

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 11, N. 1
JAN./JUN.
2024

QUALIS
B2

©PPGD/UFPI

Uma publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total sem consentimento expresso dos editores. As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Artigos da primeira fase da revista estão disponíveis no portal de periódicos da UFPI (<https://revistas.ufpi.br>).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí / Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, v. 1, n. 1 (jul./dez. 2011).

Teresina: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, 2011-

Trimestral

ISSN: 2317-918X (versão digital)

1. Direito – periódicos. I. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI.

SOBRE A REVISTA

A Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, em circulação desde 2011, é o periódico acadêmico digital semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, cujo objetivo é fomentar e difundir o intercâmbio de conhecimentos das áreas jurídicas e afins. Acesso eletrônico livre pelo portal <https://revistas.ufpi.br>. Avaliado no estrato B2 pela Qualis / CAPES (2020).

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo cambio.
We ask for Exchange.
Wir bitten um austausch.

ARQUIVO JURÍDICO
Revista Jurídica Eletrônica da
Universidade Federal do Piauí
*Periódico acadêmico oficial do Programa de
Pós-Graduação em Direito*
Semestral
ISSN 2317-918X
<https://revistas.ufpi.br/>

EQUIPE EDITORIAL

Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva
Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil
Editor-chefe

Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos
Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa
Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

EQUIPE EDITORIAL ADJUNTA

MSc. Samille Lima Alves
Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

**MSc. Saul Emmanuel de Melo
Ferreira Pinheiro Alves**
Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Dra. Alessandra Mizuta de Brito
Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Álvaro Filipe Oxley Rocha
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Alexandre Araújo Costa
Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Alexandre Bernardino Costa
Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Carlos Alberto Molinaro
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Catarina Santos Botelho
Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal

Dra. Caterine Gonçalves Acioli
Centro Universitário CESMAC, Maceió, Alagoas, Brasil

Dr. Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima
Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Dr. Jorge Trindade
Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil

Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil

Dr. Menelick Carvalho Netto
Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Dr. Raul Lopes de Araújo Neto
Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

CONSELHO DE REVISORES

MSc. Adalgisa Costa Melo

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

MSc. Ana Luíza Masstalerz Pires de Souza

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

MSc. Ana Luísa Melo Nogueira

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Dr. Bruno Cozza Saraiva

Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil

MSc. Daniel Teixeira Bezerra

Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

MSc. Emmanuel Rocha Reis

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

MSc. Francisca Cecília de Carvalho

Moura Fé

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

MSc. Gabriela Cronemberger

Rufino Freitas Pires

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

MSc. Gustavo Nascimento Torres

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Dr. Leandro Molhano Ribeiro

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

MSc. Marcelo Leonardo de Melo

Simplicio

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

MSc. Maria Ângela Paiva Müller de Vasconcelos

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

MSc. Pedrita Dias Costa

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

Dr. Rubén Miranda Gonçalves

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, Canárias, Espanha

MSc. Tales Araújo Silva

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

MSc. Thaís Silva Alves

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil

MSc. Raimundo Barbosa de Matos

Neto

Universidade Federal do Piauí, Teresina, Piauí, Brasil

EDITORIAL

A **Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI** está vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí e está classificada com o conceito B2 na plataforma Qualis Periódicos, da CAPES. A revista foi instituída em 2011, e esta edição, a v. 11, n. 1, é a 26^a, com treze anos de atividade ininterrupta.

A partir da próxima edição, a **Arquivo Jurídico** iniciará nova fase. Assim, a partir do 2º semestre deste ano, a revista exibirá um design inteiramente digital para submissão e avaliação dos artigos remetidos e admitidos para publicação. O objetivo central é consolidar a revista e publicá-la com uma nova periodicidade (passará a ser trimestral). Assim, buscar-se-á atingir as metas necessárias para consolidá-la como um período de abrangência regional e nacional. A finalidade deste propósito é destacar produções com rigor doutrinário, metodológico e empírico que contemple a heterogeneidade dos principais temas pesquisados em programas de mestrados e doutorados existentes na região Norte e Nordeste bem como em todo o Brasil. Sobretudo, se visa, com tal critério, obter a cooperação entre os programas novos ou recém-criados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Assim, tenta-se cada vez uma adequação aos critérios que instituíram o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Teresina, maio de 2024.

Cleber de Deus Pereira da Silva

Editor-chefe

SUMÁRIO

ANÁLISE COMPARATIVA DAS LEIS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO: MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA, EUA E BRASIL	11
<i>Alessandro Fernandes</i>	
A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824 SEGUNDO A TEORIA CONSTITUCIONAL DE CARL SCHMITT	25
<i>Leonardo José Feitosa Neiva</i> <i>Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa</i>	
UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS SOCIAIS DA RACIONALIDADE POR TRÁS DO DIREITO RESPONSIVO	45
<i>Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha</i>	
OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	57
<i>João Claudio Faria Machado</i>	
LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO	77
<i>Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima</i> <i>Marta Maria Bessa Cordão</i>	
CLASSIFICAÇÃO DE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS UTILIZANDO PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL	93
<i>Fernando Maurilio Bento</i> <i>Alexandre Morais da Rosa</i> <i>Raimundo Celeste Gbizoni Teive</i>	
A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DO ART. 489, § 2º, DO CPC, E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DAS DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS	107

Francisco dos Santos Oliveira Soares
Naima Worm

ABRIR CAMINHOS PARA UM PENSAMENTO
RADICAL

Fransuelen Geremia Silva

131

RESTRICÇÕES À ADMISSIBILIDADE DO HABEAS
CORPUS E JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Rossini Corrêa
Rossini Corrêa Júnior

145

ANÁLISE DO STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO A
PARTIR DE DECISÕES DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carolina Rezende Correio

165

O TRABALHO DOMÉSTICO EM CONDIÇÕES
ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO NO BRASIL: A
RESPOSTA DO DIREITO PENAL

Victor Marcilio Pompeu
Nayara Sales de Alencar

181

DOENÇAS RARAS E MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO

Raul Lopes de Araújo Neto
Jairo Victor Candeira Braga

193

ANÁLISE COMPARATIVA DAS LEIS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO: MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA, EUA E BRASIL

COMPARATIVE ANALYSIS OF ANTI-MONEY LAUNDERING LAWS: MERCOSUR,
EUROPEAN UNION, USA AND BRAZIL

Alessandro Fernandes

*Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos
<http://lattes.cnpq.br/5678292428536920>*

Resumo: Este estudo apresenta uma análise comparativa das leis de combate à lavagem de dinheiro em quatro regiões distintas: o Mercosul, a União Europeia, os Estados Unidos e o Brasil. Cada uma dessas regiões possuem abordagens únicas para prevenir e combater a lavagem de dinheiro, resultando em uma variedade de diretrizes, regulamentos e desafios específicos. A análise explora as diferenças e semelhanças nas abordagens legais, examina a evolução das leis ao longo do tempo e destaca as áreas de oportunidade para melhorar as medidas de combate à lavagem de dinheiro. Além disso, este estudo ressalta a importância da cooperação internacional na luta contra a lavagem de dinheiro, reconhecendo que é uma ameaça global que requer esforços colaborativos.

Palavras-chave: Regulamentação Financeira. Compliance. Lavagem de Dinheiro. Direito Comparado.

Abstract: This study presents a comparative analysis of anti-money laundering laws in four distinct regions: Mercosur, the European Union, the United States, and Brazil. Each of these regions has unique approaches to preventing and combating money laundering, resulting in a variety of specific guidelines, regulations and challenges. The analysis explores the differences and similarities in legal approaches, examines the evolution of laws over time and highlights areas of opportunity for improving anti-money laundering measures. In addition, this study highlights the importance of international cooperation in the fight against money laundering, recognizing that it is a global threat that requires collaborative efforts.

Keywords: Financial Regulation. Compliance. Money Laundering. Comparative Law.

Submetido em 4 de fevereiro de 2024. Aprovado em abril de 2024.

1 INTRODUÇÃO

A lavagem de dinheiro é uma ameaça global que mina a integridade dos sistemas financeiros, permitindo que recursos ilícitos fluam sem detecção. Em resposta a esse desafio, jurisdições em todo o mundo têm adotado leis rigorosas para identificar, deter e prevenir essa prática criminosa. Este artigo se propõe a realizar uma análise comparativa abrangente das abordagens usadas em quatro regiões distintas: o Mercosul, a União Europeia, os Estados Unidos e o Brasil.

