e III do art. 2º da Lei Federal nº 12.965 de 2014, estabelece que o uso da internet no Brasil deve estar em conformidade com o respeito à liberdade de expressão sem, no entanto, que essa liberdade seja absoluta, uma vez que também se prevê outros ideais. Sendo assim: “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais [...]” (BRASIL, 2014, cap. I, art. 2º, inc. I) e “[...] a pluralidade e a diversidade [...]” (BRASIL, 2014, cap. I, art. 2º, inc. III).

Nessa esteira de pensamento, o Supremo Tribunal Federal deliberou no HC nº 82424 acerca do balanço entre os direitos e garantias fundamentais. No dispositivo, firmou-se o limite, previsto na própria Constituição, da prática de atos ilícitos conflituosos aos direitos fundamentais respaldados sob a narrativa do exercício da liberdade de expressão.

Além disso, não somente de discursos excludentes e pejorativos voltados contra as mulheres a internet tem se alimentado. O consumo inadequado de nudez feminina também colabora para o tratamento de mulheres como indivíduos irracionais e inertes à subjetividade do mundo, o que imprime uma negação da mulher ser alguém dignamente semelhante ao homem no que se toca a seus direitos e garantias fundamentais afirmados no art. 5º, inciso I (BRASIL, 1988), já mencionado. Assim sendo, o compartilhamento de corpos femininos é reflexo do domínio patriarcal que homens exercem sobre mulheres, fruto da naturalização do sexismo.

Neste mesmo contexto, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 7 de agosto 2006) preceitua em seu art. 3º, inciso I e art. 5º, inciso III, respectivamente: “[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]” (BRASIL, 2006, cap. I, art. 3º, inciso I) e “[...] em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação [...]” (BRASIL, 2006, cap. I, art. 5º, inciso III). Em consonância a isso, dispõe o art. 7º, no inciso II:

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (BRASIL, 2006, cap. II, art. 7º, inc. II).

Com base nisso, é sabido que o texto do art. 5º, inciso III, detalha a respeito de não se precisar da coabitação do agressor junto à vítima. Desse modo, se faz muito comum sujeitos que não aceitam o término e perseguem a vítima, expõem-na em suas intimidades nas plataformas digitais, fruto cultural do sexismo ainda presente contemporaneamente que qualifica mulheres como “galinha”, “puta”, “piranha”, “vagabunda”, etc.

No que se refere ao direito material fica explícito o cabimento da aplicação da Lei Maria da Penha à violência sofrida na esfera digital. Isso se evidencia ao se ler o inciso II

do, art. 7º, do dispositivo acima exposto, que configura em violência psicológica quando causar qualquer dos malefícios supra definidos. Prevê o art. 22, §1º, da lei comentada:

§1º – As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (BRASIL, 2006, cap. II, seção II, art. 22, §1º).

Pois bem, em momento nenhum o dispositivo elencado acima dispõe em seu rol medidas protetivas para casos de agressão no cenário virtual. Todavia, o §1º discorre acerca do magistrado ter a possibilidade, utilizando-se de artifícios hermenêuticos interpretativos, de se fazer valer de demais expedientes e imediatamente determinar que o administrador responsável pela hospedagem do conteúdo não permitido que exclua a postagem. Ainda, o compartilhamento de conteúdos incômodos caracteriza em ato ilícito civil. Como exemplo, cite-se o art. 21 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, também conhecida como CC/2002:

“Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. (BRASIL, 2002, cap. II, art. 21).

Por todo o exposto, a Lei Maria da Penha também deve ser cabível para a aplicação do dever fundamental do combate ao discurso sexista nas redes sociais. A violação da intimidade alheia, sem autorização, não deve ser permitida pois, independente do intuito ser o de humilhar ou fetichizar a mulher, o patamar feminino como indivíduo indigno de respeito não deve ser tolerado.

A Lei nº 11.340/06 permite ao Poder Judiciário interferir em qualquer ato violento contra a mulher. Com o advento da internet, o mal praticado contra a parcela feminina é o mesmo que o existente no mundo real; todavia o cenário se inova.

E no que se refere a honra do particular, defendê-la de cenários cruéis que as redes sociais podem estabelecer, é primordial para garantir a integridade dos indivíduos. Dispõe o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal Brasileiro, nos arts. 138, 139 e 140, os respectivos preceitos: “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato

definido como crime: pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa” (BRASIL, 1940, cap. V, art. 138); “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: pena – detenção, de três meses a um ano, e multa” (BRASIL, 1940, cap. V, art. 139); “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: pena – detenção, de um a seis meses, ou multa” (BRASIL, 1940, cap. V, art. 140).

Ainda, o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) também considera a relevância de zelar a honra das pessoas, conforme seu art. 11, incs. 1 e 2, respectivamente: “toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade [...]” (BRASIL, 1992, art. 11, inc. 1) e quanto ao inciso 2, prevê:

“2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. (BRASIL, 1992, art. 11, inc. 2).

Ainda, destaca-se também o inciso 3: “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” (BRASIL, 1992, art. 11, inc. 3).

Desse modo, de forma conjunta ao Pacto de São José da Costa Rica e às autoridades de combate à violência contra a mulher, provedores particulares como instituições, e voluntários engajados no combate aos discursos sexistas nas redes sociais objetivam superar a banalização que ainda fomenta tais violências. Contudo, um dos maiores desafios ainda se demonstra na inserção do homem acerca do tema que, na maioria dos casos, aparece como *hater*, principal proferidor dos ataques sexistas nas redes sociais e que, até mesmo, ridiculariza relatos de vítimas de importunação sexual, demonstrando-se notório os impasses de se prevalecer o exercício da empatia sob essa ótica (VARELLA, 2018, s.p.).

Sublinha-se, contudo, que a estrutura patriarcal da violência de gênero, em outras palavras, do sexismo, perpetua-se com justificativas desprovidas e ilegítimas, uma vez que interferem diretamente nos direitos fundamentais da parcela feminina, seja em tempos de realidade, seja em tempos de redes sociais.

5. CONCLUSÃO

A partir da análise preliminar do tema, é possível notar a necessidade de recursos protetivos à mulher nas redes online, visto que o ambiente virtual não está desvinculado da cultura do machismo na “vida real” praticado por cada cidadão. É importante ressaltar que, na rede, as informações atingem proporções maiores pelo grande público e rapidez em que a informação se espalha.

Para combater o agressor, um dos requisitos necessários é conhecê-lo, e esse é um dos obstáculos de combater a violência online, já que a falta de dados oficiais repercute nas poucas políticas públicas e na falta de experiência por conta da recente aprovação da lei que protege mulheres vítimas da violência online. Os discursos de ódio não são os únicos tipos de violência nas redes, o vazamento de imagens íntimas, o *cyberbullying* e a perseguição também se enquadram nesse quesito. A conscientização é de suma importância para que não sejam banalizadas as violências fora do “mundo real”.

Superado isso, resta aceitar e lidar melhor com o que a sociedade mudou, e com ela nossa forma de trabalharmos e como nos relacionamos com os demais. Ainda que o machismo estrutural tenha surgido em tempos primários do que se entende por sociedade, o advento da tecnologia, que é inegável a influência da ascensão democrática, não freou os discursos sexistas, que permanecem em ascensão e colocam em risco o estado democrático. Afinal, muda-se o meio, mas não os praticantes.

Juridicamente, o combate ao sexismo pode ser realizado através da aplicação de leis e regulamentações que protejam os direitos das mulheres e promovam a igualdade de gênero. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e a Lei Maria da Penha são exemplos de legislações que têm como objetivo proteger as mulheres e combater a violência de gênero. No contexto das redes sociais, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) estabelece diretrizes para a proteção da liberdade de expressão e da privacidade na internet, mas também prevê a responsabilidade civil e criminal dos provedores de serviços de internet em relação a conteúdos ilegais, como aqueles que propagam discurso de ódio ou violência de gênero.

Além disso, o Código Penal brasileiro prevê a tipificação de crimes como injúria, difamação e ameaça, que podem ser cometidos através das redes sociais. Todavia, a aplicação dessas leis no contexto das redes sociais pode apresentar desafios jurídicos, já que as plataformas digitais muitas vezes ultrapassam fronteiras nacionais e apresentam questões complexas em relação à responsabilidade dos provedores de serviços. Por isso, é importante que haja uma cooperação internacional entre governos e empresas para combater o sexismo e outras formas de discriminação nas redes sociais.

Em resumo, o dever fundamental do combate ao sexismo nas redes sociais pode ser realizado através da aplicação de leis e regulamentações que protegem os direitos das mulheres e promovam a igualdade de gênero. Contudo, a aplicação dessas leis pode apresentar desafios jurídicos que exigem uma cooperação internacional e a adoção de medidas mais amplas de conscientização e educação sobre o tema.

Face a isso, deve-se pensar em soluções para se combater os discursos sexistas nas redes sociais uma vez que, ainda que não se limite a liberdade de expressão, privacidade e intimidade na internet, o dever fundamental do zelo aos direitos e garantias fundamentais, que são as bases centrais de uma sociedade, deve ser mantido e exercido individualmente para se prezar pelo respeito à pluralidade.

Assim sendo, é necessário se ater às peculiaridades da teoria dos deveres fundamentais, bem como sua familiaridade com os direitos fundamentais. Não há conceitos definitivos pois os deveres fundamentais variam conforme seus elementos e estruturas.

Dado as perspectivas desenvolvidas, é necessário se aprofundar na questão sobre o dever fundamental do combate ao sexismo nas redes sociais, principalmente por parte dos provedores, visto a importância de se proteger a honra das mulheres que gozam da rede mundial de computadores. Além disso, as plataformas digitais não têm realizado seu dever fundamental de assegurar a garantia constitucional da integridade e honra da parcela feminina que navega na *Web 2.0*, conforme dispõem as mais diversas legislações. Em síntese, essa é a razão pela qual o *hate speech* continua a perpetuar no cotidiano do Estado Democrático.

O discurso sexista, que tem como fonte principal os homens, antes de mais nada, deve ser contido. É preciso, então, pensar em educação, ou reeducação, não apenas pessoal, mas também digital e mais humanizada de cada particular.

6. REFERÊNCIAS

ABIKAIR FILHO, Jorge; FABRIZ, Daury César. Dever fundamental, solidariedade e comunitarismo. **Derecho y Cambio Social**, [S.l.], v. 1, p. 14, 2014.

AJOUZ, Igor. Redes sociais e crowdsourcing constitucional: a influência da ciberdemocracia sobre a gênese e a interpretação de normas constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 7, n. 3, p. 624, dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4833>. Acesso em: 19 dez. 2023.

AMATO, Alessandra. **Os Limites da Liberdade de Expressão**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, 8 de julho de 2009. Disponível em: <https://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direitoconstitucional/3855-os-limites-da-liberdade-de-expressao>. Acesso em: 13 out. 2022.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. **Revista Psicologia para América Latatina**, [S.l.], n. 14, pp. 0–0, 2008. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000300012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 mai. 2022.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2009.

BECKER, J. C.; WRIGHT, S. C. Yet another dark side of chivalry: Benevolent sexism undermines and hostile sexism motivates collective action for social change. **Journal of Personality and Social Psychology**, [S.l.], v. 101, n. 1, p. 62, 2011.

BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Poder Executivo, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Poder Executivo, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Poder Executivo, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 8 dez. 2022.

CAMINO, L.; DA SILVA, P.; MACHADO, A.; PEREIRA, C. A face oculta do racismo no Brasil: uma análise psicossociológica. **Revista de Psicologia Política**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 13, 2001.

CARVALHO, Diana. A mulher na Antiguidade Clássica: O caso da mulher romana. **Jornal da comunidade científica de língua portuguesa: A Pátria**, [S.l.], 8 de março de 2020. História. Disponível em: <https://apatrria.org/historia/a-mulher-na-antiguidade-classica-o-caso-da-mulher-romana/>. Acesso em: 14 out. 2022.

CASIQUE, Leticia Casique; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência Contra Mulheres: Reflexões Teóricas. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 952, novembro–dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2814/281421865018.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CHAI, C. G. Celebrar o presente, construindo o futuro: a dignidade humana entre a política e o direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S.l.], v. 23, n. 2, p. 9, 9 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v23i2.2215>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CHAUÍ, Marilena. Ética, política e violência. In: CAMACHO, T. Camacho. **Ensaio sobre violência**. Vitória: Edufes, 2003. p. 42.

CLACK, B. Heinrich Kramer and James Sprenger 1486. In: Clack, B. (Ed.). **Misogyny in the Western Philosophical Tradition**, Londres, p. 83, 1999. Disponível em: https://doi.org/10.1057/9780230212800_7. Acesso em: 16 out. 2022.

COMUNICA QUE MUDA. Intolerância nas redes: um problema crescente. **Comunica que muda**, [S.l.], [s.p.], [2016?]. Disponível em: <https://www.comunicaquemuda.com.br/dossie/intolerancia-nas-redes/>. Acesso em: 16 out. 2022.

COSTA, P. A.; OLIVEIRA, R.; PEREIRA, H.; LEAL, I. Adaptação dos inventários de sexismo moderno para Portugal: o inventário de sexismo ambivalente e o inventário de ambivalência em relação aos homens. **Revista Psicologia: Reflexão e crítica**, [S.l.], v. 28, n. 1, p. 126, 2015.

CUNHA, Geraldo Afonso da; LIMA, Renata Mantovani de. As funções dos deveres constitucionais fundamentais na Constituição Federal. **Novas edições acadêmicas**, [S.l.], p. 7, 2020. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=cdf8cce6a4faee95>. Acesso em: 21 dez. 2022.

FERREIRA, M. C. Sexismo hostil e benevolente: inter-relações e diferenças de gênero. **Temas em Psicologia**, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 119, 2004. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2004000200004. Acesso em: 13 dez. 2022.

GARCÍA-MORENO, Claudia. Violencia contra la mujer: Género y equidad en la salud. **Harvard Center for Population and Development Studie**, Washington, n. 6, p. 7, 2000. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/811>. Acesso em: 16 out. 2022.

GLICK, P.; FISKE, S. T. The ambivalent sexism inventory: differentiating hostile and benevolent sexism. **Journal of Personality and Social Psychology**, [S.l.], v. 70, n. 3, p. 500, 1996.

GREENWOOD, D.; ISBELL, L. M. Ambivalent sexism and the dumb blonde: Men's and women's reactions to sexist jokes. **Psychology of Women Quarterly**, [S.l.], v. 26, n. 4, p. 345, 2002.

GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lúcia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Revista Psicologia & Sociedade**, Minas Gerais, v. 27, n. 2, p. 259, maio–agosto de 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3093/309340040003.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022.

INSTITUTO AVON LOCOMOTIVA. O papel do homem na desconstrução do machismo. **Instituto Patrícia Galvão Dados e Fontes**, [S.l.], setembro–novembro de 2016. Sobre a violência contra as mulheres, [s.p.]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/o-papel-do-homem-na-desconstrucao-do-machismo-locomotiva-instituto-avon-2016/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

KILIANSKI, S. E.; RUDMAN, L. A. Wanting it both ways: do women approve of benevolent sexism?. **Sex Roles**, v. 39, n. 5–6, p. 333, 1998.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. A igualdade entre sexos na Constituição Federal de 1988. **Senado Federal**: Consultoria Legislativa, Brasília, DF, p. 3–9, maio de 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/159>. Acesso em: 16 out. 2022.