À medida que a economia global se torna mais interconectada, a colaboração internacional e o entendimento das estratégias legais em diferentes partes do mundo se tornam cruciais. Portanto, a análise cuidadosa dessas jurisdições revela-se valiosa na elaboração de estratégias de combate à lavagem de dinheiro. A partir dessa análise, é possível avaliar a eficácia das medidas legais em vigor e identificar áreas que podem ser aprimoradas.

Nesta análise, exploraremos as leis e regulamentações específicas em cada uma das quatro regiões. No contexto do Mercosul, que engloba nações da América do Sul, incluindo o Brasil, examinaremos as medidas que moldam a resposta à lavagem de dinheiro. Na União Europeia, caracterizada pela busca de harmonização legal, discutiremos as diretrizes comuns e as variações nas abordagens dos países membros. Nos Estados Unidos, a abordagem distinta à lavagem de dinheiro, com um foco na regulamentação minuciosa do setor financeiro, será explorada. Por fim, discutiremos as leis brasileiras, com ênfase na Lei 9.613/98, que define as regras para identificar, prevenir e punir a lavagem de dinheiro, bem como o ambiente regulatório em vigor no Brasil.

Ao destacar as diferenças e semelhanças nas abordagens legais dessas regiões, este artigo busca oferecer uma visão mais profunda dos desafios comuns na prevenção da lavagem de dinheiro. Além disso, visa fornecer uma base sólida para discussões sobre como aprimorar as leis e regulamentações em cada uma dessas regiões, contribuindo assim para o esforço global de combate à lavagem de dinheiro.

É importante ressaltar que o tema da lavagem de dinheiro ganhou destaque internacional desde a criação da Convenção de Viena pela Organização das Nações Unidas em 20 de dezembro de 1988. O Brasil e outros países se comprometeram a combater o tráfico de drogas, frequentemente vinculado à lavagem de dinheiro. Essa colaboração global resultou na promulgação de leis em todo o mundo, evidenciando a necessidade de abordar a lavagem de dinheiro em um contexto global.

2 NOMENCLATURA DA LEGISLAÇÃO

A expressão "lavagem de dinheiro" surgiu nos Estados Unidos durante a década de 1920, quando organizações criminosas usavam redes de lavanderias

para encobrir a origem ilegal dos fundos, principalmente relacionados ao contrabando de bebidas alcoólicas na época (FLORES; CAMAPUM, 2019). Apesar de ser uma terminologia recente, há indícios de que a prática seja muito mais antiga, remontando aos tempos medievais, quando piratas buscavam dissimular a origem de seus lucros (CALLEGARI, 2017).

A escolha da nomenclatura das leis de combate à lavagem de dinheiro pode revelar nuances importantes nas abordagens adotadas por diferentes países. Essa variação na nomenclatura reflete não apenas diferenças culturais e linguísticas, mas também diferentes ênfases e estratégias na luta contra a lavagem de dinheiro (ABEL SOUTO, 2017).

Para entender essas distinções em profundidade, é crucial analisar como os países nomeiam suas leis relacionadas à lavagem de dinheiro e como essa escolha pode refletir seus valores, prioridades e abordagens específicas na prevenção e repressão das atividades ilícitas de lavagem de dinheiro. Além disso, a análise comparativa das denominações legais pode lançar luz sobre as estruturas institucionais e as práticas adotadas em diferentes sistemas jurídicos, contribuindo assim para uma compreensão mais completa das estratégias globais de combate à lavagem de dinheiro. (ANSELMO, 2019).

De forma mais concisa, no contexto criminológico, a lavagem de dinheiro refere-se à ação de "integrar no sistema econômico legal os benefícios obtidos com o crime" (CORDERO, 2015).

O crime de lavagem de dinheiro está intrinsecamente ligado a uma infração penal anterior e começa com a ocultação de ativos financeiros. Diversas operações subsequentes têm como objetivo dissimular a origem desses bens, culminando na reintegração deles na economia, dando a aparência de legalidade (BADARÓ; BOTTINI, 2016). Essas três fases do crime de lavagem de dinheiro frequentemente estão interligadas ou, por vezes, se sobrepõem à etapa anterior, embora não ocorram necessariamente de maneira simultânea e sequencial, sendo a distinção geralmente usada por razões didáticas e principalmente de forma esquemática (ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, 2000).

Atualmente, existe um debate em andamento sobre a necessidade de atualizar o conceito de "lavagem de ativos" devido ao avanço dos métodos de pagamento e ao surgimento de novas formas de lavagem de dinheiro, que podem ser realizadas usando diversos tipos de bens, além do dinheiro em espécie (ABEL SOUTO, 2017).

2.1 Mercosul

No contexto do Mercosul, uma coalizão de nações que inclui, além do Brasil,¹ países de língua espanhola como Argentina, Uruguai e Paraguai,² a legislação voltada para o combate à lavagem de dinheiro frequentemente utiliza o termo "branqueamento de dinheiro". Essa preferência pela palavra "branqueamento" em vez de "lavagem" destaca uma ênfase especial na ação de limpar ou ocultar ativos ilícitos, enfatizando a intenção de transformar dinheiro de origem ilegal em uma forma aparentemente "limpa" e adequada para uso sem suscitar suspeitas (PROCÓPIO, 2001).

Além disso, é importante ressaltar que o Mercosul, em seus documentos e regulamentações, opta por seguir a tradição espanhola ao adotar a terminologia "branqueamento de dinheiro". Isso reflete a influência e importância dessa tradição na região, buscando promover uma uniformização de conceitos legais dentro do bloco, resultando em uma compreensão compartilhada das práticas financeiras ilícitas. Estes esforços para alinhar o discurso legal demonstram a colaboração e unidade dos países membros do Mercosul na luta contra a lavagem de dinheiro.

2.2 União Europeia

Na União Europeia, embora a abordagem ao combate à lavagem de dinheiro demonstre uma busca notável por harmonização legal em uma região diversificada, é importante ressaltar que não existe uma uniformidade de nomenclatura entre os países membros. A diversidade linguística e cultural dos Estados membros leva a variações na terminologia utilizada. No entanto, um elemento comum é o uso de termos que, de alguma forma, fazem referência direta à lavagem de dinheiro, o que reflete o compromisso da União Europeia (UE) em definir claramente o objetivo de suas leis: combater a lavagem de dinheiro de maneira eficaz. Isso ressalta a necessidade de estabelecer diretrizes e regulamentações consistentes que sejam amplamente aceitáveis e compreensíveis em toda a UE, mesmo em face da diversidade linguística e cultural que caracteriza essa união de nações (UNIÃO EUROPEIA, 1991).

Tabela 1: Nomenclatura de Combate à Lavagem de Dinheiro nos países da UE

País	Nomenclatura
Espanha	<i>Blanqueo de Dinero</i> (branqueamento de dinheiro)
Portugal	<i>Branqueamento de Dinheiro</i>
Reino Unido ³	<i>Money Laundering</i>

¹ Este tópico de análise comparativa não inclui a legislação brasileira, uma vez que o país será examinado separadamente em um capítulo subsequente deste estudo, permitindo uma análise mais detalhada de suas abordagens específicas no combate à lavagem de dinheiro.

² Desde 2016, a Venezuela está suspensa do Mercosul devido a preocupações com sua situação política, econômica e o não cumprimento de compromissos, em resposta à crise política, direitos humanos e instabilidade econômica no país.

³ No dia 31 de janeiro de 2020, o Reino Unido concretizou o Brexit, decidindo deixar a União Europeia. Essa decisão surgiu a partir de um referendo realizado em 2016.

Itália	<i>Riciclaggio di denaro</i> (lavagem de dinheiro)
Alemanha	<i>Geldwäsche</i> (lavagem de dinheiro)
França	<i>Blanchiment d'argent</i> (branqueamento de dinheiro)

2.3 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a legislação relacionada à lavagem de dinheiro é amplamente conhecida como o "Ato de Sigilo Bancário" (*Anti-Money Laundering Act*). A escolha de utilizar o termo "sigilo bancário" na nomenclatura dessa legislação destaca a ênfase dada à regulamentação do setor financeiro para combater a ocultação de ativos ilegais e promover a transparência nas operações financeiras. Isso reflete uma abordagem que visa não apenas identificar e prevenir a lavagem de dinheiro, mas também criar salvaguardas que desencorajem o uso de instituições financeiras para atividades criminosas, tornando-as um componente vital no esforço geral de manter a integridade do sistema financeiro do país (GUERRA; MARCOS, 2019).