MALHEIROS DA CUNHA FROTA, P.; BRANDÃO AGUIRRE, J. R.; MURIACK DE FERNANDES E PEIXOTO, M. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados post mortem. **Constituição, Economia e Desenvolvimento, Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [S.l.], v. 10, n. 19, p. 583, 3 nov. 2020.

MOSCHKOVICH, Marília. Machismo, a opressão primeira. **Outras Palavras**, [S.l.], [s.p.], 18 de março de 2014. Disponível em: <https://outraspalavras.net/sem-categoria/machismo-a-opressao-primeira/>. Acesso em: 14 out. 2022.

MOTA, Carine. Brasil é o 5º país que mais mata mulheres. **Jornal Entrementes**. Memória Unifesp conta a sua verdade, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 4, 13 de abril de 2016. Disponível em: https://www.unifesp.br/images/DCI/jornal_entrementes/bimestrais/entrementes_13_abr_2016.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

O GLOBO. Pesquisa revela que 25% das mulheres entre 18 e 24 anos já sofreram assédio sexual na internet. **O Globo**. Tecnologia, [S.l.], [s.p.], 23 de outubro de 2014. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/10/o-globo-23102014_Pesquisa-revela-que-25-das-mulheres-entre-18-e-24-anos-ja-sofreram-assedio-sexual-na-internet-Jornal-O-Globo.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

ONU. Resolução ONU nº 217-A de 10/12/1948. **Normas Brasil**, [S.l.], [s.p.], 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html. Acesso em: 8 dez. 2022.

PARIZOTTO, Gabriela. Digital Influencer. **Medium**. Tendências digitais, [S.l.], [s.p.], 23 de abril de 2017. Disponível em: <https://medium.com/tend%C3%AAs-digitais/digital-influencer-95482fa02113>. Acesso em: 13 out. 2022.

POZZATTI, A.; POLLI, F. Atores, processos e instituições da democracia hackeada: desafios jurídicos da tutela da liberdade na internet. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S.l.], v. 23, n. 2, p. 64–65, 9 dezembro de 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v23i2.2068>. Acesso em: 21 dez. 2022.

PREIS, M. Antônio. Teoria dos deveres fundamentais: contributos para a conscientização dos direitos e deveres básicos do cidadão. **Revista Científica**, [S.l.], p. 229, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RCSTJ/article/view/6426/6550>. Acesso em: 19 dez. 2022.

SANT'ANNA, Mara Rúbia. **Teoria da moda: sociedade, imagem e consumo**. Barueri: Estação das Letras, 2007.

SILVA, S. G. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. **Revista Psicologia: ciência e profissão**, [S.l.], v. 30, n. 3, p. 560, 2010.

SOUSA, Rainer Gonçalves. O cotidiano da mulher na Pré-História. **Brasil Escola**, [S.l.], [s.p.], [S.d.]. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/o-cotidiano-mulher-na-pre-historia.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

STRECK, L. L.; GIULIANI BERNST, L.; DE CARVALHO GOMES, J. Inteligência artificial: mesmos problemas, mas na versão hi-tech. **Constituição, Economia e Desenvolvimento, Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [S.l.], v. 13, n. 25, p. 335, 22 dez. 2021.

UCHÔA, João. Mercado de moda no Instagram: como despertar o desejo e aumentar as vendas. **Postgrain**, [S.l.], 27 de janeiro de 2020. Blog do Postgrain, [s.p.]. Disponível em: <https://postgrain.com/blog/moda-no-instagram-como-despertar-desejo-e-aumentar-vendas/>. Acesso em: 13 out. 2022.

VARELLA, Gabriela. Menções a assédio contra mulher crescem 324% em três anos. **O Globo**, [S.l.], 8 de março de 2018. Dia da mulher, [s.p.]. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/mencoes-assediocontra-mulher-na-internet-crescem-324-em-tres-anos-22468246>. Acesso em: 26 abr. 2022.

ZAUNER, A.; KOLLER, M.; FINK, M. Sponsoring, brand value and social media. **Revista de Administração de Empresas**, [S.l.], v. 52, n. 6, p. 682, 2012.

Data da submissão: 14/12/2022

Data da primeira avaliação: 06/04/2023
Data da segunda avaliação: 01/06/2023
Data da aprovação: 02/07/2024

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO INTERNACIONAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A SUA REPERCUSSÃO NA PROTEÇÃO ASSISTENCIAL NO BRASIL

PERSON AND ITS REPERCUSSION IN ASSISTENCIAL PROTECTION IN BRAZIL THE EVOLUTION OF THE INTERNATIONAL CONCEPT OF DISABLED

Zenildo Bodnar⁹³

Sheyla Campos Pinheiro⁹⁴

Maria Fernanda Camões Tavares⁹⁵

RESUMO: Este artigo possui como objetivo analisar a evolução do conceito de pessoa com deficiência adotado nos Tratados e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil, e especificamente, a repercussão da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas na proteção assistencial atualmente implementada no Brasil. Com a utilização do método indutivo, este artigo aborda a tutela na pessoa com deficiência no plano internacional e no Brasil, apresenta a caracterização conceitual e sua repercussão na proteção assistencial. Considerando o compromisso assumido pelo Brasil com a proteção dos direitos humanos, bem como a força normativa desta convenção, recepcionada na ordem jurídica com a equivalência de Emenda Constitucional, concluiu-se que todas as normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam da assistência social devem ser interpretadas em plena sintonia com o conceito de pessoa com deficiência previsto nesta convenção, posteriormente acolhida no texto defendido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência; Direitos Humanos; Proteção Assistencial; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

ABSTRACT: This article has as main objective analyse the evolution of disabled person's evolution admitted by Treaties and Internacional Conventions ratified by Brazil, and specifically, the repercussion of Convention about the Right of Disabled People by United Nations Organization in assistance of protection implemented in nowadays in Brazil. With

⁹³ **1. Qualificação:** Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós Doutor em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutor em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante - Espanha; Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (SC); **2. e-mail:** zenildo@univali.br; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9173159162465306>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1168-3260>; e **5. vinculação:** Universidade do Vale do Itajaí (SC)

⁹⁴ **1. Qualificação:** Graduada em Direito pela Universidade Ceuma; **2. e-mail:** sheylapinho99@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9817201116944508>; e **4. vinculação:** Universidade Ceuma (MA)

⁹⁵ **1. Qualificação:** Graduada em Direito pela Universidade Ceuma; **2. e-mail:** nandacamoes@gmail.com; **3. vinculação:** Universidade Ceuma (MA)

the utilization of the intuitive method, this article addresses the guardianship of disabled person in the international guidance and in Brazil, presents the description of human right, as a normative force of this convention, welcomed by the legal order with equivalence of the Constitutional Amendment, concluded that all the constitutional standards and infra constitutional that treat of social assistance should be interpreted with wide agreement with the conception of disabled person in this convention, posteriorly welcome in this text defended by Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Key-words: Disabled Person; Human Right; Assistencial Protection; Disabled People's Right Convention.

1. INTRODUÇÃO

No limiar do novo milênio, com a intensificação do fenômeno da globalização, caracterizada como a transnacionalização das relações econômicas, políticas, sociais, culturais e jurídicas, a proteção aos direitos humanos deve ser o objetivo comum dos povos, especialmente considerando o surgimento de novos riscos e ameaças apresentados pela sociedade contemporânea. Assim, em outras palavras, “a globalização impõe a reinvenção do direito constitucional na busca por dignidade humana, liberdade e igualdade” (PANSIERI; ROBL FILHO, 2019, p.30), para que possa irradiar sobre todo o ordenamento jurídico de uma nação, alcançando em sua plenitude a elaboração dos textos infraconstitucionais.

Sob essa perspectiva, a organização social pós-moderna denominada “Sociedade de Risco”, conforme Ulrich Beck, sobrepõe dentre outras medidas, a necessidade de um gerenciamento preventivo e transnacional objetivando a cooperação entre os povos, a fim de salvaguardar o interesse desta e das futuras gerações. (JACOBSEN, 2019).

Em outras palavras, a eficácia dessa proteção em escala planetária depende da união de esforços de toda a comunidade internacional, não apenas com a adesão às normas internacionais, mas principalmente a implementação concreta pelos Estados, ou seja, por meio da outorga de efetividade social para essas normas de proteção.

A identidade de propósitos e interesses da comunidade global aumenta a importância da teorização de novas dimensões para o direito e a justiça, na medida em que este passa a ser a grande base normativa para a proteção aos direitos humanos, numa verdadeira transnacionalização do direito.

Logo, os aparatos jurídicos nacionais e internacionais deverão manter-se atentos à missão de consagrar institutos hábeis a viabilizar muito mais do que os direitos fundamentais no sentido tradicional. Torna-se imprescindível compreender a vida e a liberdade além da subsistência.

É através da concretização dos direitos humanos na sua concepção mais abrangente que se dará o combate da exclusão social na unanimidade das facetas apresentadas, ou seja, a social, política, econômica e geracional.

Neste contexto de incertezas, ameaças e novos desafios, os conceitos envelhecidos, como a soberania estatal, precisam ser redefinidos para que os direitos humanos possam reinar soberanamente como elemento aglutinador e unificador dos interesses dos povos na busca do pleno desenvolvimento da pessoa humana e da sua dignidade.

Um dos grandes efeitos da globalização, no campo jurídico, é a necessidade da emergência de uma nova ordem normativa transnacional, a qual deverá regular as relações de coordenação entre os Estados e os atores internacionais para criar mecanismos eficazes na proteção da dignidade da pessoa humana em escala global, princípio este que representa para a cosmovisão universalista valor intrínseco a todas as pessoas, configurando o mínimo ético impossível de ser relativizado ou reduzido (ANDRADE; MAGALHÃES FILHO, 2021).

Para a consolidação dessa nova ordem jurídica global, a atuação local dos Estados também é indispensável. Esta atitude estatal não deve ocorrer apenas mediante a assunção de compromissos morais e retóricos no plano internacional, mas principalmente por meio da adequação da ordem jurídica interna para que bens e valores jurídicos especialmente valorizados pela comunidade internacional sejam eficazmente protegidos. Esta busca de conformação pode acontecer tanto por intermédio de alterações legislativas como também por meio de uma hermenêutica comprometida com a Constituição e com os Direitos Humanos.

Afinal, a luta pelos Direitos Humanos deve ser a meta comum de todos os povos em prol da garantia da paz mundial, do bem-estar global, da dignidade da pessoa humana e de uma cidadania ampliada.

Este empenho recebeu especial destaque após a publicação da Agenda Global 2030, que constitui o compromisso firmado pelos 193 países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) em Setembro de 2015, com o objetivo de promover a erradicação da pobreza através de ações integradas para implementação do desenvolvimento sustentável.

Neste cenário, com vistas a consagração dos valores notadamente universais e o primado da dignidade humana, destaca-se a consolidação de uma “Governança Global da Saúde” que pode ser conceituada como a utilização de instituições de um Estado, de vários Estados ou de organizações civis não estatais “para lidar com os desafios que demandem ações coletivas e transfronteiriças de forma efetiva, cujo propósito primordial é a saúde” (SILVA, REI e GONÇALVES, 2021).

Uma melhor proteção global das pessoas com deficiência requer também novas estratégias de governança pela amplitude do desafio a ser enfrentado pelos Estados, bem como, exige parceria com a sociedade. Nesta conjunção, a solidariedade se apresenta como outro importante princípio a ser demandado.

No âmbito específico da tutela das pessoas com deficiência, estima-se que no planeta aproximadamente um bilhão de pessoas tenham algum tipo de deficiência, o que corresponde a 15% da população mundial, conforme Disability and Development Report publicado pela Organização das Nações Unidas em 2018. O último Censo realizado no Brasil em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia (IBGE), apesar de estar desatualizado, já apontava para cerca de 46 milhões de brasileiros com deficiência, isto é, o equivalente a 24% da população nacional.

Estes dados alarmantes justificam a criação de um conjunto de políticas públicas transnacionais e principalmente ações concretas locais para uma eficaz tutela dos Direitos

Humanos, especialmente porque versam sobre parcelas fragilizadas da população, historicamente invisibilizadas e segregadas.

Neste contexto, com a utilização do método indutivo, uso de pesquisa bibliográfica este artigo analisa a proteção internacional das pessoas com deficiência e a sua tutela assistencial no Brasil. Avalia a evolução do conceito de pessoa com deficiência e a repercussão desta definição adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas na proteção assistencial implementada no Brasil.

2. A TUTELA INTERNACIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Como antecedentes da proteção internacional das pessoas com deficiência estão os seguintes documentos internacionais: 1. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); 2. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); 3. Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971); 4. Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente (1975); 5. Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência (1982); 6. Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência (1993).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, estabelece no seu artigo 1º que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

A Assembléia Geral da ONU aprovou, em 1971, a Declaração das Pessoas com Deficiência Mental e, em 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, tendo usado a expressão *peças deficientes* para referir-se a “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”. Já nesta declaração, o art.5 deixava claro a preocupação com a adoção

de medidas destinadas a capacitá-las e também torná-las autoconfiante, também incluía expressamente entre os direitos o de assistência social.

No ano de 1993, a Assembléia Geral da ONU aprovou as Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências. Este documento, embora mais focado na questão da acessibilidade, também adotou como tema relevante a garantia de rendimentos e segurança social, alertando para o aumento de pessoas com algum tipo de deficiência.

Além destes documentos internacionais, também é oportuno referir a Convenção 159 da OIT – Organização Internacional do Trabalho de 1983, que estabelece disposições voltadas especificamente aos trabalhadores com deficiência, bem como conceitos, políticas e diretrizes da OMS – Organização Mundial de Saúde.

Mas o avanço mais expressivo da tutela internacional das pessoas com deficiência em termos de conteúdo, abrangência e sensibilização, sem dúvida foi o advento da Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência de 2007.

Esta convenção foi elaborada depois de quatro anos de intensas negociações (2002 a 2006). Possui 40 artigos temáticos que enunciam os direitos das pessoas com deficiência e dez artigos administrativos. Foi assinada em 30 de março de 2007, ratificada pelo Brasil em 1º de Agosto de 2008 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº186, de 9 de Julho de 2008.

Trata-se do primeiro tratado internacional de Direitos Humanos aprovado com a observância do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República. Segundo este artigo os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros possuem força normativa de Emendas Constitucionais.

Acolher e integrar amplamente estas pessoas, outorgando-lhes um conjunto de direitos e prerrogativas é o compromisso solidário de toda a comunidade internacional. Nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, um aspecto da proteção internacional e que requer especial prioridade diz respeito à implementação de um conjunto de políticas

públicas para as pessoas que além de terem deficiência também apresentam situação de fragilidade social importante, inclusive mediante a garantia de uma renda mensal para que possam suprir as suas necessidades mais elementares para viver com o patamar mínimo de dignidade.