2.4 Brasil

No Brasil, a legislação que combate a lavagem de dinheiro é definida pela "Lei de Lavagem de Dinheiro" (Lei 9.613/98). A escolha direta e simples do nome reflete o objetivo central da lei: identificar, deter e punir atividades de lavagem de dinheiro.

Inspirada em sistemas jurídicos de referência, como o norte-americano e o alemão, a legislação brasileira optou por adotar o termo "lavagem de dinheiro" em sua nomenclatura. Isso representa uma escolha deliberada de distinção em relação à terminologia "branqueamento", utilizada em países como Bélgica, França, Portugal e Espanha (JOBIM, 2000).

A seleção específica desse termo reflete a compreensão de que a lavagem de dinheiro é um processo intrincado que envolve a "limpeza" ou "lavagem" de recursos obtidos ilegalmente, transformando-os em ativos aparentemente legais e legítimos. Portanto, a denominação "lavagem de dinheiro" captura com precisão a natureza desse crime, realçando o processo de tornar ganhos ilícitos em ativos que possam ser utilizados sem suspeitas (BRASIL, 1996).

3 LEGISLAÇÃO NO MERCOSUL

Nesta seção, aprofundaremos a análise das leis e regulamentações de combate à lavagem de dinheiro nos países membros do Mercosul. O Mercosul é uma organização de integração regional na América do Sul, que engloba nações como Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, entre outros. Essa análise proporcionará uma compreensão mais completa das estratégias utilizadas na luta contra a lavagem de dinheiro.

É fundamental destacar que a região em foco, especialmente a tríplice fronteira compartilhada por Paraguai, Brasil e Argentina, enfrenta desafios únicos. Estes desafios foram agravados após os eventos de 11 de setembro. As atividades criminosas nessa área tornam a análise das leis e dos esforços de combate à lavagem de dinheiro ainda mais crucial, à medida que as preocupações relacionadas à segurança e à integridade financeira da região continuam a crescer (AITA, 2016)

Diante desses desafios, em 2019, os Estados Partes do Mercosul demonstraram um firme compromisso na luta contra a corrupção. Eles acordaram em adotar o "Plano de Ação do Mercosul para o Combate à Corrupção", uma iniciativa que promove a troca de informações, cooperação internacional, compartilhamento de experiências, cooperação jurídica e a participação de representantes da sociedade dos Estados Partes. Recentemente, esses países reforçaram o compromisso do bloco em avançar com ações conjuntas contra a corrupção. Isso culminou na criação de um Grupo *Ad Hoc* de trabalho, com o objetivo de desenvolver um projeto de "Acordo para a Prevenção e Repressão da Corrupção no Comércio e Investimento Internacionais". Importante destacar que esse acordo foi aprovado pelo Conselho do Mercado Comum, fortalecendo o compromisso contínuo da região na luta contra a corrupção. Essas ações refletem o empenho do Mercosul em promover integridade e transparência em suas atividades econômicas e legais (MERCOSUL, 2023).

3.1 Argentina

A Argentina, como membro proeminente do Mercosul, desempenha um papel significativo no combate à lavagem de dinheiro na América do Sul. A nação sul-americana implementou leis rigorosas de combate à lavagem de dinheiro, frequentemente referidas como "*Encubrimiento y Lavado de Activos de origem Delictivo*". Essas regulamentações têm o objetivo de identificar, punir e prevenir atividades que buscam transformar ativos ilícitos em legais, afetando assim a integridade do sistema financeiro argentino (NAVERO, 2013).

Para compreender a eficácia dessas leis, é crucial analisar suas disposições-chave e como são aplicadas no contexto argentino. Isso inclui aspectos como a definição de lavagem de dinheiro, os procedimentos para relatar transações suspeitas e as obrigações impostas a instituições financeiras e outras entidades. O monitoramento e a supervisão dessas regulamentações desempenham um papel fundamental no esforço de prevenir a lavagem de dinheiro no país. Além disso, a Argentina busca manter sua legislação alinhada com padrões internacionais, cooperando com organizações como o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e aderindo a tratados e convenções globais relacionados à prevenção da lavagem de dinheiro. Esses esforços

refletem o compromisso da Argentina em manter seu quadro legal atualizado e eficaz para enfrentar essa ameaça global.

3.2 Paraguai

A legislação de combate à lavagem de dinheiro no Paraguai desempenha um papel vital na manutenção da integridade do sistema financeiro do país. Como membro do Mercosul, o Paraguai tem adotado uma "*Ley (1015/1997) que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes*" que estabelece diretrizes precisas para identificar, punir e prevenir a lavagem de dinheiro. Esta legislação fornece uma estrutura sólida para a aplicação da lei, definindo claramente o que constitui lavagem de dinheiro e impondo rigorosos requisitos de diligência devida às instituições financeiras e outras entidades (AITA, 2016).

Contudo, o Paraguai enfrenta desafios significativos em sua luta contra a lavagem de dinheiro, especialmente devido às atividades criminosas em suas fronteiras. O país compartilha fronteiras com áreas conhecidas por práticas ilegais, como o tráfico de drogas e o contrabando, o que o torna suscetível a atividades de lavagem de dinheiro associadas a esses crimes. Além disso, a natureza transnacional da lavagem de dinheiro requer uma cooperação estreita com organizações como o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) para fortalecer sua legislação e aderir a tratados internacionais, tornando a colaboração global essencial para combater eficazmente a lavagem de dinheiro no Paraguai (AITA, 2016).

3.3 Uruguai

A legislação uruguaia de combate à lavagem de dinheiro evoluiu devido às preocupações geradas pelo apelido anterior do Uruguai como a "Suíça latino-americana". A reputação anterior do país como um destino para depósitos financeiros discretos levantou preocupações sobre o uso da nação como refúgio para ativos ilícitos. Em resposta, o Uruguai tem adotado medidas mais rigorosas, promovendo a transparência financeira, colaborando internacionalmente e modernizando suas leis de lavagem de dinheiro (FIORENTINI, 2021).

O Uruguai tem se esforçado para evitar ser classificado como um paraíso fiscal, buscando a transparência por meio de acordos de intercâmbio automático de informações financeiras e a adesão a convenções internacionais. Essas ações visam eliminar a percepção de que o Uruguai é um destino que facilita a ocultação de ativos financeiros. A legislação e as medidas adotadas pelo país refletem uma transição significativa com o Uruguai comprometido em seguir padrões internacionais e garantir a integridade de seu setor financeiro, embora os desafios permaneçam à medida que o país progride nessa direção (BANCO CENTRAL DEL URUGUAY, [s.d.]).

4 LEGISLAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

Na União Europeia (UE), a abordagem ao combate à lavagem de dinheiro é marcada por sua busca de harmonização legal em uma região diversificada. A UE compreende uma variedade de estados membros com diferentes línguas e culturas, e, para garantir a integridade do sistema financeiro europeu, adotou uma abordagem comum com diretrizes chamadas "Diretivas contra a Lavagem de Dinheiro" e "Regulamentos sobre a Lavagem de Dinheiro" (UNIÃO EUROPEIA, 1991).

Essas diretivas e regulamentos proporcionam um conjunto de padrões e diretrizes que todos os estados membros devem adotar, criando assim um quadro legal uniforme para o combate à lavagem de dinheiro. A ênfase na harmonização visa garantir a prevenção da lavagem de dinheiro em toda a UE e fornecer orientações claras para os estados membros.

Apesar da harmonização, as leis nacionais dos países da UE ainda mantêm algumas variações. Cada estado membro tem a autonomia para transpor as diretivas da UE em suas legislações nacionais, o que pode resultar em diferenças em termos de penalidades, procedimentos de relatórios, requisitos de diligência devida e critérios para a identificação de atividades suspeitas (ABEL SOUTO, 2017).

A eficácia da harmonização legal na UE varia, com alguns estados membros aplicando essas leis de forma rigorosa, enquanto outros enfrentam desafios em relação à sua implementação. Portanto, a abordagem uniforme da UE é acompanhada por nuances nos detalhes práticos da implementação (ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, 2000). Essas variações podem afetar a capacidade de detectar e prevenir eficazmente a lavagem de dinheiro em toda a região.