3. A PROTEÇÃO ASSISTENCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

A Constituição de 1988 preceitua no artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana e tem como objetivos, dentre outros, o de construir uma sociedade: livre, justa, solidária e fraterna. Estabelece uma base axiológica que deve iluminar todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional em todos os campos do direito, em especial o direito previdenciário, responsável pelo regramento desta rede solidária de proteção aos riscos sociais relevantes, organizada pelo Estado e patrocinada por toda a sociedade.

Os valores previstos na Constituição vão além dos ideais do liberalismo do Estado burguês de Direito, à medida que além da liberdade frente ao Estado e da igualdade formal, adota como base os valores da dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, a justiça social, o pluralismo e solidariedade social, dentre outros.

A base axiológica e de princípios da nossa Constituição, consagra a proteção jurídica à fraternidade, terceiro ideal da Revolução Francesa, à medida que a solidariedade ganha valor jurídico, circunstância esta que deve orientar o legislador e o operário jurídico na disciplina e aplicação dos direitos. A solidariedade exige um pensar coletivo, impõe preocupações com o próximo, inclusive a responsabilidade de todos para com as pessoas mais fragilizadas socialmente como é o caso das pessoas com deficiência.

A construção de uma sociedade globalizada impõe que o sentimento de corresponsabilidade deva reger a dinâmica entre todos. A influência dos Direitos Humanos se faz necessária, sobretudo, em virtude dos desafios modernos que irrompem do limiar de um novo tempo marcado por avanços tecnológicos e pela gradativa substituição do modelo

social pelo espírito político neoliberal, que a despeito de favorecer o capital econômico, costuma pecar no que tange ao capital humano.

Essa imperatividade no olhar sensível às parcelas mais vulneráveis da população ganhou contornos ainda mais emergenciais com a ascensão do cenário pandêmico que atingiu o mundo nos últimos meses da década anterior e se perpetua sem demonstrar sinais de cansaço. É certo que em crises humanitárias, as minorias serão os alvos de afetação, o que ocorre com as pessoas com deficiências, haja vista, as inúmeras situações que reduzem a capacidade de enfrentamento ao vírus e ao próprio colapso econômico decorrente deste.

O que se vislumbra hoje é um panorama internacional marcado pela precariedade de recursos básicos na área da saúde, do emprego, da segurança e mais drasticamente, marcado pelo retrocesso dos níveis de nutrição familiar. Consoante dados apontados pelo relatório de 2021 da Organização Mundial da Saúde, denominado “*The State of Food Security and Nutrition in the World (SOFI)*”, em 2020 aproximadamente 124 milhões de pessoas passaram a incluir o grupo considerado “pobre”, ficando sujeitas a insegurança alimentar e a desnutrição. Em 2021, estima-se que esse número aumente para algo em torno de 143 a 163 milhões.

A conjuntura atual em que cerca de 720 a 811 milhões de pessoas tiveram que lidar com a fome no ano anterior cristaliza a noção de que a assistência estatal é protagonista na efetividade da dignidade humana, devendo ser um direito garantido a todos aqueles que necessitem e não uma discricionariedade do Poder Público. Há que se recordar que o Brasil pós 1988 guiou-se pelo espírito de uma sociedade fraterna, conforme consta no preâmbulo constitucional.

A Sociedade Fraterna, por sua vez, de acordo com os ensinamentos de Pereira, Sayeg e Neves (2020), pode ser compreendida como a terra “justa e solidária, desenvolvida, com a pobreza erradicada, sem taxas inaceitáveis de desigualdade e promotora do bem estar geral, onde todos possam viver livres, prósperos, sadios e felizes”.

Hoje, todo o direito deve estar voltado para garantir a qualidade da pessoa humana como valor maior e não apenas estar a serviço da satisfação de interesses individuais e egoísticos. A tarefa maior do Estado Contemporâneo, compartilhada com a sociedade, é garantir a todos a existência digna conforme os preceitos da justiça social e para que este ideal seja alcançado os institutos e direitos também devem exercer funções relacionadas ao bem estar da comunidade.

A partir desta base axiológica constitucional, verifica-se a importância da proteção e social como um direito/dever fundamental prestacional que busca garantir uma vida digna aos cidadãos mais fragilizados pelos riscos sociais.

Este direito fundamental requer como dever correspondente do Estado o estabelecimento de uma rede de políticas públicas adequadas para conferir proteção aos riscos sociais a que estão sujeitos os cidadãos mais fragilizados. Esta rede de proteção social é o instrumento jurídico-político mais adequado para a concretização da justiça social, especialmente daqueles que mais necessitam.

A Constituição de 1988, no seu artigo 227, impõe como dever da sociedade e do Estado a assistência social ao outorgar especial proteção às pessoas com deficiência. Este dever fundamental requer um amplo repertório de ações articuladas por parte do Estado e da sociedade para que estas pessoas sejam verdadeiramente integradas, ou seja, acolhidas.

Uma política pública adequada deve ser aquela que promove a acolhida incondicional das pessoas com deficiência, sobrepondo o passado de caráter institucional e filantópico em que preponderava a ideia de que a deficiência deveria ser tratada fora do convívio social, em instituições de Saúde especializadas, como as Santas Casas de Misericórdia (PEREIRA; SARAIVA, 2017). Hoje, contudo, é sabido que o tratamento e a educação isolada de pessoas com deficiência constitui meio de segregação, contrário a noção de incluir socialmente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresenta um conjunto de dispositivos voltados à proteção da pessoa com deficiência, dentre os quais merecem destaque: a) não discriminação quanto aos direitos no trabalho (art. 7º, XXXI); b) cotas

para admissão no serviço público (art. 37, VIII); c) competência comum dos entes federados para a sua proteção e garantia e competência legislativa concorrente (art. 23, II e art. 24, XIV); d) assistência social para habilitação e reabilitação, bem como integração à vida comunitária (art. 203, IV); e) Assistência social mediante benefício mensal de um salário mínimo para os hipossuficientes (art. 203, V), conforme tema deste trabalho; f) educação especializada, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III); g) criação de programas especiais de prevenção e atendimento, integração social ao adolescente, além de acessibilidade a bens e serviços coletivos, com eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (art. 227, § 1º, II); h); previsão, em lei, de normas sobre acesso e locomoção (art. 227, § 2º e art. 224).

No âmbito específico da proteção assistencial, a Constituição de 1988, estabelece que:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

IV- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

A proteção econômica, prevista no inciso V, acima citado, foi regulamentada por intermédio da Lei nº8.742/93 a qual designa no seu artigo 20º o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência, tendo sofrido algumas modificações em virtude da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº13.146 de 2015, e o recente estabelecimento, através da Lei nº14.176/21, de novos critérios para a percepção do benefício.

A principal alteração ocorreu com relação ao aumento do valor per capita permitido para a aprovação da assistência, anteriormente compreendendo o grupo cuja renda fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, a nova lei permitiu o auferimento de renda igual a porcentagem pré-determinada, expandindo a oportunidade de concessão. Ficando ajustado nos seguintes termos:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (BRASIL, 2021).

Além disso, o mesmo texto legal previu no §11-A do referido artigo, a possibilidade de ampliação do limite de renda mensal familiar para um 1/2 (meio) do salário mínimo quando preenchidas as condições definidas no art.20-B. Dessa forma:

§ 11-A. O regulamento de que trata o § 11 deste artigo poderá ampliar o limite de renda mensal familiar per capita previsto no §3º deste artigo para até 1/2 (meio) salário-mínimo, observado o disposto no art. 20-B desta Lei. (BRASIL, 2021).

Apesar desse conjunto amplo de normas protetivas, inclusive de estatura constitucional, o que se constata na prática é ainda um *deficit* importante de efetividade na salvaguarda da incolumidade física, psicológica e socioeconômica das pessoas com deficiência, em virtude da perpetuação no ordenamento jurídico brasileiro de conceitos defasados e discriminatórios que são incompatíveis com o senso de proteção internacional e principalmente pela insuficiência de políticas públicas inclusivas, especialmente assistenciais

4. CARACTERIZAÇÃO CONCEITUAL DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Diversas normas e organizações internacionais, bem como a legislação brasileira dedicam atenção para a adequada caracterização conceitual de pessoas com deficiência. Foram travados intensos debates, inclusive quanto à expressão mais adequada a ser utilizada, especialmente para evitar signos de linguagem que reproduzissem estigma e

discriminação. Dentre as expressões mais utilizadas merecem referência as seguintes: pessoa portadora de deficiência e pessoa portadora de necessidades especiais. Com o advento da convenção da ONU de 2007, consolida-se o uso da expressão “pessoa com deficiência”, conforme terminologia que também adota-se neste estudo.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), estabeleceu distinção entre deficiência, incapacidade e invalidez (ou desvantagem) através do documento intitulado “International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (ICIDH)”, onde introduziu a primeira tentativa de definir internacionalmente o conceito de “deficiência”, esta que foi compreendida como toda perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica (1980).

Posteriormente, o documento foi substituído pelo “International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)” publicado em 2001, que buscou fornecer um conceito mais abrangente envolvendo a estrutura social que comporta o tema. A substituição deu-se em razão do modelo biomédico adotado pela classificação anterior.

A Convenção nº159 da OIT, de 1983, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.129/91, posteriormente revogado pelo Decreto n.10.088/19 que reuniu em um único título as convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho, estabeleceu princípios da política de reabilitação profissional e de emprego para pessoas com deficiência e apresenta como definição de “pessoa deficiente” aquelas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais concluído em 1988 e promulgado no Brasil através do Decreto n.3.321/99, estabelece um conceito exclusivamente biomédico de pessoa com deficiência, ao caracterizar estas e definir garantias no seu artigo 18: “toda pessoa afetada pela diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade.

Em contrapartida, nos termos da Convenção da ONU de 2007 são consideradas pessoas com deficiência "aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas."

Esta convenção propôs o conceito de deficiência que reconhece a experiência da opressão sofrida pelas pessoas com impedimentos, influenciando diretamente a progressão do ordenamento jurídico pátrio, conforme observado no artigo 20 da Lei. 8.742/93, § 2º, alterado com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência em Julho de 2015, que adotou o mesmo conceito, representando um salto no tratamento digno de pessoas acometidas por impedimentos, concedendo maior efetividade ao Decreto n.6.949/2009 que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007:

Este decreto permaneceu sem aplicabilidade pela falta de norma infraconstitucional que regulasse a situação da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico. Por esse motivo o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Lei nº 13.146/2015), denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, introduziu e alterou, por consequência, vários dispositivos no Código Civil vigente, com o intuito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, isto é, igualar a pessoa com deficiência com as demais pessoas, para efetivar a inclusão social dos deficientes. (BELLE; COSTA, 2019, p.109).

Nos termos do artigo 3º, inciso I, do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, deficiência é toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Realizada alteração pelo Decreto nº5.296, o art.4º apresenta o conceito legal de deficiência física como sendo:

alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma

de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, tri paresia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. (BRASIL, 2004).

O conceito de deficiência, de fato ainda apresenta significativas divergências, tanto na perspectiva da ciência médica como também do ponto de vista legal. Entretanto, o significado jurídico de pessoa com deficiência passou por expressivas alterações, considerando que o sistema protetivo interno e internacional, não pode ficar restrito à perspectiva clínica, pois necessariamente deve englobar outros fatores relacionados à tutela da personalidade humana e do seu pleno desenvolvimento.

Conjuga-se de forma inteligente e integradora o antigo modelo purista biomédico de deficiência que vinculava necessariamente a sua caracterização com o aspecto exclusivamente clínico, ou seja, lesões efetivas constatadas no corpo com o modelo social relacionando também com as percepções excludentes da própria sociedade. Assim, supera-se uma categorização que enfatizava o próprio estigma, para um conceito humanizado, acolhedor e inclusivo.

5. REPERCUSSÕES DA NORMATIVA INTERNACIONAL NA ASSISTÊNCIA SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

A tradição jurídica brasileira e o espírito do constitucionalismo pátrio sempre foram favoráveis à instituição de mecanismos internacionais para a tutela dos direitos humanos e não poderia ser diferente, uma vez que, há alguns séculos a sociedade atravessa um estágio de tendências integradas que gera uma estrutura que ultrapassa os limites fronteiriços de um país rumo a consciência global acerca de questões capitais para a construção do bem estar social desta e das futuras gerações.

Esse processo tem se dado de maneira mais urgente e perceptível após a Revolução Técnico-Científica-informacional resultante da Segunda Grande Guerra, o que acarretou novas exigências ao Direito:

No intuito de responder a questionamentos em uma nova perspectiva de mundo, um ordenamento jurídico constitucional, para uma sociedade global, terá, além de conviver com todas as crises não resolvidas no interior dos Estados Nacionais, que reafirmar o seu compromisso com a democracia e os direitos humanos, compreendendo o diálogo entre os tribunais, a cooperação jurídica transnacional, a imigração, a economia e a distribuição de renda, juntamente com a tutela do meio ambiente, em um cenário condicionado, em todos os setores sociais, pelas novas tecnologias e seus efeitos disruptivos. (MORAIS; SARAIVA, 2020, p.264).

No Brasil a Constituição de 1988, não apenas elege o respeito e a prevalência aos direitos humanos como diretriz principiológica que rege as relações internacionais do Brasil, como também estabelece no seu artigo 5º, § 2º, a cláusula de abertura para o rol de direitos fundamentais, os seja, explicita que os direitos catalogados não são exaustivos, pois os direitos previstos não excluem outros decorrentes de tratados dos quais o Brasil seja parte.

O advento da Emenda Constitucional 45/2004 conferiu nova redação ao §3º do 5º, da Constituição Federal deixando explícito que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro com o *quorum* previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (com a redação dada pela EC 45/2004), ou seja, foi incorporada na ordem jurídica brasileira como o mesmo *status* hierárquico, formal e material, das normas constitucionais.

Equivalência constitucional significa, por exemplo, que a convenção altera a Constituição se esta for incompatível, ressalvados os casos em que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam mais amplos e benéficos. Significa também que os direitos previstos na Convenção não poderão ser denunciados e que os direitos ali concebidos revogam as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.

No tema da proteção assistencial das pessoas com deficiência, essa força qualificada da convenção implica na total revogação das leis precedentes incompatíveis por terem apresentado um conceito mais restritivo e limitado de pessoa com deficiência e

também na manifesta inconstitucionalidade de eventuais normas dissonantes que forem editadas posteriormente.

A interpretação das normas protetivas das pessoas com deficiência não pode ser efetivada com um formalismo ou rigor extremo sob pena de frustração total dos seus objetivos mais nobres desta política afirmativa, em especial o de promover a inclusão social destas pessoas.

A repercussão da normativa internacional significa que hoje há um novo conceito constitucional de pessoa com deficiência e que todas as vezes que todas as vezes que a Constituição faz referência à “pessoa portadora de deficiência” ou outro como sinônimo, deve-se interpretar exatamente nos termos e com a amplitude prevista na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas . Em síntese: esta convenção impõe uma releitura não só da ordem jurídica infraconstitucional como também da própria Constituição capaz de representar humanização e melhor acolhida para estas pessoas.

6. CONCLUSÃO

A necessidade de proteção jurídica especial e reforçada para as pessoas com deficiência impõe a submissão incondicional dos Estados aos preceitos editados no plano transnacional. A pauta comum humanitária, consolidada em prol dessa classe de pessoas com base na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, exige o compartilhamento de responsabilidades de um novo tipo, especialmente no contexto desencado pela pandemia do Coronavírus.

Não é mais suficiente que normas dotadas de tamanha densidade axiológica e relevância para a comunidade internacional, sejam entendidas como singelos instrumentos de estímulo aos Estados para adequarem as suas legislações internas, pois devem gerar obrigações imediatas e vinculantes para os entes estatais e direitos auto-aplicáveis para os cidadãos mais fragilizados.

No contexto dos novos desafios contemporâneos, além da reordenação do político, o jurídico também precisa ser constantemente revisado e revitalizado para que as normas, com pretensão de ultrapassar os caprichosos limites das fronteiras dos Estados, não sejam entendidas e concebidas apenas como conselho, sugestão ou argumento retórico inconsequente.

O fenômeno da globalização também se caracteriza pela menor relevância das fronteiras nacionais, crescentemente penetradas por fenômenos migratórios, comerciais e ambientais transfronteiriços. A partir dessa nova realidade os Estados tiveram que, crescentemente, concordar na emissão de regras de tipo novo, ‘além fronteira’, ou regras ‘transnacionais’, e que diversamente das regras internacionais tradicionais, ou regras de boa vizinhança inter-estadual, esse novo tipo de regras regula não somente a conduta dos estados relativamente a outros Estados, mas também as suas próprias sociedades.

Ulrich Beck enfatiza que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante que já não se encaixa nas velhas categorias modernas (BECK, 2001, p. 100).

A emergência desse novo patamar de juridicidade é o passo necessário a ser dado em prol da efetiva proteção dos Direitos Humanos em escala global. A fórmula mais simples e eficaz para a outorga desta força jurídica qualificada aos tratados e convenções é a definição constitucional do *status* normativo de autêntico direito fundamental que estes instrumentos, uma vez ratificados, adquirem na ordem jurídica interna, tal como ocorreu no Brasil com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiências foi internalizada na ordem jurídica brasileira com o *status* de norma constitucional. Outorgou ampla proteção às pessoas com deficiência e exigiu dos países signatários a implementação de diversas políticas públicas afirmativas para a sua inclusão social.

Esta convenção ratificada pelo Brasil foi a primeira que efetivamente outorgou *status* de direito fundamental ao direito humano protegido, pois foi aprovada após a

Emenda Constitucional n. 45/2004. Este fato demonstrou claramente a orientação política pátria sobre o tema, embora, no primeiro momento não tenha conseguido alcançar os objetivos desejados, tendo sido necessária a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015.

Considerando o compromisso assumido pelo Brasil com a proteção dos direitos humanos, bem como a força normativa desta convenção, recepcionada na ordem jurídica com a equivalência de Emenda Constitucional, concluiu-se que todas as normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam ou tratarão sobre a assistência social devem ser interpretadas em plena sintonia com o mais amplo conceito de pessoa com deficiência, preponderando a hermenêutica mais favorável, com foco na efetivação de uma Sociedade Fraternal.

7. REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

BELLE, Helena Beatriz de Moura; COSTA, Helen Samara da Silva. Deficiência: a luta de séculos pela inclusão social e cidadania. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 21, n. 8, p. 108-125, mar. 2019. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4159/4238>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2022.

DA SILVA, Antonio Carlos Nisoli Pereira; REI, Fernando; GONÇALVES, Alcindo. Governança global: uma abordagem na área da saúde. In: GONÇALVES, Alcindo (Org.); ALMEIDA, Daniel Freire (Org.) e; REI, Fernando (Org.). **Governança global: desafios e complexidade**. Santos (SP): Editora Universitária Leopoldianum, 2021. p. 133-154. E-book. Disponível em: <<https://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2021/03/governanca-global-2021-e-book.pdf>> . Acesso em: 22 mar. 2022.

JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p. 197-211, ago. 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3353/2463>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SARAIVA, Bruno Cozza. Constitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedade global. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 2, p. 263-266, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1818/557>. Acesso em: 13 mar.2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**, 1975. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos do Deficiente Mental**, 1971. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>. Acesso em: 16 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The State of Food Security and Nutrition in the World, 2021**. Disponível em: <https://data.unicef.org/resources/sofi-2021/>. Acesso em: 19 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**, 1969. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/dh/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes**. Disponível em: <https://repositorio.observatoriodocuidado.org/bitstream/handle/handle/1522/Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20para%20as%20Pessoas%20com%20Deficiencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PANSIERI, Flávio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Globalização, direito constitucional comparado e constitucionalismo liberal contemporâneo: visões sobre os impactos da mundialização das relações sociais e econômicas no constitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 23-37, dez. 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3567/2470>. Acesso em: 20 jan. 2022.

PEREIRA, Jaqueline Andrade; SARAIVA, Joseana Maria. Trajetória histórico social da população deficiente: da exclusão a inclusão social. **SER Social**, [S. l.], v. 19, n. 40, p. 168-185, 2017. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/14677>. Acesso em: 18 mar. 2022.

PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A sociedade fraterna e o princípio da fraternidade. **Revista Jurídica**. [S.l.], v. 5, n. 62, p. 28 - 55, dez. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4842/371373002>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

STAFFEN, Márcio Ricardo; ARSHAKYAN, Mher. About the principle of dignity. **Sequência**, Florianópolis, n. 75, p. 43-62, abr. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, GENEVA. **International Classification of Functioning, Disability and Health, 2001**. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42407/9241545429.pdf;jsessionid=F9D2688538F60C73F6F5C13CF512DC88?sequence=1>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, GENEVA. **International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (ICIDH), 1980**. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261_eng.pdf;jsessionid=>. Acesso em: 13 mar.2022.

Data da submissão: 22/08/2022

Data da primeira avaliação: 28/02/2025

Data da segunda avaliação: 04/03/2025

Data da aprovação: 04/03/2025

**SOBERANA POPULAR E A RETIRADA DA EXIGÊNCIA DE PLEBISCITO
PARA VENDA DE ESTATAIS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

*POPULAR SOVEREIGNTY AND THE WITHDRAWAL OF THE REQUIREMENT FOR A
PLEBISCITE FOR THE SALE OF STATE STATES IN THE STATE OF RIO GRANDE DO
SUL*

**Luciano Vaz-Ferreira⁹⁶
Diego Ghiringhelli de Azevedo⁹⁷**

RESUMO: As recentes alterações na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul retiraram a obrigatoriedade da realização de consulta popular, por meio de plebiscito, como etapa preliminar para alienação ou transferência do controle acionário, como nos de extinção, fusão, incorporação ou cisão, de empresas estatais. O trabalho, em modelo de ensaio, utiliza-se de pesquisa teórica, tomando por referencial os conceitos de liberdade dos antigos e dos modernos, proposto por Henri-Benjamin Constant de Rebecque. A partir disso, chegou-se à conclusão de que o afastamento da população dos processos decisórios configura um prejuízo democrático, uma vez que, ao não se estabelecer na forma participativa, prima pela forma representativa. Ademais, a ideologização da discussão, justificativa principal para a não adoção da discussão ampla com a sociedade, permanece presente nos processos de votação do parlamento. Por fim, o afastamento da população se dá em ambiente de crise de representatividade e desconfiança nas instituições, uma combinação geradora de tensão social.

Palavras-chave: plebiscito; democracia; privatização.

ABSTRACT: Recent amendments to the Constitution of the State of Rio Grande do Sul have eliminated the obligation to hold a referendum as a preliminary step for the sale or transfer of stock control, as in the case of the extinction, merger, incorporation, or spin-off of state-owned enterprises. The work is based on a theoretical study related to the concepts of freedom proposed by Henri-Benjamin Constant de Rebecque in ancient and modern times. We have concluded that the exclusion of the population from the decision-making processes is a democratic prejudice since it does not establish itself in the participatory form but surpasses in the representative form. Moreover, the ideologization of the discussion, the main justification for not having a broad discussion with society, remains

⁹⁶ **1. Qualificação:** Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais (UFRGS), Professor da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Instituição vinculada: Universidade Federal do Rio Grande; **2. e-mail:** <https://orcid.org/0000-0002-7174-4109>; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3631125025276911>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-7174-4109>; e **5. vinculação:** Universidade Federal do Rio Grande (RS)

⁹⁷ **1. Qualificação:** Mestrando em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande (FURG); **2. e-mail:** diegogazevedo@hotmail.com; **3. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6447-1571>; e **4. vinculação:** Universidade Federal do Rio Grande (RS)

present in the parliamentary voting processes. Finally, popular deselection takes place in an environment of crisis of representation and distrust in institutions, a combination that generates social tensions.

Key-words: plebiscite; democracy; privatization.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2021 apresenta o fechamento da etapa inicial de um amplo projeto de desestatização proposto pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul. Para tanto, optaram os Deputados Estaduais por aprovar proposta oriunda do Poder Executivo, retirando da Constituição do Estado a obrigatoriedade da realização de consulta popular prévia – o plebiscito –, abrindo caminho para a venda de estatais por meio de votação no parlamento e posterior sanção governamental.

O presente texto, ao assumir a roupagem de ensaio, procura relacionar a dualidade proposta por Benjamin Constant no que se refere à sua conceituação de liberdade com essa dispensa de participação popular, permitida a reflexão crítica e subjetiva do tema, sem que se abra mão do embasamento referencial a servir de sustentáculo. Há, ainda, pretensa originalidade no enfoque e o não esgotamento do tema.

Em relação à metodologia empregada, utiliza-se a pesquisa teórica exclusivamente por meio da revisão bibliográfica em livros, artigos científicos e reportagens e dados coletados na *internet*.

O trabalho divide-se em dois capítulos no seu desenvolvimento, o primeiro tratando da dualidade entre direitos humanos e soberania popular presente na obra de Benjamin Constant e, o segundo, trazendo contornos de concretude e atualidade ao analisar a retirada da realização de plebiscito para desestatizações no Estado do Rio Grande do Sul.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A SOBERANIA POPULAR COMO NOÇÃO DE LIBERDADE DOS ANTIGOS

Henri-Benjamin Constant de Rebecque, escritor e político nascido na Suíça (1767 a 1830), escreveu, em 1819, “A Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos” (CONSTANT, 1985, s.p.). Nela, busca um modelo prático de liberdade que possa ser

aplicado a sociedades comerciais de grandes proporções. Para tanto, o autor problematiza as questões que envolvem duas formas de liberdade: uma relacionada aos povos antigos e outra aos modernos.

A distinção, de fato, é mais facilmente percebida quando a palavra está inserida na língua inglesa, uma vez que, diferentemente da portuguesa, confere a elas duas significações distintas sob a qual Constant traça um paralelo: *freedom*, se prestando mais à condição individual de liberdade; e *liberty*, um sentimento coletivo.

Assim, o sentimento de liberdade estava vinculado à participação no processo político, admitindo-se a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Direitos políticos que eram exercidos, em regra, de maneira direta, relegado o sistema representativo a um papel menor (CONSTANT, 1985, p.1).

Aos antigos, portanto, não fazia sentido uma noção de direitos individuais, uma vez que as repúblicas eram fechadas em limites estreitos, motivando o conflito entre elas. O envolvimento das pessoas, nesse contexto, se dá mais com a guerra do que com atividades outras. O comércio não era ainda “a condição normal, o fim único, a tendência universal, a verdadeira vida das nações” (CONSTANT, 1985, p.1).

Ao longo do tempo, com países de maior extensão territorial, a redução de escravos para realizarem as atividades laborais, e o sentimento de realização pessoal trazido pelo comércio – em substituição à guerra –, a liberdade passa a ser entendida como independência privada, baseada na garantia de direitos como propriedade, opinião e religião.

A construção feita por Constant é a de que para os antigos havia vantagem em sacrificarem suas vidas privadas em nome de maior participação política. Hoje, no entanto, isso significaria dar muito em troca de pouco (CONSTANT, 1985, p.2).

Em suma, a liberdade dos antigos era partilha do poder social, soberania popular; aos modernos são as garantias que as instituições conferem aos privilégios privados, aos direitos humanos. Diante disso, “seria mais fácil hoje fazer um povo de espartanos do que educar espartanos para a liberdade” (CONSTANT, 1985, p.4).

A decorrência lógica é a renúncia ao poder político se dar de forma exagerada, fazendo com que quem não gosta de política seja governado por quem gosta, uma máxima atribuída a Platão.

Uma hipótese que pode ser considerada é de lavra de Edgar Morin, a superespecialização. Um profissional competente em sua área de atuação (*expert*), diante da especificidade técnica empregada em sua atividade, acaba por perder a capacidade de conceber o que está a sua volta, o global, enfraquecendo um senso de responsabilidade e solidariedade a configurar um desafio cívico, um déficit democrático (MORIN, 2013, p.18-19).

Muito embora Constant apresente no texto uma inclinação para a liberdade em sua concepção moderna, traz, ao final, a ideia de que não apenas a felicidade é o objetivo, mas, também, o aperfeiçoamento: “e a liberdade política é o mais poderoso, o mais enérgico modo de aperfeiçoamento que o céu nos concedeu” (CONSTANT, 1985, p.7).

Fato é que as relações cada vez mais mercantilizadas de nossa época contribuem para a formação de conceitos fundamentados no individualismo. Uma espécie de triunfalismo de mercado e de sua desvinculação da moral, com “a extensão dos mercados, e de valores de mercado, a esferas da vida com as quais nada têm a ver” ou, dito de outra forma, com “a chegada do mercado e do pensamento centrado nele a aspectos da vida tradicionalmente governados por outras normas.” (SANDEL, 2012, p.12-13).

A dinâmica social decorrente disso pressupõe que, de acordo com seus recursos, as pessoas levem vidas cada vez mais separadas, um processo que Michael Sandel denomina de camarotização. Uma vez que cidadãos não compartilham uma vida comum, uma exigência da democracia, “o importante é que pessoas de contextos e posições sociais diferentes encontrem-se e convivam na vida cotidiana” (SANDEL, 2012, p.202).

2.2. A RETIRADA DO PLEBISCITO PARA DESESTATIZAÇÕES NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul estabelece, assim como a

Constituição Federal, três formas de soberania popular, entre elas o plebiscito,⁹⁸ sendo sua convocação de competência exclusiva da Assembleia Legislativa.⁹⁹

Diante disso, a partir das emendas constitucionais 31, de 2002, e 47, de 2004, e 53, de 2006, as Sociedades de Economia Mista Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Banrisul), Sociedade Anônima e Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan), além da Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul (Procergs), Companhia Estadual de Energia Elétrica (Ceee), Companhia Rio-grandense de Mineração (CRM) e Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul (Sulgás), passaram a formar um rol de empresas estatais que exigiam a consulta plebiscitária da população, tanto nos casos de alienação ou transferência do controle acionário, como nos de extinção, fusão, incorporação ou cisão.

A diferença, portanto, entre o plebiscito garantido na Constituição Estadual e o da Constituição Federal é que a primeira obriga sua realização no caso específico supracitado, enquanto a segunda deixa a critério do Congresso Nacional, além de não definir um tema específico, se referindo a assuntos de alta relevância.