A busca pela harmonização legal na União Europeia é um exemplo notável de cooperação internacional em uma região diversa. Ela sublinha a importância da colaboração entre os estados membros para proteger o sistema financeiro europeu e prevenir a lavagem de dinheiro. Ao analisar a legislação da UE, esta seção oferece uma visão da complexidade e desafios associados à harmonização legal em uma região diversificada, destacando a importância da cooperação internacional na prevenção da lavagem de dinheiro (GARCÍA, 2021).

5 LEGISLAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a abordagem à luta contra a lavagem de dinheiro é distinta e pautada por um conjunto de estratégias específicas, com um foco notável na regulamentação minuciosa do setor financeiro e na imposição de rigorosos requisitos de relatórios. Esta abordagem tem raízes históricas

profundas que remontam ao icônico escândalo Watergate dos anos 70, um evento que sacudiu a nação e deixou uma marca indelével nas regulamentações financeiras do país.

O escândalo Watergate, com sua revelação de atividades ilegais de financiamento político e tentativas de ocultação de fundos ilícitos, serviu como um catalisador para a promulgação de leis destinadas a infundir transparência no sistema financeiro. Uma dessas leis emblemáticas foi a Lei de Sigilo Bancário (*Bank Secrecy Act*), aprovada em 1970. Amplamente conhecida como BSA, ela introduziu uma série de exigências cruciais, obrigando as instituições financeiras a relatarem atividades suspeitas e a adotarem medidas de devida diligência em relação aos seus clientes. Essa legislação se tornou uma ferramenta vital na coleta de informações sobre transações financeiras e na identificação de padrões de atividade suspeita (SAAD-DINIZ, 2019).

A dedicação dos Estados Unidos à melhoria de sua abordagem legal contra a lavagem de dinheiro foi novamente reforçada com a promulgação do *Anti-Money Laundering Act* (Ato de Sigilo Bancário) em 2021. Este ato trouxe mudanças substanciais, fortalecendo ainda mais as regras de relatórios e introduzindo novos requisitos para empresas, incluindo aquelas envolvidas com criptomoedas. Esse desenvolvimento reflete a contínua determinação do país em manter seu quadro legal atualizado, a fim de enfrentar os desafios emergentes (NYRERÖD; ANDREADAKIS; SPAGNOLO, 2022).

Para garantir a eficácia da implementação das leis de combate à lavagem de dinheiro, os Estados Unidos contam com uma série de agências reguladoras, das quais a Rede de Execução de Crimes Financeiros (FinCEN) desempenha um papel fundamental na supervisão das instituições financeiras. Além disso, a Comissão de Valores Mobiliários (SEC) assume a responsabilidade de regular os mercados de valores mobiliários, assegurando a integridade das transações financeiras nessa esfera.

A característica distintiva da abordagem americana reside em seu enfoque vigoroso na regulamentação do setor financeiro, que é percebida como um método eficaz para prevenir a lavagem de dinheiro. A essência dessa estratégia é a identificação e o relato de transações suspeitas, juntamente com a adoção de medidas destinadas a preservar a integridade do sistema financeiro. Contudo, é importante destacar que a implementação dessas leis pode variar significativamente entre diferentes setores e jurisdições nos Estados Unidos (SAAD-DINIZ, 2019).

Além disso, o país enfrenta desafios crescentes relacionados à utilização de ativos virtuais, como as criptomoedas, que apresentam novos desafios na prevenção da lavagem de dinheiro. Como resultado, os reguladores e legisladores continuam a adaptar suas estratégias para enfrentar essa evolução tecnológica.

6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Nesta seção, exploraremos a legislação brasileira no que concerne ao combate à lavagem de dinheiro. O Brasil, como membro do Mercosul e uma economia em crescimento, adotou medidas legais significativas para conter essa atividade criminosa. A peça central desse arcabouço jurídico é a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), que estabelece de forma clara o que caracteriza a lavagem de dinheiro, além de definir procedimentos para relatórios de transações suspeitas. Ela impõe obrigações específicas, sobretudo no setor financeiro, como bancos e instituições financeiras, a fim de aplicar rigorosas medidas de diligência devida.

A evolução da legislação brasileira nessa área ao longo dos anos foi motivada por diversos fatores, incluindo a necessidade de estar em conformidade com padrões internacionais e de lidar com novos desafios. A adesão do Brasil ao Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e a ratificação de convenções internacionais foram elementos que contribuíram para essa evolução. A atualização da Lei 9.613/98 em 2012 proporcionou definições mais claras de lavagem de dinheiro e reforçou as medidas de prevenção e controle. O Brasil, além disso, demonstrou seu compromisso com a implementação prática dessas alterações, garantindo a observância dos requisitos de diligência devida e relatórios de transações suspeitas por parte de instituições financeiras e outras entidades.

Essas revisões legislativas e mudanças refletem a determinação do Brasil em combater a lavagem de dinheiro e manter sua estrutura legal em concordância com as normas internacionais. Entender essa evolução é crucial para uma análise completa das políticas brasileiras de combate à lavagem de dinheiro (ESTELLITA; BOTTINI, 2012).

Com a promulgação da lei, o crime de lavagem de dinheiro passou a ser considerado somente quando relacionado a um dos chamados "crimes antecedentes". Essa abordagem taxativa, estabelecida no Artigo 1º da Lei 9.613, listou de maneira exaustiva os tipos de crimes que poderiam ser considerados antecedentes da lavagem de dinheiro, adotando o princípio da taxatividade.

Essa legislação representou um importante avanço ao enquadrar o Brasil na categoria de nações que adotavam a legislação de "segunda geração" no combate à lavagem de dinheiro (SAAD-DINIZ, 2013). Para compreender plenamente a importância desse marco, é essencial entender a diferença fundamental entre as abordagens das leis de "primeira geração" e "segunda geração".

Inicialmente, as leis de "primeira geração" adotavam uma abordagem notavelmente restritiva, concentrando-se principalmente na repressão da lavagem de dinheiro associada ao tráfico de drogas. Sob essa abordagem, o crime de lavagem de dinheiro somente era configurado quando relacionado a

atividades ligadas ao narcotráfico, o que limitava a eficácia das medidas de prevenção e repressão, pois não abrangia outras formas de crimes financeiros (OLIVEIRA; CASTRO; ZAGANELLI, 2021).

Entretanto a legislação de combate à lavagem de dinheiro está em constante desenvolvimento, levantando questionamentos sobre o impacto dessas mudanças no princípio da segurança jurídica. A implementação da legislação de "segunda geração" representou um avanço considerável na luta contra a lavagem de dinheiro no Brasil. Essa nova abordagem envolveu a elaboração de uma lista exaustiva de delitos antecedentes que poderiam estar relacionados à lavagem de dinheiro, superando a restrição anterior ao tráfico de drogas e abrangendo uma ampla gama de atividades criminosas, como corrupção, fraudes financeiras e crimes contra o patrimônio.

Contudo, um momento de transformação essencial ocorreu com a promulgação da Lei 12.683, em 9 de julho de 2012. Essa legislação revolucionou o sistema legal brasileiro no que diz respeito à lavagem de dinheiro. Ela aboliu a lista exaustiva de crimes antecedentes, permitindo que qualquer delito pudesse ser considerado como crime antecedente para a lavagem de dinheiro, seguindo as recomendações do GAFI. Essa transição da taxatividade para uma abordagem mais aberta e flexível na identificação de crimes antecedentes para a lavagem de dinheiro marcou um momento fundamental no cenário legal brasileiro. Ela fortaleceu a capacidade das autoridades em combater essa prática criminosa complexa e prejudicial, adaptando-se às demandas de um ambiente global em constante evolução (MORO; PORTELLA; FERRARI, 2019)

Essa significativa modificação gerou um debate considerável na doutrina jurídica. Algumas vozes críticas argumentaram que essa mudança representava um contrassenso, uma vez que estabelecia penas semelhantes para aqueles que estavam envolvidos na lavagem de dinheiro proveniente do tráfico internacional de drogas e para aqueles que estavam lidando com recursos originados de delitos mais simples, como um furto. Além disso, havia alegações de que essa ampliação das penalidades poderia resultar em punições desproporcionais para delitos de menor gravidade, como contravenções penais (NOTARI; LEAL, 2015).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo, este artigo oferece uma análise comparativa abrangente das leis de combate à lavagem de dinheiro em quatro regiões distintas: o Mercosul, a União Europeia, os Estados Unidos e o Brasil. A lavagem de dinheiro é uma ameaça global que requer atenção cuidadosa e cooperação internacional. As nuances na nomenclatura das leis em cada jurisdição fornecem insights sobre as ênfases e estratégias específicas adotadas por esses países.