Após a redemocratização, a população do Rio Grande do Sul nunca reelegeu o Governador do Estado, ou, até mesmo, sucessor do mesmo partido do governante. Tal situação de alternância de poder gerou descontinuidades de projetos de governo, não raras vezes conflituosas, motivadora de reações por parte dos novos governos que assumiam para o período subsequente.

É o caso do pleito de 1998, em que, após período de governo do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB)¹⁰⁰, assumiu o Partido dos Trabalhadores (PT).

⁹⁸ Art. 2.º A soberania popular será exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

⁹⁹ Art. 53. Compete exclusivamente à Assembléia Legislativa, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (Vide Lei Complementar n.º 11.299/98)

XI - aprovar referendo e convocar plebiscito, na forma da lei;(…)

¹⁰⁰ Atualmente, como nas suas origens, o partido passou a se chamar Movimento Democrático Brasileiro (MDB).

O ambiente era de polarização. Marcado pelo antagonismo entre ambos (FOLHA DE SÃO PAULO, 1997). O governo de Antônio Britto havia se notabilizado pelas privatizações, seguindo o modelo nacional do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que havia estabelecido o Programa Nacional de Desestatização (PND) (O GLOBO, 2013), com destaque para o setor de telecomunicações.

O período seguinte, ao contrário, é marcado pela interrupção desse modelo, inclusive no que diz respeito à concessão de incentivos fiscais a empresas multinacionais. O então governo de Olívio Dutra, na disputa seguinte representado por outro candidato, no entanto, não foi reeleito, repetindo-se a predileção do gaúcho traduzida na frase costumeiramente atribuída ao anarquismo: “há governo? Sou contra”. Mesmo assim, aqui reside um ponto interessante. A não eleição da continuidade de um projeto anti-privatista não significou a retomada das desestatizações, ao menos no início do século XXI.

Acrescente-se a isso o fato de que as principais estatais gaúchas passaram, nos anos seguintes, a contar, no texto constitucional do Estado, com a exigência de realização de plebiscito para que houvessem alterações significativas no seu modelo de funcionamento – as já citadas emendas constitucionais de números 31, 47 e 53.

O texto, no entanto, passou a sofrer tentativas de alteração a partir do governo de José Ivo Sartori, em 2014, no entanto, infrutíferas (GZH, 2018). Na gestão seguinte, de Eduardo Leite, por sua vez, instala-se um ambiente favorável para a viabilização do projeto de dispensa da consulta popular. Em junho de 2021 a Assembleia Legislativa aprova em segundo turno sua retirada em relação à Corsan, Banrisul e Procergs (GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021), por dois votos a mais do que o necessário para a aprovação de uma emenda constitucional. Antes, em 2019, o cancelamento dessa necessidade havia incluído as companhias Ceee, CRM e Sulgás (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Os próximos passos no caminho da privatização dependem de apresentação de projeto que venha a ser aprovado por maioria qualificada, casos das três últimas empresas citadas, em julho de 2019 (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO

GRANDE DO SUL, 2019).

Mesmo que o foco aqui não recaia sobre a privatização em si, mas, sim, sobre a ausência da participação popular no processo de escolha, cabe referir que o Governador do Estado justificou, ao sancionar essa liberação em relação às citadas primeiras três estatais, que os benefícios trazidos pela medida seriam de modernização, enfrentamento da crise fiscal, e geração de desenvolvimento econômico. Há, também, uma motivação advinda do governo federal, no sentido de que fazia parte de uma série de condições por ele impostas para que o Estado pudesse aderir ao Regime de Recuperação Fiscal, envolvendo suspensão do pagamento de dívidas, antecipação de receitas e possibilidade de formalizar financiamentos (GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Os políticos que compõem a oposição e demais pessoas contrárias ao projeto, além de taxá-lo como ato de entreguismo do patrimônio público, acusaram o Governador de não ter cumprido a promessa feita durante a campanha de não privatizar especificamente a Corsan e o Banrisul (SUL21, 2021).

Em relação à consulta popular, o Governador considerou que a população não tem as informações necessárias para decidir, especialmente no que se refere aos balancetes e ao novo marco do saneamento, que acabam por dotar de complexidade as análises quanto à venda de ativos. Diante disso, seria mais apropriado que essa decisão fosse tomada por deputados, uma vez que contam com uma delegação de competência dos cidadãos. “Fazer plebiscito leva tempo, é difícil, custa recursos e ainda leva a uma discussão ampla com a sociedade muito mais centrada em discursos ideológicos do que efetivamente técnica” (CORREIO DO POVO, 2021).

A opção é bastante clara no sentido de afastar o povo do processo decisório quanto ao tema, ao menos de maneira direta – pelo voto. Ademais, o resultado de uma consulta popular seria uma incógnita, havendo, inclusive, pesquisa de opinião apontando que 70% dos gaúchos seriam contra a venda de três das companhias (SINDICATO DOS

BANCÁRIOS DE PORTO ALEGRE E REGIÃO, 2021).¹⁰¹ Nesse contexto, mais do que a vontade popular expressada pelos parlamentares, pode-se afirmar que as votações na casa legislativa dependem das articulações entre eles, o que, de forma alguma, afasta o caráter ideológico das decisões. Em relação a isso dois aspectos merecem destaque.

O primeiro, guarda pertinência com a análise dos votos. Percebe-se que as votações, salvo exceções, costumam seguir um padrão. As discussões são pautadas pelo lado em que estão os partidos em relação ao governo. Assim, a divisão que se apresenta é entre partidos que compõem a base governista e partidos da oposição. Votações em bloco inevitavelmente acabam por desconsiderar o conteúdo dos projetos e propostas debatidas. Nada mais ideológico do que um posicionamento previamente pautado pelo coletivo, por orientação do partido do qual faz parte o parlamentar.

O segundo ponto, ainda a demonstrar a presença de ideologias partidárias, depende da análise dos discursos dos deputados na sessão extraordinária que aprovou, em primeiro turno, do Projeto de Emenda Constitucional nº 280, que resultou na retirada da exigência de realização de plebiscito para a venda de três estatais. Nota-se, pelas manifestações, que a discussão da participação popular no processo se mistura com outras, tais como a já referida promessa de campanha de não privatizar, o modelo adotado por outros países, se as empresas geram ou não lucro, e outras questões que não guardam relação com o tema do debate (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Diante disso, percebe-se a extrapolação do objeto da PEC, qual seja, exclusivamente a realização do plebiscito. Vale dizer, poderia um deputado votar contrariamente à retirada da consulta popular e, em sendo derrotado, no momento seguinte, se posicionar favoravelmente à privatização. O raciocínio é válido se forem invertidos os posicionamentos, o que comprova certa ausência de tecnicismo.

Prejudicado, portanto, um dos argumentos centrais que nortearam a escolha de

¹⁰¹ Cumpre ressaltar que a pesquisa foi encomendada ao instituto de pesquisas pelo Sindicato dos Bancários de Porto Alegre e pela Federação dos Trabalhadores e Trabalhadoras em Instituições Financeiras do Rio Grande do Sul, duas instituições que têm posicionamento contrário à venda de estatais.

limitar as discussões no âmbito da Assembleia Legislativa. A uma, porque as ações e omissões humanas são pautadas por ideologias; a duas, porque, conseqüentemente, a atuação parlamentar também o é.

Ademais, pode-se dizer que o Estado, em uma acepção marxista, aparenta ser a forma pela qual o interesse geral é realizado, mas, na verdade, nele prevalecem “os interesses da parte mais forte e poderosa da sociedade” (CHAUÍ, 2008, p.66). Dito de outra forma, o Estado absorve as dinâmicas sociais, garantindo a vitória de uma parcela de uma classe dominante sobre as demais, fazendo com que sejam suas ideias, da mesma forma, as dominantes (MARX, 2017, p.47). Uma dinâmica que encontra, no Brasil, campo fértil para reprodução, diante da crise de representatividade de parlamentos que não traduzem as formatações sociais em suas composições.

A desconfiança nas instituições e a busca por novas formas de participação na vida política, conforme Castells, uma vez que apropriadas “por instituições políticas ajustadas às conveniências dos interesses e valores dominantes” (CASTELLS, 2013, p.16), estão no cerne das mobilizações populares a partir de 2010:

como podem as pessoas promover uma transformação fundamental quando não confiam em suas instituições políticas [...] Quando os mecanismos de representação não funcionam adequadamente, quando poderes irresponsáveis, como instituições financeiras e mídia corporativa, definem os termos e resultados da deliberação e das tomadas de decisão num campo limitado de opções [...] (CASTELLS, 2013, p.155).

3. CONCLUSÃO

Os mecanismos de participação direta da população são, no Brasil, historicamente restritos ao voto para escolha dos representantes. Uma situação replicada nos Estados, que pouco lançam mão de consultas populares outras, que não apenas a escolha de representantes.

O Estado do Rio Grande do Sul, que tinha em sua Constituição uma hipótese vinculada de consulta, ao retirá-la, demonstra alinhar-se a esse pensamento de afastamento da população dos processos decisórios. Uma democracia, portanto, que não se faz plenamente – e, por consequência, suficientemente – participativa.

Nota-se, no caso específico da retirada do plebiscito aqui trabalhado, a predileção pelo modelo de democracia representativa, exercida pelo cidadão apenas no que diz respeito à escolha de quem receberá delegação para o representar. Procurou-se demonstrar que a justificativa para tal, no entanto, tem por base uma série de argumentos que não se sustentam, especialmente o de que uma discussão ampla com a sociedade teria cunho ideológico.

Em tempos de ampliação, tanto de acesso à informação quanto de canais que possibilitam maior alcance a opiniões, entende-se como um contrassenso a não realização de um plebiscito previsto constitucionalmente e, nem ao menos a utilização de ferramentas que permitam a manifestação da população, de fácil acesso e de baixo custo propiciados pela *internet*, o que indica um sistema político analógico.

O cenário que se cria é de afastamento da maioria da população, restringido o acesso na formação de decisões a representantes eleitos e lideranças e membros de grupos que se aproximam dos governos conforme seus critérios de avaliação. Uma cultura que retira das pessoas a própria cidadania, o senso coletivo, isolando-as em suas vidas e em seus direitos e interesses individuais.

4. REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Aprovada, em primeiro turno, a PEC que retira exigência de plebiscito para a venda de três estatais.** Disponível em <<http://www.al.rs.gov.br/agenciadenoticias/destaque/tabid/855/IdMateria/323697/Default.aspx>>. Acesso em 30 de junho de 2021.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em <<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=AixRs5bbgtw%3d&tabid=3683&mid=5359>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Plenário aprova em 2º turno PEC que retira a exigência de plebiscito para venda de estatais.** Disponível em <<http://www.al.rs.gov.br/agenciadenoticias/destaque/tabid/855/IdMateria/316742/Default.aspx>>. Acesso em 27 de junho de 2021.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. Capítulo IV, “A concepção marxista de ideologia”.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos**. Revista Filosófica Política, nº 2, 1985.

CORREIO DO POVO. **Leite avalia que população não tem informações suficientes para decidir sobre privatizações**. Disponível em <<https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/leite-avalia-que-popula%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3o-tem-informa%C3%A7%C3%B5es-suficientes-para-decidir-sobre-privatiza%C3%A7%C3%B5es-1.588839>>. Acesso em 27 de junho de 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Privatização agita a sucessão gaúcha**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/10/26/brasil/21.html>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Em segundo turno, Assembleia aprova PEC que retira exigência de plebiscito para venda de estatais**. Disponível em <<https://estado.rs.gov.br/em-segundo-turno-assembleia-aprova-pec-que-retira-exigencia-de-plebiscito-para-venda-de-estatais>>. Acesso em 26 de junho de 2021.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Governador sanciona projetos de privatização da CEEE, CRM e Sulgás**. Disponível em <<https://www.estado.rs.gov.br/governador-sanciona-projetos-de-privatizacao-da-ceee-crm-e-sulgas>>. Acesso em 27 de junho de 2021.

GZH. **Assembleia rejeita reabertura de prazo e enterra plebiscito sobre venda de estatais**. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2018/06/assembleia-rejeita-reabertura-de-prazo-e-enterra-plebiscito-sobre-venda-de-estataiscj2ah62b0art01paq4lcgq5a.html>>. Acesso em 26 de junho de 2021.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 47.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 8ª edição. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2003.

O GLOBO. **Privatizações ganharam força a partir dos anos 90.** Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/privatizacoes-ganharam-forca-partir-dos-anos-90-10448501>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**/Michael J. Sandel; tradução de Clóvis Marques. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SINDICATO DOS BANCÁRIOS DE PORTO ALEGRE E REGIÃO. **70% dos gaúchos são contra a PEC 280.** Disponível em <<https://www.sindbancarios.org.br/index.php/70-dos-gauchos-sao-contr-a-pec-280/>>. Acesso em 27 de junho de 2021.

SUL21. **As mentiras da privatização da Corsan.** Disponível em <<https://sul21.com.br/geral-1/2021/03/as-mentiras-da-privatizacao-da-corsan/>>. Acesso em 27 de junho de 2021.

Data da submissão: 06/04/2022
Data da primeira avaliação: 07/05/2022
Data da segunda avaliação: 11/06/2022
Data da aprovação: 23/08/2022

DAVID LANDAU E O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO
ABUSIVE CONSTITUTIONALISM AND DAVID LANDAU'S THOUGHT

Marcelo Maurício da Silva¹⁰²
José Eduardo Nunes de Carvalho¹⁰³

RESUMO: Foi apresentado, através deste artigo, o estudo da Teoria do Constitucionalismo Abusivo, partindo da conceituação inicial cunhada pelo Professor David Landau da Universidade do Estado da Flórida nos Estados Unidos da América, a fim de apontar a crise que a democracia vem enfrentando na atualidade. O objetivo deste artigo foi expor e discutir a Teoria do Constitucionalismo Abusivo, ante a probabilidade de decaimento da democracia. O método de pesquisa foi bibliográfico e explicativo, pois firma-se nas obras de Landau e nas suas referências teóricas, especialmente Zibblatt e Levitsky; bem como o método de pesquisa foi o dedutivo e a abordagem escolhida foi a qualitativa. Como resultado do presente artigo, foi constatado que a democracia se encontra em uma nova maneira de decaimento, qual seja: de dentro para fora, onde a democracia é atacada por mecanismos constitucionais, como é o caso das emendas constitucionais que visam minar a atuação de órgãos de fiscalização, aumentar a composição de Cortes Superiores e centralizar o poder político. Com isso, a conclusão da presente pesquisa é que a democracia está sofrendo golpes através de mecanismos de mudanças formais-constitucionais, acarretando em desgaste gradual do regime democrático, assim demonstrando que a teoria de Landau é pertinente e expressa uma visão de mundo condizente com os atuais eventos políticos e jurídicos.

Palavras-chave: democracia; constitucionalismo abusivo; David Landau.