No Mercosul, a luta contra a lavagem de dinheiro é crucial devido às atividades criminosas nas áreas de fronteira. Na União Europeia, a harmonização legal é um esforço notável, embora as variações entre os estados membros revelem os desafios de implementação. Nos Estados Unidos, a regulamentação rigorosa do setor financeiro é uma pedra angular na prevenção da lavagem de dinheiro. No Brasil, a evolução da legislação reflete o compromisso de alinhar-se com padrões internacionais.

As diferenças e semelhanças entre essas abordagens legais oferecem uma visão aprofundada dos desafios comuns enfrentados na prevenção da lavagem de dinheiro. Além disso, destacam a importância da cooperação internacional para combater eficazmente essa ameaça global. A análise dessas jurisdições serve como base sólida para futuras discussões sobre o aprimoramento das leis e regulamentações, contribuindo assim para o esforço global de combate à lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 19, n. 31, pp. 1-35, 2017.

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese Doutorado: Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

AITA, Edson. A Tríplice Fronteira Sul sob a ótica do terrorismo: uma análise da legislação antiterrorismo da Argentina, Brasil e Paraguai. *Estudos Internacionais: revista de relações internacionais da PUC Minas*, v. 4, n. 2, pp. 35-55, 2016.

ANSELMO, Márcio Adriano. A União Europeia e as Iniciativas Supranacionais no Combate à Lavagem de Dinheiro. *Revista de Direito Internacional Económico e Tributário*, v. 5, n. 1, pp. 111-129, 2010.

ARÁNGUEZ-SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2000.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. *Unidad de Información y Análisis Financiero*. Montevideo, s.d. Disponível em:

<https://www.bcu.gub.uy/Servicios-Financieros-SSF/Paginas/Lavado-de-Activos.aspx>. Acesso em 11 out. 2023.

BRASIL. *Exposição de Motivos da Lei nº 9.613, de 1998*. Brasília: Ministério da Justiça, 1996. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/arquivos/arquivos-pldftp/exposicaodemotivoslei9613.pdf>. Acesso em 15 out. 2023.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

DURRIEL, Roberto. *El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*. Lexis Nexis, 2006.

ESTELLITA, Heloísa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 20, n. 237, 2012.

FIORENTINI, Mateus. Suíça da América: Biden pode converter o Uruguai em paraíso financeiro. *Opera Mundi*, 19 jan. 2021. Disponível em: <https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/biden-para-a-america-latina/68162/suica-da-america-biden-pode-converter-o-uruguai-em-paraíso-financeiro>. Acesso em 7 out. 2023.

FLORES, Andréa; CAMAPUM, Rodrigo Alencar Machado. O combate ao crime de lavagem de dinheiro no direito interno e internacional. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 2, n. 5, pp. 467-484, 2019.

GARCÍA, Gabriel Fernández. Los riesgos de las nuevas tecnologías para el blanqueo y el necesario mantenimiento de las ventajas de los avances tecnológicos en la financiación alternativa y el emprendimiento social. In: ABEL SOUTO, Miguel Ángel (org.). *VII Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Tirant lo Blanché. Valencia: [s. n.], pp. 149-172, 2021.

GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. Legal Remarks on the Overarching Complexities of Crypto Anti-Money Laundering Regulation. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 57, pp. 83-115, 2019.

JOBIM, Néelson. *A Lei n. 9.613 e seus aspectos*. Brasília: CJF, Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro, pp. 10-16, 2000.

MERCOSUL. *Conquista 29: Combate à lavagem de dinheiro e à corrupção*. 11 mar. 2023. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/conquista-29-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-a-corrupcao-no-comercio-exterior/>. Acesso em 15 out. 2023.

MORO, Sérgio Fernando; PORTELLA, Irene; ERRARI, Flávia Jeane. Lavagem de Dinheiro e suas Gerações. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 4, n. 25, pp. 01-18, 2019.

NAVERO, Rocío Celeste Acuña González. La Implicancia de las unidades de inteligencia financiera en las investigaciones de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo que realiza el Ministerio Público. *Revista jurídica. Investigación en ciencias jurídicas y sociales*, n. 3, pp. 87-110, 2013.

NYRERÖD, Theo; ANDREADAKIS, Stelios; SPAGNOLO, Giancarlo. Money laundering and sanctions enforcement: large rewards, leniency and witness protection for whistleblowers. *Journal of Money Laundering Control*, 2022.

NOTARI, Notari Bonini; LEAL, Rogério Gesta. O crime de lavagem de dinheiro no âmbito da convenção sobre o combate a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Revista do Direito Público*, v. 10, n. 2, pp. 187, 2015.

OLIVEIRA, Andrey Rossi; CASTRO, João Vitor Cruz de; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O jogo do bicho como infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro: considerações acerca das mudanças promovidas pela Lei n 12.683/2012. *Derecho y Cambio Social*, n. 63, pp. 1-32, 2021.

PROCÓPIO, Argemiro. Terrorismo e relações internacionais. *Revista Brasileira de Políticas Internacionais*, vol.44, n.2, pp.62-81, 2001.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova lei de lavagem de dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. *Revista Digital LAB*, v. 4, n. 18, pp. 100-107, 2013.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance en la perspectiva de la criminología económica. *Derecho Penal y Criminología - DPyC*, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais*. 28 jun. 1991. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308>. Acesso em 11 out. 2023.

A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824 SEGUNDO A TEORIA CONSTITUCIONAL DE CARL SCHMITT

THE IMPERIAL CONSTITUTION OF 1824 ACCORDING TO CARL SCHMITT'S CONSTITUTIONAL THEORY

Leonardo José Feitosa Neiva

Mestre pela Universidade Católica de Brasília

Professor do Instituto Federal do Piauí

<http://lattes.cnpq.br/3528844776672762>

Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa

Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Professor da Universidade Estadual do Piauí

<http://lattes.cnpq.br/0059927177450666>

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a Constituição brasileira de 1824 sob o prisma da Teoria constitucional de Carl Schmitt. A Constituição de 1824 foi a mais longa e estável da história brasileira, sob sua vigência o país enfrentou uma série de revoltas e desafios. Em verdade, o poder simbólico da monarquia e a força política do Poder Moderador foram fundamentais para a consolidação do Estado brasileiro e a manutenção da integridade territorial. Carl Schmitt foi um dos maiores juristas do século XX, autor de observações únicas e definitivas sobre os fenômenos político e jurídico. Então, sua teoria da constituição mostra-se fundamental para compreender a Carta de 1824, cuja importância decorre tanto dos princípios que lançou quanto dos seus elementos que foram perdidos: a monarquia e o Poder Moderador. Para tanto, serão abordados importantes aspectos da Carta de 1824, quais sejam, a caracterização do Estado brasileiro como Estado de Direito liberal-burguês, o significado do Poder Moderador como poder neutro e instrumento de salvação nacional, a natureza do sistema parlamentar de governo diante da teoria da separação de poderes e sua paulatina adoção no Império do Brasil, e, por fim, as considerações de Schmitt sobre as dificuldades de uma restauração monárquica.

Palavras-chave: Carl Schmitt; Constituição de 1824; Poder Moderador; Parlamentarismo; Estado de Direito.

Abstract: The present work aims on analyzing the 1824 Brazilian Constitution under the light of the Constitutional Theory of Carl Schmitt. 1824 Constitution was the most stable and enduring of Brazilian History, even under unrests and challenges. In fact, the symbolic power of the monarchy and the Moderator Power were adamant to the consolidation of the Brazilian State and the territorial integrity. Carl Schmitt was one of the greatest jurists of XX century, his conclusions were unique to contribute to political and law sciences. Therefore, his constitutional theory proves to be crucial to understanding the first Brazilian constitution, a law so important by the principles it established than its lost elements: monarchy and the Moderator Power. On the present work, important aspects of 1824 Constitution will be dealt, like the principle of the Brazilian State as liberal rule of law State, the meaning of the moderation power as a impartial instrument for public good, the nature of the parliamentary system of government at light of the separation of powers – and its successive implementation at Brazilian Empire, and, finally, Schmitt conclusions about the difficulties to restore monarchy.

Keywords: Carl Schmitt; Constitution of 1824; Moderating Power; Parliamentarism; Rule of law.

Submetido em 21 de agosto de 2023. Aprovado em novembro de 2023.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a Constituição Imperial brasileira de 1824 à luz da teoria constitucional de Carl Schmitt. Em outros termos, o estudo pretende utilizar as observações e os conceitos desenvolvidos pelo jurista alemão Carl Schmitt, especialmente em sua obra “*Teoría de La Constitución*”, como instrumental analítico para examinar e explicar os mais importantes aspectos da Carta de 1824, a primeira constituição do Brasil.

O porquê da escolha do autor é simples: seu brilhantismo. Carl Schmitt foi um dos maiores juristas do século XX, talvez o maior. O jurista alemão era, antes de tudo, um grande leitor da realidade, seus escritos estão carregados de reflexões originais e esclarecedoras, especialmente sobre a natureza do fenômeno político, sobre a história política europeia, sobre a evolução do Direito Internacional e sobre essência do Direito Constitucional. Tudo isso de um ponto de vista singular, pois, como bem lembra Alexandre Marques Bacelar (2017), Schmitt pensava a partir da crise, do conflito humano, e não a partir da ordem. Ademais, suas obras servem como uma espécie de voz do passado, do velho pensamento católico, a criticar a modernidade, mostrando os maiores erros e contradições presentes nos dogmas da mentalidade racionalista moderna, em especial no liberalismo político e no positivismo jurídico. Sim, o autor defende uma visão católica do mundo, não pela apologética, mas pela crítica ao moderno. Na obra que serve de pilar para este artigo, Schmitt lança um olhar implacável sobre as constituições modernas ou liberal-burguesas, mostrando o que elas realmente são, para além da propaganda iluminista.

E qual a importância de estudar uma constituição que teve sua vigência entre os longínquos anos de 1824 e 1889? Inicialmente porque, sob vários aspectos a Carta é notável. Foi a constituição mais estável do Brasil: com 65 anos de vigência, manteve-se firme em momentos de grave crise, como a longa série de rebeliões internas enfrentadas pelo país, a abdicação do primeiro Imperador, um experimento republicano fracassado (a Regência), a coroação de um menino de 14 anos de idade e a Guerra do Paraguai. Sua ordem, ancorada no símbolo político da figura do Imperador e na força política do Poder Moderador, estabeleceu unidade interna e a paz externa. Sem ela, o Brasil teria sido dissolvido em um conjunto de republiquetas, tal como o que ocorreu na América Hispânica¹. Por conta de tudo isso, não foram poucos os que, como Joaquim Nabuco, lamentaram o golpe que encerrou o período monárquico brasileiro. Em resumo, a Constituição de 1824 importa por aquilo que deixou

¹ Cumpre trazer à baila as lições de Galvão de Sousa (SOUSA; GARCIA; CARVALHO, 2021, p. 441) sobre o tema: “Nos países hispano-americanos, a história registra um longo cortejo de golpes de Estado ou quarteladas, conhecidas como *pronunciamientos*, por vezes impropriamente denominados revoluções. Todos esses países, desde a independência, passaram reiteradas vezes por renitente crise de autoridade, derivada em larga parte de instituições políticas desligadas de valores histórico-culturais inerentes à própria realidade das coisas”.

de legado, pelos princípios de organização política e direitos fundamentais que lançou e se firmaram no direito brasileiro, e também por aquilo que se perdeu: a monarquia brasileira e o Poder Moderador.

Para realizar nosso estudo, que certamente se insere na área história constitucional, passaremos pelas seguintes etapas: na segunda seção, a independência do Brasil será explicada sob a teoria schmittiana da natureza da política. Na terceira seção, apresentaremos a explicação de Schmitt para o Estado de Direito liberal e será demonstrada a adequação do Império do Brasil nessa categoria de Estado. Na quarta seção, serão explicadas as considerações de Schmitt sobre a divisão de poderes nas constituições modernas, e também examinada a divisão de poderes na Carta de 1824. Na quinta seção, esclareceremos a visão de Schmitt sobre a real natureza do Parlamentarismo, e descrita a forma de implementação do Parlamentarismo no Brasil Império. A sexta e última seção trata da explicação schmittiana para as restaurações monárquicas e o fim da monarquia.

2 UMA EXPLICAÇÃO SCHMITTIANA PARA A INDEPENDÊNCIA DO BRASIL E A OUTORGA DA CONSTITUIÇÃO

Conforme Schmitt, o fenômeno político se define pela oposição entre amigo e inimigo, “nós” contra “o outro”. A inimizade, neste sentido, é uma separação extrema entre dois grupos de pessoas, motivada por qualquer fator relevante da vida humana. Historicamente, essas divisões costumam ser causadas por divergências religiosas, culturais, ideológicas, e até mesmo pela escolha entre um ou outro príncipe herdeiro. O fundamental é que existência de um grupo ameace a existência do outro, de forma tão intensa que a possibilidade real de conflito armado (guerra ou revolução) se faça presente. Partindo desse ponto, Schmitt (2008) esclarece que “o conceito de Estado pressupõe o conceito de Político. [...] Estado é o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial”. Assim, a substância da unidade política reside na força para definir o inimigo e preparar o grupo para a guerra. Em outros termos, o Estado é a organização que é forte o suficiente para unir um povo (fazer a paz interna), demarcar um território, e definir o inimigo externo, o grupo com o qual a guerra será travada, ou, ao menos, se tornará uma possibilidade real. O Estado é o detentor do *jus belli*.

Ora, as definições do jurista alemão explicam perfeitamente o nascimento do Brasil, com a declaração de independência e os confrontos dela decorrentes. A partir do Grito do Ipiranga, que foi apenas o desfecho de uma longa sequência de acontecimentos críticos, uma parte do Estado português, liderada pelo príncipe herdeiro, e uma parte do povo português se declararam um novo grupo, capaz de matar e morrer por sua independência. A antiga metrópole, que já não era mais controlada pelo Antigo Regime de Dom João

VI, mas pelas Cortes (um parlamento) instauradas pela Revolução do Porto de 1820, fora definida como sendo o inimigo. E houve uma breve (e não muito intensa) guerra entre o recém-criado Estado brasileiro e o Estado de Portugal, até 1825, quando finalmente nossa independência fora reconhecida.

Logo em seu art. 1º, a Carta de 1824 assevera que “Art. 1. O Imperio do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia”. Tal declaração era uma precaução muito importante, uma vez que o primeiro Imperador, não custa lembrar, era herdeiro do trono português, e chegou mesmo a ser rei de Portugal, com o título de Pedro IV. Após sua abdicação foi sucedido por sua filha, Maria I. Portanto, a Carta de 1824 deixava claro que não se restauraria a união política com Portugal, embora houvesse tanta proximidade entre as casas reais. A independência seria defendida, se preciso, com sangue. Como Schmitt (2008, p. 49) enfatiza, o Estado, enquanto unidade política normativa, possui o poder de dispor da vida de seus cidadãos, na medida em que pode ordená-los a matar o grupo indicado como inimigo, correndo para tanto grave risco de morte. E nesse sentido dispunha a Carta de 1824, seu art. 145: “Todos os Brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independencia, e integridade do Imperio, e defende-lo dos seus inimigos externos, ou internos”.

Cumpra, neste momento, fazer um parêntese para esclarecer a real natureza de uma constituição. Segundo Schmitt (2011, p. 87), uma vez que o Estado é uma entidade política real, baseada numa relação amigo-inimigo, capaz de ordenar um povo à guerra, uma constituição não pode fazer nascer o Estado. Pelo contrário, toda constituição pressupõe a existência prévia do Estado como uma organização administrativa e militar presente no mundo real. Assim, na verdade, a constituição é a decisão fundamental da unidade política (que possui existência real) no sentido de fixar sua forma concreta de ser. Em outros termos, constituição seria um ato consciente de configuração da unidade política, mediante o qual este recebe sua forma especial de existir, sendo tal forma o pressuposto básico para todas as leis posteriores. É sempre uma decisão consciente, emanada do titular do poder constituinte, que na democracia é o povo e na monarquia autêntica é o monarca (SCHMITT, 2011, p. 58-64.).

Portanto, não se deve estranhar o fato da Constituição de 1824 ter sido outorgada, isso era bastante comum no século XIX, nas monarquias europeias mais fortes. Por meio da outorga de constituições, os Estados existentes no mundo real, construídos por um complexo processo histórico, marcavam uma forma clara de existência jurídica.