ABSTRACT: Through this article, the study of the Abusive Constitutionalism Theory was presented, starting from the initial concept coined by Professor David Landau from Florida State University in the United States of America, in order to point out the crisis that democracy is facing nowadays. The purpose of this article was to expose and discuss the Theory of Abusive Constitutionalism, given the probability of decay of democracy. The

¹⁰² **1. Qualificação:** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista do TRT da 21ª Região/ESMAT 21. Professor de graduação e de pós-graduação do Curso de Direito do Centro Universitário do RN/UNI-RN. Advogado trabalhista; **2. e-mail:** marcelomauricio@unirn.edu.br; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7087266294433360>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-0957-3265>; e **5. vinculação:** Professor de graduação e de pós-graduação do Curso de Direito do Centro Universitário do RN/UNI (RN)

¹⁰³ **1. Qualificação:** Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Advogado criminalista; ORCID: sem vinculação.; **2. e-mail:** eduardocesadv@gmail.com; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9565617224458316>; **4. ORCID:** <https://orcid.org/0009-0006-0437-9654>; e **5. vinculação:** Centro Universitário do RN/UNI (RN)

method of research was bibliographical and explanatory, as it is based on Landau's works and his theoretical references, especially Ziblatt and Levitsky; as well as the research method was deductive and the chosen approach was qualitative. As a result of this article, it was found that democracy is in a new way of decay, which is: from the inside out, where democracy is attacked by constitutional mechanisms, as is the case of constitutional amendments that aim to undermine the performance of inspection bodies, increase the composition of Superior Courts and centralize political power. Finally, the conclusion of this research is that democracy is suffering blows through mechanisms of formal-constitutional changes, resulting in a gradual erosion of the democratic regime, thus demonstrating that Landau's theory is relevant and expresses a worldview consistent with current political and legal events.

Key-words: democracy; abusive constitutionalism; David Landau.

1. INTRODUÇÃO

A democracia é o elemento estrutural e estruturante do Estado Democrático de Direito existente em muitas sociedades atualmente. Este sistema permite que as pessoas possam votar e escolher os seus líderes, bem como que elas possam participar dos processos de tomada de decisão. Contudo, nas duas últimas décadas a democracia vem se mostrando em uma verdadeira crise de meia idade, fazendo com que ocorra, naturalmente, um desgaste (chamado pela doutrina norte-americana de *democratic backsliding*) das instituições ante a população, muito por conta da falta de confiança do povo em relação ao Estado.

Por isso é de extrema relevância estudar as causas e os efeitos do descrédito da democracia atualmente. A teoria do Constitucionalismo Abusivo é chave nesta investigação, tendo em vista que identifica e faz com que seja entendido a maneira como determinados governos usurpam o poder utilizando a Constituição como instrumento de perpetuação e hegemonia. Ocorre uma verdadeira implosão, de modo que o que era para garantir os direitos dos cidadãos e reforçar a democracia – a Constituição – é utilizada para a permanência no poder e afastar o cidadão da tomada de decisão.

Com isso, é fundamental que tal teoria seja apreciada pela sociedade, tendo em vista que a democracia deve ser constantemente reavaliada a fim de aperfeiçoamentos. O desenvolvimento da democracia não é um processo fácil, pois demanda atenção, cuidado,

jogo de interesses entre os agentes políticos e uma extrema vontade de que a força normativa da Constituição exerça seu papel para o bem da sociedade.

Da importância e relevância do tema decorre o objetivo deste artigo: expor e discutir a Teoria do Constitucionalismo Abusivo ante a probabilidade de declínio da democracia.

No artigo foi utilizado o método de pesquisa bibliográfico e explicativo, pois firma-se nas obras de Landau e nas suas referências teóricas, especialmente em Zibblatt e Levitsky; bem como o método de pesquisa foi o dedutivo e a abordagem escolhida foi a qualitativa.

Por conseguinte, a problemática desta pesquisa reside na seguinte pergunta: “até que ponto as próprias Constituições estão sendo utilizadas para minar a democracia?” e a hipótese de resposta se dá através do estudo da Teoria do Constitucionalismo Abusivo.

Com isso, essencial se torna a relação entre a Teoria do Constitucionalismo Abusivo e o livro *Como as Democracias Morrem* (escrito por Zibblatt e Levitsky), tendo em vista que um pode ser encarado como o complemento do outro, pois o primeiro trata dos aspectos jurídico-formais do decaimento da democracia no mundo, ao passo que o segundo trata, especificamente, dos aspectos sociais e políticos do mesmo processo.

2. COMO AS DEMOCRACIAS MORREM: CORRELAÇÕES COM O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Tendo em mente que o livro “*Como as Democracias Morrem*” se tornou *best-seller* no mercado editorial brasileiro, sendo vendido mais de 15 mil exemplares, e por também ser considerado um dos livros mais importantes do século XXI para a Ciência Política, ele se torna uma fonte de inspiração para o presente artigo e, por esse motivo, tem o segundo capítulo batizado com o nome da obra, sendo ele uma das justificativas para a realização do presente estudo.

A obra analisa os processos de subversão da democracia ao redor do mundo, apontando exemplos longínquos e recentes de países latino-americanos, europeus e, mais

especificamente, dos Estados Unidos. Os autores traçam como objetivo principal tentar responder à seguinte pergunta: “democracias tradicionais entram em colapso?” e, para isso, fazem análises de processos de decaimento da democracia ocorridos nos séculos XX e XXI e traçam suas diferenças.

O livro se tornou um marco para o estudo da Ciência Política, tendo em vista que diversos países do mundo se encontram em um momento de declínio da democracia, mesmo que a sua população pense que viva em um regime completamente democrático. A obra traz à luz, de forma didática, que a democracia pode ser subvertida não apenas através de tentativas de golpes espetaculares e violentos como acontecia no século passado, mas principalmente por meio de determinados atos tão minuciosos e altamente calculados que, à primeira vista, parece se adequar com a democracia, mas em realidade os danos são quase imperceptíveis.

No capítulo 1, nomeado de “Alianças fatídicas”, os autores evidenciam a ascensão dos *outsiders* políticos para chefia de governo através de maneiras legítimas (eleições) e como é difícil controlá-los quando conseguem o poder, dando exemplos históricos de Hitler, Mussolini e Chávez. Segundo Levitsky e Ziblatt (2018, p. 29),

Não apenas todos eles eram *outsiders* com talento para capturar a atenção pública, mas cada um deles ascendeu ao poder porque políticos do *establishment* negligenciaram os sinais de alerta e, ou bem lhes entregaram o poder (Hitler e Mussolini) ou então lhes abriram a porta (Chávez).

Ainda no mesmo capítulo, os cientistas políticos desenvolveram um conjunto de sinais de alerta que podem ajudar a reconhecer um autoritário. As características são: 1) rejeição, em palavras ou ações, às regras democráticas do jogo; 2) negação da legitimidade dos oponentes políticos; 3) tolerância ou encorajamento à violência e 4) propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

O capítulo 4 é chamado de “Subvertendo a democracia” e é nele que os autores destrincham o processo de erosão democrática, apontando que muitas vezes começa-se o processo por dentro da própria estrutura democrática e por ser tão sutil, se torna quase imperceptível à sociedade. Segundo os autores, é nesse momento que há a tentativa de

reescrever as regras do jogo, bem como o controle dos árbitros (órgãos de fiscalização), tal como aconteceu na Hungria, onde o Governo Orbán aumentou o número total de membros da Corte Constitucional e mudou as regras de nomeação, a fim de que o partido Fidesz pudesse indicar sozinho os novos magistrados (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

O capítulo termina com a seguinte provocação: “é tão fácil destruir as instituições democráticas?”. E no capítulo 5 (“As grades de proteção da democracia”), os autores deixam claro que as regras constitucionais não bastam para conter a erosão democrática, pois elas estão sujeitas a diversas interpretações conflitantes e que podem ser usadas a ponto de desrespeitar o intuito do legislador originário. Com isso, os autores entendem que são de suma importância as regras constitucionais informais – não escritas no corpo da Constituição – pois são elas que permitem a existência de um ambiente político equilibrado através da utilização de regras costumeiras/práticas e respeitadas à democracia.

No último capítulo, os autores se preocupam em fazer uma análise sobre o estado da democracia norte-americana e afirmam que a sua essência está sob ataque e para salvá-la, é preciso restaurar as normas básicas que a protegiam no passado – tal como o sentido de liberdade. Para isso acontecer, entendem que deve existir normas que tornem a democracia mais inclusiva e diversificada, pois o mundo se encontra em uma era de igualdade racial e diversidade étnica jamais vista antes. Apenas a partir da criação de regras democráticas baseadas nesses valores é que a democracia americana funcionará saudavelmente (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

O livro *Como as Democracias Morrem* traz à tona a necessidade de se criar mecanismos que impeçam a existência – ou ao menos que minimizem seus efeitos – de abusos na ordem democrática. Esses mecanismos devem ser fortemente baseados em princípios que afirmam a democracia como único regime possível e que não há outro caminho a não ser através dela. Muitos desses princípios se encontram enraizados na própria história do constitucionalismo.

2.1. DO CONSTITUCIONALISMO (ABUSIVO)

Ao longo da história, os conceitos de constitucionalismo foram mudando – cada acontecimento histórico o determinava de uma maneira e o utilizava para mudar a realidade. Cada contexto histórico demanda certas necessidades de mudanças que, sobretudo, só podem ser entendidas dentro de seu contexto social, político e jurídico. Com isso, apreende-se que uma das características imutáveis do constitucionalismo é a evolução e a sujeição aos acontecimentos que marcaram determinada época – sejam eles sociais, políticos, jurídicos etc.¹⁰⁴.

De acordo com Canotilho (2012, p. 51, *apud* MARTINS, 2020, p. 37), “em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)”. Por fim, o constitucionalismo pode ser considerado como o movimento do Direito Constitucional no tempo e no espaço, de modo que irá sempre sofrer modificações a depender dos atores e das necessidades do tempo vivido.

Flávio Martins (2020, p. 36) entende que o constitucionalismo é um movimento social, pois ele é fruto de diversos acontecimentos relevantes, onde se busca a limitação do poder do Estado e o reconhecimento dos direitos fundamentais do cidadão. Também é um movimento político, pois essencial se torna a realização de acordos e negociações políticas para que a limitação do Estado seja efetivada. Por fim, não poderia deixar de ser um movimento jurídico consistente na força normativa que a Constituição traz em seu bojo, tendo o poder de modificar a realidade.

A concepção moderna do constitucionalismo entende que ele é fundamental para limitar o poder do Estado. Tanto é verdade que os direitos liberais – chamados pela doutrina de direitos de 1ª geração – foram consagrados pelas Constituições liberais, onde o povo propôs a ruptura com o sistema opressor, visando assegurar, assim, o direito a maior autonomia individual, como aconteceu nos Estados Unidos com a Declaração de Virgínia de 1776. Segundo Bobbio (2018), o Estado liberal e o Estado democrático são

¹⁰⁴ Nota explicativa sobre a vinculação da Constituição à realidade de seu tempo: “A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade” (HESSE, 1991).

interdependentes, pois o liberalismo traz liberdades para o exercício de determinadas garantias que a democracia traz em seu bojo – como é o caso dos direitos fundamentais.

Veja-se:

O Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para a garantia a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e democrático, quando caem, caem juntos (BOBBIO, 2018, p. 38-39).

Apesar de a conceituação moderna do constitucionalismo envolver a limitação do poder do Estado, mais democracia e participação do processo de tomada de decisões pelo cidadão, percebe-se um alavancamento lento e gradual do autoritarismo que está adoecendo as democracias ao redor do globo. Esse adoecimento foge dos métodos tradicionais, como os de tomada de poder pela força, golpes de Estado através das Forças Armadas como ocorreu outrora no Brasil em 1964; ele é mais sutil e acontece por dentro da ordem jurídica, tendo, inclusive, aparente legalidade.

O fenômeno ficou conhecido como “constitucionalismo abusivo” – nome cunhado pelo constitucionalista David Landau (2020b, p. 6), que o define como “o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes”.

O constitucionalismo abusivo¹⁰⁵ se aproveita dos mecanismos que são trazidos pela própria Constituição, a fim de minar a democracia. A corrosão ocorre por dentro do sistema constitucional, sendo ele utilizado para criar regimes autoritários ou semi

¹⁰⁵ Nota explicativa sobre a diferenciação da nomenclatura entre constitucionalismo autoritário e constitucionalismo abusivo cumulado com o conceito: “Malgrado a nomenclatura seja distinta, o fenômeno é similar: a elaboração ou a reforma de uma Constituição pelos grupos detentores do poder, com o claro propósito de nele se perpetuarem, reduzindo a oposição, enfraquecendo as instituições e, por consequência, minando a democracia” (MARTINS, 2019, p. 31).

autoritários. Essa corrosão, na maioria das vezes, acaba passando despercebida pela maioria das pessoas, pois o ato não tem um impacto tremendo a ponto de colapsar a democracia existente, mas sim a ponto de retirar parte de sua sustentação – de longe, ainda parece estar presente todos os aspectos de uma democracia sólida.

A palavra “abusivo”, por si só, é capaz de indicar um uso não adequado de algo e, neste caso, é a Constituição que, por meio de reiteradas Propostas de Emenda à Constituição, por exemplo, visam minar o poder político do partido rival, prolongar o tempo de exercício de mandato ou permitir uma nova reeleição do ocupante do poder, esfacelar os órgãos de fiscalização do Estado etc. Com isso, a Constituição se torna um instrumento para destruir, gradualmente, a democracia.

Como exposto acima, entende-se como constitucionalismo abusivo todo e qualquer uso de mecanismos de mudança constitucional que tenha o objetivo de afligir a democracia, tornando o Estado menos democrático do que era antes dos abusos cometidos¹⁰⁶.

No século passado – meados de 1960 e 1980 –, a tormenta dos países em desenvolvimento era serem acometidos por golpes militares. Porém, nos dias atuais, tal maneira de se chegar e controlar o poder caiu em desuso, muito por conta das sanções internacionais ou pela flagrante falta de legitimidade que tais governos teriam ante a população. O autoritarismo que antes era evidente em uma simples análise – pois os mecanismos de usurpação do poder eram espetaculares, como a invasão da residência oficial, bombardeios, demonstração de poder bélico (tanques, armas etc.), tortura etc. – se tornou um fenômeno muito mais complexo de ser entendido, pois, nos tempos atuais, as ameaças são silenciosas e se confundem com o próprio sistema constitucional vigente¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Nota explicativa sobre mecanismos de mudança constitucional que tenha o objetivo de afligir a democracia “Tal situación se presenta cuando el cambio constitucional es utilizado por los gobernantes de turno para socavar la democracia, haciendo más difícil su desvinculación del poder y acallando instituciones (como los tribunales u órganos electorales) diseñadas para controlar el ejercicio del poder. Así pues, para lograr su cometido, los titulares del poder, en lugar de asestar un golpe de Estado (un método tradicional en franco declive), se apoyan en oleadas transitorias de popularidad para impulsar los cambios que impactan el orden democrático” (ROJAS BERNAL, 2016).