Dom Pedro I era o imperador do Brasil, ou seja, o *nomos episkopos*, a lei que vem de cima, estava, portanto, acima e fora do sistema jurídico. Não era um rei, *primo inter pares*, o primeiro entre iguais. Como diria o velho brocardo

político medieval, o império era dado ao imperador, tanto quanto o rei era dado ao reino. Assim, Pedro I era o legítimo titular do poder constituinte, pois fora aquele que teve a força necessária para fazer valer sua decisão fundamental de que o Estado brasileiro tivesse governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º), com forte poder da Coroa, dada a existência formal do Poder Moderador. Nesse sentido, a Carta de 1824 não era um pacto social, mas uma (boa) lei, fruto do poder de *imperium*.

En realidad, y pese a todos los velos y ilusiones, la Constitución se apoya o en ele principio monárquico o en el democrático; o en el poder constituyente de príncipe o en el del Pueblo. El “dualismo” de estas Constituciones es insostenible. Todo auténtico conflicto abre el sencillo dilema de los principios político-formales que recíprocamente se excluyen. Si una Constitución es emitida unilateralmente por el príncipe, si es “otorgada”, descansa, sin duda, en el poder constituyente del príncipe (SCHMITT, 2011, p. 97).

No ano de 1824, os brasileiros também entendiam dessa forma. Em que pese a revolta da Confederação do Equador ter eclodido por oposição da província de Pernambuco à Carta, a mesma fora muito bem recebida pelo restante do país. O projeto fora encaminhado para exame e discussão em todas as câmaras de vereadores do país, e os cidadãos foram convocados para se posicionarem contra ou a favor da Carta, em livro depositado na Câmara do Rio de Janeiro (RUSSOMANO, 1974). Assim, embora deficiente e apressada, houve uma certa apreciação da Constituição pelo povo. Registre-se, a título de ilustração, que um dos maiores políticos daquele tempo, o Marquês de Caravelas, que foi senador, conselheiro de estado, ministro e até mesmo regente, cujo pensamento político fora recentemente resgatado por Christian Lynch (2014), entendia que a aclamação de Dom Pedro I como Imperador Constitucional o havia colocado como legítima “suprema autoridade vigilante” da Nação. No próprio juramento do Imperador, este afirmava que defenderia a futura constituição, que deveria ser digna dele e do Brasil, dessa forma, Dom Pedro I se reservava ao direito de recusá-la, na qualidade de defensor primeiro da Nação.

3 ESTADO DE DIREITO NA TEORIA DE SCHMITT E NA CARTA DE 1824

Sobre a ideia de Estado de Direito, Carl Schmitt (2011, p.81) esclarece que tal conceito surgiu no século XVIII, após as revoluções liberais, especificamente, a Revolução Francesa e a Revolução Americana. A partir de então, a classe burguesa, que ascende em poder econômico e político, passou a exigir um determinado tipo de constituição para os Estados, que fosse

condizente com seu pensamento individualista. Isto é, passou-se a demandar uma decisão fundamental em favor dos princípios da liberdade burguesa, principalmente propriedade privada, liberdade pessoal, liberdade de empresa, livre manifestação do pensamento. Nesse tipo de constituição moderna, o Estado aparece não mais como protagonista, mas como um servidor da sociedade, que está sujeito a rígidos controles por parte dela. A esfera de liberdade individual aparece como algo anterior ao Estado e por princípio ilimitada, enquanto a liberdade estatal como algo por princípio limitada. Assim, espera-se que tal Estado seja neutro, e somente intervenha quando necessário para restaurar as condições de livre concorrência, quando algo as perturbe (SCHMITT, 2016. P. 142). Tal concepção burguesa de liberdade, chamada pelo jurista alemão de princípio de distribuição, encontra sua expressão nos direitos fundamentais.

Schmitt ressalta em suas obras que originalmente o termo “Estado de Direito” se referia a todos aqueles que respeitassem incondicionalmente os direitos subjetivos vigentes, fossem estes individuais ou estamentais, eternizando o *status quo*. Assim, todo “Estado de Direito”, tomado em seu sentido primeiro, considera os direitos adquiridos mais importantes que sua própria existência política e segurança. Os Estados medievais, baseados em compromissos de mútua proteção, eram um exemplo de Estados de Direito, na acepção original do termo. Na verdade, “a expressão ‘Estado de Direito’ pode significar tantas coisas distintas quanto o termo ‘direito’ e, ademais, tantas coisas diferentes como as organizações renunciadas por meio do vocábulo ‘Estado’” (SCHMITT, 2007. P. 15).

Por outro lado, o Estado burguês de Direito, que vem a ser aquilo que atualmente se denomina de “Estado de Direito” no meio jurídico (e que predomina de forma absoluta no mundo ocidental), é aquele que se propõe exclusivamente a manter a ordem jurídica burguesa, baseada na propriedade privada, na liberdade pessoal e na igualdade dos cidadãos. Tal espécie de Estado, concebido pela concepção liberal de mundo, aparece como uma garantia armada da paz e segurança burguesas, podendo intervir na liberdade individual apenas de acordo com a lei. Assim, o Estado burguês de Direito baseia-se no princípio da legalidade, no império da lei, lei esta que deve reunir certas qualidades, como sua racionalidade (lei derivada da razão e não da vontade divina ou do soberano) e sua aplicação em caráter geral (lei igualmente aplicada a todos). Também se exige que seja a lei previamente fixada pelo Parlamento, fruto da representação popular, e deve seguir um procedimento legislativo regular, pois o próprio legislador não pode ser absoluto. Portanto, o império da lei significa o império da representação popular, a fim de preservar as liberdades individuais e a propriedade privada (SCHMITT, 2011, p. 187-190).

Para deixar mais claro, confira-se as palavras de Schmitt (2007, p. 2) na obra “*Legalidade e Legitimidade*”:

Como “Estado legiferante” designa-se, nesse aspecto, determinado tipo de Estado que tem por característica ver a suprema e decisiva expressão da vontade comum residir em *normatizações* que aspiram a ser Direito e, por essa razão, exigem necessariamente determinadas qualidades, as quais se podem subordinar, por conseqüente, todas as outras funções, questões e áreas públicas específicas. Na realidade, desde o século XIX, o termo “Estado de Direito” passou a ser entendido nos países do continente europeu apenas como referência a um Estado legiferante, mais precisamente ao Estado legiferante parlamentar. A posição destacada e central do Parlamento partia do princípio de que ele, em sua qualidade “corporação legiferante”, compusesse as supramencionadas normatizações com toda a dignidade do *legislateur*.

Além do mais, o Estado burguês de Direito exige que todos os conflitos sejam decididos por um Poder Judiciário independente, cuja autoridade sempre derivada da validade da lei. Conforme o autor 31 feito 31 uma obra “*Defensa de la Constitución*”,

[...] no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial. El Estado cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes (SCHMITT, 2016, p. 80).

Tal concepção de Estado, aceita hoje como absolutamente natural, fora toda ela desenvolvida como um instrumento de luta da burguesia para sua integração no Estado, por meio da preponderância do Parlamento, contra a antiga monarquia e seus meios de ação, quais sejam, a burocracia e o exército. Nas palavras de Schmitt (2008, p. 32):

[...] todas as representações, palavras e conceitos políticos possuem um sentido polêmico; eles têm em vista uma divergência concreta, estão vinculados a uma situação concreta, cuja última consequência constitui um agrupamento do tipo amigo-inimigo (que se expressa em guerra ou revolução) e se convertem em abstrações vazias e fantásticas quando desaparece essa situação. Palavras como Estado de direito, absolutismo, ditadura, plano, Estado neutro ou total etc. são incompreensíveis quando não se sabe quem deve ser, in concreto, atingido combatido, negado e refutado com a palavra.