¹⁰⁷ Nota explicativa sobre as novas maneiras de se arruinar uma democracia: “Há outra maneira de arruinar uma democracia. É menos dramática, mas igualmente destrutiva. Democracias podem morrer não nas mãos

As novas maneiras de tomada de poder e usurpação da Constituição do Estado foram aperfeiçoadas, a ponto de transformar o Estado em uma democracia apenas formal e não material, tal como afirma Landau (2020b, p. 3): “os conjuntos de regras formais encontrados nas constituições estão se demonstrando meras folhas de papel contra regimes autoritários e quase autoritários”.

Enquanto os abusos são cometidos silenciosamente na ordem constitucional, continuam a ser realizadas eleições periódicas; o povo acredita fielmente que vive em um regime plenamente democrático; as emendas constitucionais abusivas continuam a ser aprovadas sob os argumentos de proteção ou desenvolvimento estatal, tornar o Poder Judiciário mais eficiente ou combater a corrupção sistêmica. A subversão da ordem democrática vai acontecendo organizadamente ao longo do tempo, sem que uma simples análise identifique que, em realidade, o sistema constitucional se encontra deturpado por ter se tornado um instrumento que culmina na passagem gradativa de um Estado democrático para um Estado autoritário. Na mesma linha argumentativa:

A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo único legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 81).

Essa subversão se dá por diferentes maneiras, porém, uma das mais importantes e que comprometem o regime democrático a longo prazo é o controle dos árbitros – aqueles que fiscalizam o governo que se encontra no poder. As instituições que deveriam ser utilizadas para fiscalizar e frear possíveis abusos dos agentes detentores do poder são usurpadas, fazendo com que sejam inseridos nelas os apoiadores políticos do governo em

de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como o fez Hitler na sequência do incêndio do Reichstag em 1933 na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

exercício, a fim de que haja maior liberdade para os abusos serem cometidos. Com isso, a tentativa de responsabilização horizontal dos usurpadores do poder não pode ser concretizada. Dois exemplos emblemáticos aconteceram na Hungria e Venezuela, onde os presidentes Viktor Orbán e Hugo Chávez, respectivamente, aumentaram o número de membros da Corte Constitucional.

A captura dos árbitros tem os objetivos de reescrever as regras do jogo em benefício daquele que está no poder e prejudicar a oposição. A regra será aplicada de maneira seletiva entre os jogadores. É como imaginar uma partida de futebol em que o time mais poderoso consegue corromper os árbitros e, ao longo da partida, faz um gol em impedimento e, mesmo assim, é considerado válido. Em suma, quando os árbitros que apoiam o governo são inseridos dentro dos órgãos de controle e fiscalização há uma reestruturação do que pode e do que não pode ser feito, fazendo com que a responsabilização seja apenas um detalhe formal esquecido na prática, pois as fontes reais de poder se impõem.

Vale ressaltar que não é toda mudança à Constituição que poderá ser enquadrada dentro do tema aqui exposto, tendo em vista que, como mostrado mais acima, o constitucionalismo ou constitucionalismos – como quer Canotilho – está em constante movimento, o que acarreta em pontuais mudanças à Constituição pelo Poder Constituinte Derivado Reformador a fim de que ela se enquadre à realidade vivenciada pela população. Alguma situação pode ser apenas inconstitucionalidade sem qualquer pretensão de controlar árbitros, se perpetuar no poder, isolar líderes da oposição, mudar regras eleitorais em benefício próprio etc. Essa análise deve ser feita minuciosamente, sob pena de banalizar e considerar qualquer inconstitucionalidade a utilização da Constituição como um instrumento para minar a democracia.

Em entrevista exclusiva realizada com o constitucionalista David Landau, ao ser questionado acerca da gravidade do fenômeno no início de sua pesquisa e nos tempos atuais, afirmou que entende que, nos dias atuais, o fenômeno é mais recorrente, pois é uma questão global e não apenas regional; está se espalhando ao redor do mundo. Além disso,

acredita que isso vai continuar acontecendo de maneira ainda mais profunda. Em seu entendimento, isso é muito preocupante. Através dessa resposta, presume-se que o fenômeno, expressado através de governantes, têm a possibilidade de se sofisticar/atualizar no tempo.

A sofisticação do fenômeno pode ser entendida quando da resposta à pergunta que questionava se o constitucionalismo abusivo também pode ocorrer através de discursos, mesmo sem a prática de nenhum ato formal – como uma mudança no texto constitucional que vise beneficiar os ocupantes do poder ou determinado partido. Ao responder o questionamento, Landau entendeu que o discurso pode sim ser considerado constitucionalismo abusivo em um caso extremo, onde ele será uma parte da estratégia para levar a mudanças na Constituição, por exemplo. Além disso, entende que o discurso acaba tendo efeitos reais que podem levar a mudanças legais e políticas abaixo do aceitável em uma ordem constitucional estável.

Através dessa resposta, pode-se inferir que os discursos também devem ser levados a sério em uma democracia, pois é através deles que o governante se comunica com toda a população e expressa diretamente seus interesses. O discurso, por si só, pode não ter a força suficiente para derrubar a democracia existente em um determinado Estado, mas ele contribui fortemente para o enfraquecimento da democracia, a ponto de se facilitar os próximos passos do governante que ocupa o poder. Através do discurso se normaliza o absurdo e a consequência disso é sempre a fragilização dos laços democráticos.

3. ESTUDOS DE DAVID LANDAU

Este capítulo será dedicado a mostrar as bases do pensamento de David Landau – utilizando suas obras como ponto de referência e sem o objetivo de esgotá-las –, sendo abordados os seguintes temas: a) Pragmatismo jurídico e b) *Constitution-making*, pois o foco do artigo é o desenvolvimento do conceito de Constitucionalismo Abusivo.

3.1. PRAGMATISMO JURÍDICO

O pragmatismo é uma teoria que remonta ao final do século XIX e consiste em um pensamento filosófico que possui como premissa maior o fato de que o significado de um determinado conceito está nas suas consequências e aplicações práticas e não nos discursos abstratos que a filosofia tradicional sustenta (NUNES, 2014, p. 3-4). Com isso, depreende-se que o pragmatismo, em sua essência, se preocupa com a situação experimentada, pouco importando a construção teórica anteriormente realizada – se é que há uma no contexto dado.

Ao aplicar esse conceito ao pragmatismo jurídico, David Landau chega ao entendimento de que:

Legal pragmatism envisions judging as a problem-solving enterprise. Pragmatic judges view law as an instrument, or as a way of achieving the best answer possible in a given context in order to advance certain social goals. (LANDAU, 2017, p. 1).

Assim, o pragmatismo jurídico se torna uma ferramenta fundamental para que cada caso possa ser analisado de acordo com suas peculiaridades, a fim de que, ao final, a melhor decisão seja tomada pelo(s) magistrado(s). O melhor entendimento do caso não vai depender apenas da análise do caso, mas também do contexto em que ele está inserido.

Segundo Landau, há três características fundamentais do pragmatismo jurídico, quais sejam: anti formalidade, tendo em vista que normas fixas não são capazes de resolver todos os casos existentes, por ser algo muito formal que impede a visão amplificada de “solução de problemas”. Para ele, o foco deve estar na solução do problema jurídico e não na crença inabalável de que uma lei é capaz de resolver todas as situações conflituosas. Veja-se:

Finally, legal pragmatists disagree with the claim that all legal problems have a single correct answer. They argue that the approach urged by formalists is a smokescreen – in reality, the rules and principles marshaled by formalists do not produce a single answer to difficult cases, and may thus be used as a cover for other considerations (LANDAU, 2017, p. 3).

Eclético, pois não fazem parte de uma grande teoria, mas sim utilizam-se de algumas; não são fiéis a uma só, pois a resposta será dada através da análise do caso

concreto¹⁰⁸ e instrumental, a fim de que a lei seja vista como um instrumento para atingir determinados objetivos, de acordo com o contexto dado.

O pragmatismo trabalha através da utilização – pelo magistrado – da proporcionalidade, a fim de que determinados valores e princípios possam ser ponderados na análise do caso concreto e, através disso, seja tomada a melhor decisão possível – sempre explicando quais os valores que ponderou e a motivação. Veja-se:

Some work on proportionality seems to envision it as a relatively pragmatic legal instrument. This scholarship emphasizes the transparency of the reasoning framework – it forces judges to put their cards on the table, explaining which values, principles, and rights they are emphasizing and why. This results in a perspective-based and context sensitive weighing of the constitutional ideals found to be in conflict. The answer reached by the judge should be reasonable but often will not be inevitable (LANDAU, 2017, p. 13-14).

O pragmatismo também pode ser utilizado como uma maneira de lidar com os “pontos cegos” do ordenamento jurídico, aqueles em que o formalismo não consegue alcançar por ser muito engessado e não ter uma decisão prescrita. Isso força os juízes a se apegarem à situação fática e buscarem alguma solução – sempre a melhor.

Por fim, Landau alerta para a importância do pragmatismo jurídico ante o perigo das mudanças formais na constituição, tendo em vista que elas podem prejudicar o desenvolvimento democrático do país através, por exemplo, do enfraquecimento de órgãos fundamentais para seu funcionamento. Para ele, essas situações necessitam de uma decisão criativa pelo Judiciário.

But mechanisms of formal amendment also have, in many contexts, a problematic side. They can, for example, be used for anti-democratic ends: entrenching incumbents in power and weakening the powers of institutions meant to check those institutions. There is no reason to believe these problems are inherently self-correcting. Thus, they would seem to call for exactly the

¹⁰⁸ Nota explicativa sobre a visão de Landau acerca do pragmatismo legal: “Pragmatistas legais rejeitam a alegação de que a lei pode ser moldada em uma única grande teoria, se essa teoria é uma variante do formalismo legal ou alguma outra teoria como direito e economia. Ao invés de tentar construir uma teoria constitucional por fora de qualquer teoria fundacional, pragmatistas legais enxergam várias teorias e abordagens como diferentes ferramentas entre várias existentes. Todas elas podem oferecer proposições úteis, e as melhores ferramentas provavelmente dependem de condições particulares do caso” (LANDAU, 2017, p. 13-14, tradução nossa).

creative, problem-solving judicial role that is the hallmark of legal pragmatism (LANDAU, 2017, p. 12).

3.2. CONSTITUTION-MAKING

Um dos processos mais importantes que um Estado pode enfrentar é o Processo Constituinte, qual seja, aquele momento em que o Estado é desenhado através da elaboração de uma nova Constituição. Tal processo é um dos temas que David Landau mais aborda em seus artigos. Segundo o constitucionalista (LANDAU, 2012, p. 2), existem duas etapas de mudança de regimes: a primeira é quando a mudança de poder é feita em flagrante violação ao sistema jurídico existente e a segunda é o momento em que o novo regime vai implementar as novas regras de governança e, conseqüentemente, é o momento em que constituições serão escritas e criadas.

Segundo Landau (2012, p. 2), deve ser prestada mais atenção na segunda etapa, pois é através dela que as novas instituições serão criadas e, não apenas isso, mas também serão definidas as maneiras de controle do uso do poder. Comumente, se presta mais atenção no momento da queda do regime – por ser uma ruptura traumática e, muitas vezes, *espetacularizada* a ponto de deixar a segunda parte com menos evidência –, mas é na segunda parte que deve ser dada atenção, pois determinados grupos podem impor sua agenda ante a elaboração de uma nova constituição, a fim de consolidar seu poder¹⁰⁹. Caso esses grupos consigam obter maioria para aprovar as suas propostas, eles poderão modelar o Estado à sua própria imagem – e esse é o risco principal e onde toda a atenção deve estar voltada no Processo Constituinte.

As constituições geralmente não deixam clara a existência de requisitos para sua própria substituição, pois se presume que todo o poder emana do povo e, ele querendo, é possível a realização de uma nova Assembleia Constituinte sem nenhuma submissão ante o

¹⁰⁹ Nota explicativa sobre os perigos da elaboração de uma nova constituição: “Mas a elaboração da constituição também é perigosa e comumente abusada; A elaboração da constituição é muitas vezes aproveitada para impor as agendas de determinados grupos sociais ou, pior ainda, de determinados atores que estão tentando consolidar o poder. Esses processos provavelmente levarão a estados instáveis e de mau funcionamento. Assim, uma tarefa importante, mas muito difícil, é conceber formas de evitar que esse tipo de abuso ocorra. Em vez de projetar a elaboração da constituição na tentativa de alcançar algum estado final idealizado, podemos ser mais bem servidos desenvolvendo um modelo de constitucionalismo “averso ao risco”, onde o objetivo principal é evitar o colapso democrático” (LANDAU, 2012, tradução nossa).

ordenamento jurídico existente. Segundo Landau (2012, p. 17), esse modelo de não existência de restrições à elaboração da nova constituição pode ser muito perigoso para a democracia, pois pode-se utilizar como argumento a “legitimidade popular” para justificar atos que importem em danos ao regime democrático.

Além disso, Landau (2020b, p. 9-11) aponta para a possibilidade de intervenção judicial no Processo Constituinte, indicando que as cortes têm três tipos de funções: a) catalíticas; b) bloqueadoras e c) modeladoras.

A primeira função ocorre quando as cortes dão aos atores políticos a autoridade legal para que eles prossigam em processo que antes era contestado e considerado ambíguo; nesse modelo, o Poder Judiciário não pode intervir no processo. A segunda função é quando uma corte pode interromper o processo por entender que as regras do ordenamento jurídico existente não estão sendo respeitadas – e é nesse ponto que Landau reforça a importância do pragmatismo jurídico, pois mesmo a Teoria do Poder Constituinte Originário¹¹⁰ sendo a mais comum, deve ser analisada caso a caso, a fim de que o espírito democrático da Constituição a ser substituído não seja eliminado por interesse de determinados grupos. A terceira e última função é quando uma corte tenta direcionar o Processo Constituinte, influenciando em determinadas tomadas de decisão, fazendo com que, conseqüentemente, participem do processo, mesmo que de maneira indireta.

Ademais, Landau (2013) afirma que dois dos elementos mais importantes em um Processo Constituinte são a diversidade interna e restrições externas. Veja-se:

Internal diversity is important because, where no single political force or actor controls enough seats to unilaterally push through their program, actors must compromise with other political groups. External constraints, when a constitution-making body is subject to rules placed upon it by other institutions such as a court or ordinary legislative body, may also restrain unilateral exercises of power (LANDAU, 2013, p. 15).

Por fim, o Processo Constituinte é um dos temas que mais ocupam os escritos realizados por David Landau, tendo em vista tamanha importância que o Processo

¹¹⁰ Landau entende que a teoria clássica cunhada por Sieyès e Schmitt não trata da sua implicação prática, mas apenas foca na lógica argumentativa entre poderes constituídos e constituintes, bem como na detenção do poder pelo povo e não nas consequências de tais pensamentos.

Constituinte representa para a modelação de um Estado, a fim de que determinados direitos sejam resguardados, bem como a funcionalidade dos poderes regulatórios e fiscalizatórios daqueles que se encontram no poder.

4. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E SUA OCORRÊNCIA NO MUNDO

O constitucionalista David Landau, a fim de dar materialidade à ocorrência do constitucionalismo abusivo no mundo, descreve 3 possibilidades de manifestação do fenômeno: 1) por emendas; 2) por substituição e 3) por reforma e substituição. Nos três casos, Landau descreve sua ocorrência em determinados países (Colômbia, Venezuela e Hungria, respectivamente).

Landau cita a Colômbia como um caso específico de existência do constitucionalismo abusivo por emendas, tendo em vista que o ex-presidente Álvaro Uribe se utilizou de sua popularidade adquirida no primeiro mandato para promover uma emenda à Constituição que lhe permitia um segundo mandato no cargo – o que de fato ocorreu. No fim do segundo mandato, os apoiadores do então presidente apoiaram a aprovação de uma nova emenda no Congresso colombiano, qual seja: a permissão para concorrer a um terceiro mandato, o que daria a Uribe a possibilidade de comandar o aparato estatal a ponto de minar o poder de fiscalização das instituições, sendo este um dos motivos pelo qual a Corte Constitucional considerou que a segunda reeleição constituía uma substituição da Constituição e, portanto, uma erosão democrática seria inevitável (LANDAU, 2020a).

Através do exemplo acima exposto, é perceptível que não há um rompimento abrupto do regime democrático, mas sim um contínuo desgaste, o que acarreta em uma erosão democrática contínua através de meios formalmente legais. Ora, a emenda que dava a Uribe a possibilidade de uma nova candidatura foi aprovada pelo Parlamento, sendo, portanto, formalmente legítima; porém, a saúde da democracia é diretamente afetada, pois uma segunda reeleição seguida daria ao presidente colombiano a possibilidade de mais nomeações, contribuindo para o enfraquecimento dos órgãos de fiscalização do Estado. Os efeitos implícitos são imperceptíveis, pois, segundo Levitsky e Ziblatt (2018, p. 17), “como

não há um momento único – nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição – em que o regime obviamente “ultrapassa o limite” para a ditadura, nada é capaz de disparar os dispositivos de alarme da sociedade”.

Por conseguinte, Landau utiliza a Venezuela como um caso de ocorrência do constitucionalismo por substituição, onde Hugo Chávez foi eleito em 1998 prometendo a substituição da Constituição até então em vigor através de uma nova Assembleia Constituinte, pois, segundo ele, quem detinha o poder constitucional para substituir o texto constitucional era o povo. Com isso, percebe-se uma deturpação da utilização da teoria do poder constituinte originário, tendo em vista que Chávez criou regras imensamente favoráveis a ele, tais como: suspensão do Congresso, remoção de servidores públicos e fechamento da Suprema Corte, bem como o aumento do exercício do mandato presidencial para 6 anos, com possibilidade de uma reeleição pelo mesmo período etc. Com isso, Landau quis, através desse exemplo, expor que as constituições podem ser deturpadas através da utilização da teoria do poder constituinte originário, o que acarreta em uma substituição sem vinculação com princípios e garantias fundamentais da Constituição anteriormente vigente (LANDAU, 2020a).

Por fim, Landau se utiliza do exemplo húngaro como constatação do constitucionalismo abusivo por meio de reforma e substituição, onde o partido Fidesz, que chegou ao poder em 2010 com maioria no Parlamento, promulgou uma série de emendas constitucionais (10 nos meses finais de 2010) que visavam enfraquecer as instituições com cunho fiscalizatório, sobretudo a Corte Constitucional. Através dessa medida, foi concedido mais poder unilateral aos membros do partido sobre processos de nomeação.

Após as medidas reformadoras, o partido avançou com um plano de substituição constitucional, utilizando-se da maioria de dois terços no Parlamento para criar uma nova Constituição. O resultado da criação de uma nova constituição foi: ampliação do tamanho da Corte Constitucional – dando ao partido a possibilidade de escolha dos novos magistrados –, diminuição da idade de aposentadoria judicial de 70 para 62 anos, etc. Portanto, depreende-se que na Hungria houve um processo de enfraquecimento

democrático, primeiramente, através de reformas ao texto constitucional, com aprovação de medidas que tornavam o país menos democrático e, depois, através da substituição da Constituição existente por uma nova que limitava a possibilidade de fiscalização por determinados órgãos (LANDAU, 2020a).

Em todos os casos acima expostos há subversão à democracia aproveitando-se das próprias instituições democráticas, ou seja, os assassinos da democracia reescrevem as regras do jogo a seu favor, buscando controlar cada espaço que seja, ao menos, uma ameaça ao exercício do seu poder no controle do aparato estatal. A democracia vai sendo desmontada a cada medida autocrática que é tomada, tornando o país, lentamente, cada vez menos democrático.

A teoria do constitucionalismo abusivo de David Landau (2020a) e a tese do livro *Como as Democracias Morrem* convergem no seguinte ponto: a maneira de se tornar um Estado menos democrático¹¹¹. Ambos atestam que, nos tempos atuais, a erosão democrática ocorre de dentro pra fora, onde as instituições democráticas – que teoricamente deveriam proteger o Estado Democrático de Direito – são utilizadas como instrumento para se atingir um fim, qual seja: a degradação da democracia. Por isso, emendas constitucionais que visam prolongar mandatos dos detentores do poder, aumentar o número de vagas na Suprema Corte, suprimir direitos da oposição etc., são formas de utilizar as instituições democráticas contra a própria democracia.

Segundo Levitsky e Ziblatt (2018, p. 19):

As instituições se tornam armas políticas, brandidas violentamente por aqueles que as controlam. É assim que os autocratas eleitos subvertem a democracia – aparelhando tribunais e outras agências neutras e usando-os como armas, comprando a mídia e o setor privado (ou intimidando-os para que se calem) e reescrevendo as regras da política para mudar o mando de campo e virar o jogo contra os oponentes. O paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo é que os assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la.

¹¹¹ Os autores do *best-seller* são cuidadosos a ponto de manterem o livro coerente com os estudos da Ciência Política e não adentrar – profundamente – em uma concepção mais jurídica das análises expostas. David Landau se torna o responsável por trazer o desenvolvimento jurídico do assunto exposto no livro ao mundo jurídico através do conceito de Constitucionalismo Abusivo.

Em entrevista exclusiva realizada com o constitucionalista David Landau (2022), ele deixou claro alguns de seus temores em relação ao que vem ocorrendo com a democracia no mundo. Ao ser indagado sobre a situação do fenômeno (se está mais ou menos frequente desde o início de sua pesquisa), entende que hoje é mais recorrente, pois se trata de uma questão global e não apenas regional. Para ele, o Constitucionalismo Abusivo está se espalhando ao redor do mundo e acredita que isso vai continuar acontecendo de maneira ainda mais profunda.

Não apenas está ocorrendo em diversas partes do mundo (Hungria, Polônia, Brasil, Turquia etc.), mas é notório acompanhar a evolução do fenômeno, pois o conceito inicial trazido por Landau é de que o constitucionalismo abusivo ocorre quando há práticas de atos que tornem um Estado menos democrático do que era antes. Em suas obras, Landau deixa claro que esses atos que ensejam em mudanças são atos formais e dentro do plano de validade de uma norma jurídica, porém, hoje é possível visualizar uma evolução do fenômeno, sendo sua realização também através do discurso político.

Ao ser indagado sobre tal assunto, Landau disse que o discurso pode se encaixar como Constitucionalismo Abusivo em um caso extremo e que pode ser parte da estratégia para atingir mudanças na Constituição, sejam formais ou informais. A fim de exemplificação, mencionou o fato de que, mesmo depois que Trump perdeu as eleições em 2020 nos EUA, as consequências de suas ações e discursos foram tremendas (LANDAU, 2022). Daí depreende-se que o discurso pode trazer muitos problemas e pode influenciar mudanças políticas e algumas pessoas não levam a sério esses discursos, o que é um erro, pois podem levar a mudanças que se enquadram no Constitucionalismo Abusivo.

Para entender melhor o pensamento de David Landau, necessário se faz trazer à baila suas referências quanto às suas teses (*vide* capítulo 4) e a relação delas com o Constitucionalismo Abusivo.

Ao tratar do tema do *constitution-making*, Landau utiliza como base o pensamento de Elster¹¹². O cientista político norueguês escreveu um artigo intitulado *Forces and*

¹¹² Jon Elster (Ph.D, Universidade de Paris, 1972) ensinou em Paris, Oslo e Chicago antes de ir para Columbia.

Mechanisms in the Constitution-Making Process, no qual destrincha o tema e ressalta que “new constitutions almost always are written in the wake of a crisis or exceptional circumstance of some sort. [...] By and large, however, the link between crisis and constitution-making is quite robust” (ELSTER, 1995).

A partir desse entendimento, é perceptível que há uma proximidade entre momentos de crise e a necessidade de se elaborar uma nova constituição, tendo em vista que as crises fazem com que o povo e o próprio sistema de governança clamem por mudanças centrais que objetivem a resolução de problemas que causam as crises. Por conseguinte, Elster (1995) defende que, pelo fato das constituições perdurarem pelo futuro sem prazo de validade, elas devem ser escritas em condições de máxima calma e não perturbação, pois é um procedimento baseado na racionalidade e imparcialidade.

Na mesma linha de pensamento, Landau corrobora com seu entendimento quando deixa claro que o procedimento constituinte deve ter diversidade interna (*vide* capítulo 3.2), a fim de que as demandas de boa parte da sociedade sejam atendidas – bem como as das gerações futuras, que não tem representantes na Assembleia. Veja-se:

Constitution-makers, however, legislate mainly for future generations, which have no representatives in the constituent assembly. It is part of their task to look beyond their own horizon and their own interests. At the same time, the call for a new constitution usually arises in turbulent circumstances, which tend to foster passion rather than reason. Also, the external circumstances of constitution-making invite procedures based on threat-based bargaining (ELSTER, 1995, p. 31).

É fundamental que ao invés de se prestar total atenção na queda do regime democrático, também se preste a devida atenção ao procedimento constituinte, pois é através dele que o Estado será modelado, bem como o controle do uso do poder dentro dele – o que é fundamental para a prevenção do constitucionalismo abusivo através de mecanismos, como o requisito de determinado quórum para se aprovar emenda à constituição, estabelecimento de cláusulas pétreas, limitação de reeleição etc.

5. CONCLUSÃO

Com isso, o intuito deste artigo foi o de apresentar a Teoria do Constitucionalismo Abusivo em uma análise mais conceitual, a fim de que seja levado ao ambiente acadêmico o debate sobre os riscos que a democracia corre ao redor do globo e as novas maneiras de se corromper a democracia, sendo um exemplo a possibilidade de se aumentar o número de componentes de uma Suprema Corte apenas para conseguir controlá-la, rompendo – legalmente! – com o princípio da separação dos poderes – corolário do Estado Democrático de Direito.

Além da Teoria do Constitucionalismo Abusivo, foram trazidos elementos fundamentais do pensamento do constitucionalista David Landau, a fim de que os conceitos e entendimentos de Pragmatismo Jurídico (*vide* capítulo 3.1) e *Constitution-making* (*vide* capítulo 3.2), aliados ao primeiro, possam ser analisados em conjunto, reafirmando a utilização do pragmatismo jurídico quando do risco à democracia através da mal utilização da Constituição e na importância que reside em um processo constituinte bem elaborado para que a democracia se desenvolva sob forte sustentação, tendo em vista que o Processo Constituinte é o momento de modelar o Estado e, portanto, que requer extrema atenção e cuidado.

Por conseguinte, é de relevância extrema que a sociedade e os principais influenciadores das tomadas de decisão do agir político tenham conhecimento desta teoria, a fim de que possam tentar evitar a degradação da democracia e, sobretudo, possam identificar os movimentos políticos e jurídicos que, revestidos e justificados em nome de causa como a da “segurança pública”, “proteção da família”, “segurança jurídica”, “combate à corrupção” etc., não sejam apenas elementos de fachada para um conteúdo interno que despedaça a democracia a passos lentos, mas contínuos.

Ainda, necessário se faz investigar e entender o *modus operandi* deste fenômeno, a fim de que sejam traçadas estratégias para evitar seu acontecimento; bem como seja levado a debate nas mais diversas esferas a Teoria do Constitucionalismo Abusivo, para que a luta contra este fenômeno silencioso se reverbere para todos aqueles que lutam pela democracia real.

A inércia ante o processo de exposição de flagelos da democracia será sua derrocada e a consequente condenação da democracia à lembrança como história em páginas de livros a serem estudados posteriormente, assim demonstrando que a teoria de Landau é pertinente e expressa uma visão de mundo condizente com os atuais eventos políticos e jurídicos.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). Acesso em: 22 nov. 2022.

ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. **Duke Law Journal**, v. 45, n. 2, p. 364-396, 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol45/iss2/2>. Acesso em: 22 nov. 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Safe, 1991.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. Tradução: Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. **Revista Jurídica da UFERSA (REJUR)**, Mossoró, p. 17-71, jan./jun. 2020a.

LANDAU, David. Constitution-making gone wrong. **Alabama Law Review**, v. 64, n. 5, p. 923-980, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2011440>. Acesso em: 19 jul. 2022.

LANDAU, David. Courts and Constitution Making in Democratic Regimes: a Contextual Approach. In: NEGRETTO, Gabriel L. **Redrafting constitutions in democratic orders**: theoretical and comparative perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2020b. cap. 4. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3569356>. Acesso em: 19 jul. 2022.

LANDAU, David. **Entrevista exclusiva com David Landau**. [Entrevista cedida]. José Eduardo Nunes de Carvalho. 12 maio de 2022. Entrevista realizada via Meet.

LANDAU, David. Legal pragmatism and comparative constitutional law. *In*: JACOBSON, Gary; SCHOR, Miguel (eds.). **Comparative constitutional theory**. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2907093>. Acesso em: 22 nov. 2022.

LANDAU, David. The importance of constitution-making. **Denver University Law Review**, v. 89, n. 3, p. 611-633, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1950405>. Acesso em: 19 jul. 2022.

MARTINS, Flávio. **Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação**. *Católica Law Review*, v. 3, n. 1, p. 29-41, 1 jan. 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUNES, Rafael Alves. **O pragmatismo jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o Estado Democrático de Direito**. *Publica Direito*, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=84f2e494266e3d8b>. Acesso em: 19 jul. 2022.

ROJAS BERNAL, José Miguel. **Poder constituyente y constitucionalismo abusivo: el problema de las cláusulas constitucionales de reemplazo**. *Vox Juris*, v. 31, n. 1, nov. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/35724284/Rojas_Bernal_Jose_Miguel_2016_Poder_Constituyente_y_Constitucionalismo_Abusivo_El_problema_de_las_cl%C3%A1usulas_constitucionales_de_reemplazo_En_Vox_Iuris_Vol_31_n_1_Universidad_San_Mart%C3%ADn_de_Porres_Lima. Acesso em: 25 mar. 2022.

SILVA, Greice. **Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e uma análise de sua utilização na América Latina e Europa**. 2021. 91 f. Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídico-Publicísticas, Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2021. Disponível em: <https://recil.ensinulusofona.pt/bitstream/10437/12256/1/GREICE%20KELLY%20disserta%C3%A7%C3%A3o%20mestrado%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Data da submissão: 27/03/2024
Data da primeira avaliação: 02/08/2024
Data da segunda avaliação: 23/07/2024
Data da aprovação: 12/06/2025