A Carta de 1824 moldou o Estado brasileiro, não conforme as características do Antigo Regime, mas como um legítimo Estado liberal-burguês. Segundo Evandro Pontes (2021), esta foi uma estratégia conservadora de Dom Pedro I, que utilizou a forma constitucional liberal para preservar o

melhor da velha tradição jurídica portuguesa, defendida a tanto custo pela Casa de Bragança, contra o império de Napoleão. Todo o processo de preparação do Brasil por D. João VI, aliás, foi parte da estratégia de luta contra o bounapartismo. Todos os elementos do Estado liberal-burguês estavam presentes na Constituição de 1824. Em primeiro lugar, a Constituição Imperial garantiu a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, tendo por base “a liberdade, a segurança individual, e a propriedade” (art. 179, caput). Nesse sentido, consagrou os princípios da legalidade, ao prescrever que “nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei” (art. 179, I), e da anterioridade da lei, ao definir que “a sua disposição não terá 32feito retroactivo” (art. 179, II). Em segundo lugar, as leis do Império do Brasil eram criadas pelo Poder Legislativo bicameral, composto por Câmara dos Deputados (temporária), e Senado (vitalício). O processo legislativo era muito bem definido (arts. 52-70). Em terceiro lugar, as casas do Poder Legislativo eram preenchidas com membros eleitos pelo povo em eleições indiretas, conforme procedimento previsto também na Carta (arts. 90 a 97), que estava em conformidade com o que se observava da época. O voto era censitário, isto é, havia critérios de renda mínima tanto para votar como para ser votado (Arts. 92 e 93). A ideia, que encontra fundamento nas ideias de Madame Staël e Benjamin Constant, é que os proprietários possuem um interesse qualificado na manutenção da ordem nacional, e também seriam os únicos a possuir tempo livre para se instruir adequadamente e para exercer a atividade política (CARVALHO, 2018). Apenas 1% da população participava das eleições, todavia, esse era o padrão da época para os países Europa, onde muitas barreiras ao voto somente caíram no século XX (NOGUEIRA, 2012). Assim, pode-se afirmar que a Assembleia Nacional era legítima representante da vontade popular, com todas as imperfeições que tal ideia carrega até hoje. Em quarto lugar, a Carta previa um “Poder Judicial” independente (art. 151), cujos juízes possuíam vitaliciedade, inamovibilidade (art. 153), e outras garantias. Em quinto lugar, e não menos importante para a caracterização da concepção liberal de Estado de Direito, a Carta de 1824 previu um amplo rol de direitos fundamentais para os cidadãos, no já referido artigo 179, tais como liberdade religiosa (inciso V), liberdade de manifestação de pensamento (inciso IV), juiz natural (inciso XII), liberdade de trabalho e de empresa (inciso XXIV), e igualdade perante a lei (inciso XIII). Todos esses são direitos fundamentais clássicos, presentes nas declarações de direitos americanas e francesas.

De acordo com Carl Schmitt (2011, p. 187-221), esse tipo de declaração solene de direitos fundamentais significa, em verdade, a afirmação dos princípios sobre os quais se sustenta a unidade política de um povo, isto é, aqueles que se reconhece como pressuposto da própria formação da unidade política. Neste sentido, a Carta de 1824 reconhece os princípios que o povo brasileiro deseja proteger ao declarar sua independência, uma vez que, para o

Estado liberal-burguês, os direitos fundamentais são anteriores e superiores em relação ao Estado. Todos os direitos supracitados conservam a liberdade individual como ilimitada em princípio, e a liberdade estatal como limitada em princípio.

4 A DIVISÃO DE PODERES E O PODER MODERADOR NA CARTA DE 1824

A essência do Estado de Direito liberal-burguês consiste na fixação de garantias à liberdade burguesa e na limitação do poder do Estado, e para tanto, reputa-se como fundamental a divisão de poderes do Estado. Tal divisão de competências surgiu primeiro como prática, na Inglaterra do século XVII, a partir da Revolução Gloriosa, para somente depois aparecer de forma espaça em vários autores, até finalmente ser sistematizada por Montesquieu, que desenvolveu sua famosa divisão dos poderes do Estado em três: (i) o poder de legislar, (ii) o poder executivo de âmbito externo (atividade militar e diplomática), e (iii) o poder executivo de âmbito interno (atividade de dirimir pleitos civis e punir os criminosos). Assim, a segunda grande característica das constituições liberal-burguesas é a divisão de poderes do Estado, chamado por Schmitt (2011, p. 265-269) de princípio de organização.

Acontece que tal ideia de divisão de poderes não implica em nenhuma forma específica de governo. Garantidas a liberdade individual e a limitação da liberdade estatal, pode-se adotar qualquer das três formas arquetípicas tradicionais, quais sejam, monarquia, aristocracia ou democracia, isso porque, na verdade, as constituições liberal-burguesas são sempre constituições mistas. Isto é, qualquer que seja a forma escolhida, ainda que um dos poderes seja mais proeminente, a constituição moderna mesclará princípios político-formais monárquicos, aristocráticos e democráticos. Assim, quando se adota a forma de monarquia, trata-se de uma monarquia constitucional e limitada, na qual prevalece o elemento “constitucional”, e não o monárquico. É o que ocorre na constituição inglesa, na qual o rei representa o elemento monárquico, a Câmara dos Lordes corresponde ao elemento aristocrático, e a Câmara dos Comuns serve como elemento democrático. De fato, apesar da ideia de constituição mista aparecer já em Aristóteles, a prática inglesa é a base da moderna teoria da limitação dos poderes (SCHMITT, 2011, p. 265-269).

Carl Schmitt (2011, p. 271) esclarece, ainda, que todas as formas políticas se fundamentam, em última instância, nas ideias políticas contrapostas de identidade (do povo como unidade política) e representação (pelo Governo). A identidade se observa quando o povo tem homogeneidade e consciência suficientes para ter atuação política direta, ou seja, para decidir diretamente quem é amigo e inimigo. Esse é o ideal de democracia direta pura, que somente existe como abstração teórica. A representação, por sua vez, baseia-se no

postulado de que, na maior parte do tempo, o povo não pode fazer-se presente diretamente, portanto precisa ser representado por certos homens (em tese, os melhores). A monarquia absoluta consiste na representação absoluta da unidade política do povo, na ideia de que o Estado tem sua unidade sobre o comando de uma única pessoa, o soberano. A ideia de eleição democrática, por sua vez, repousa também, na ideia de representação, desta vez por muitos. Acontece, entretanto, que todos os Estados precisam tanto de representação como de identidade, em alguma medida. Então, os dois princípios não se excluem. O que ocorre, na prática, é que em cada Estado predomina um ou outro princípio. De tal modo, a distinção clássica entre monarquia (o governo de um), aristocracia (o governo de uma elite) e democracia (o governo de muitos) se refere essencialmente à quantidade de representantes.

E voltando às constituições modernas, no Estado liberal-burguês o Parlamento aparece como um novo representante de todo o povo unido politicamente, ao lado do elemento monárquico, que pode ser o rei ou o presidente. A Carta de 1824 afirma isso categoricamente: “Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral” (art. 11). Essa exigência de representação pelo Parlamento se contrapunha à monarquia absoluta. Segundo a teoria constitucional, a eleição democrática seria uma forma de seleção dos melhores, na qual os deputados eleitos são vistos como pessoas escolhidas pelo povo para cuidar dos assuntos públicos, em razão de sua inteligência e experiência. Dessa forma, o Parlamento nasce como o elemento aristocrático da constituição moderna, que somente se parece democracia quando comparada com a monarquia absoluta. A aristocracia eletiva, conseqüentemente, é a forma desejada pela teoria constitucional liberal, pois é vista como moderada em relação às duas outras formas, uma forma política intermediária entre a monarquia absoluta (que era sua inimiga) e a democracia total plebiscitária (com seu risco de anarquia).

A Constituição brasileira de 1824 inovou bastante ao apresentar uma divisão de poderes que contemplava quatro poderes ao invés de três, quais sejam, Poder Executivo, Poder Legislativo, “Poder Judicial” e Poder Moderador. Sem dúvidas, o Poder Moderador é a grande marca da Carta de 1824, sendo considerado a “chave de toda a organização Política” do Império do Brasil (Art. 98). Seu grande mérito é tornar cristalina a distinção entre o Poder Executivo (ou ministerial) e o poder exclusivo do monarca, como único indivíduo que paira acima das disputas políticas do momento, o primeiro representante da Nação.

Seguindo o pensamento de Benjamin Constant, as atribuições do Poder Moderador, estabelecidas no Art. 101 da Carta, eram nove. Em relação às províncias, cabia ao Imperador (i) aprovar ou suspender a execução provisória das resoluções dos Conselhos das Províncias. Em relação ao Poder Judicial, competia-lhe (ii) a suspensão de magistrados “por queixas contra elles feitas”

(Art. 154), (iii) a concessão de anistia em caso urgente e (iv) o perdão e moderação de penas. Em relação ao Poder Executivo, cabia-lhe (v) a livre nomeação dos ministros de Estado. E, por fim, em relação ao Poder Legislativo competia ao Imperador (vi) nomear livremente os senadores, dentro da lista dos três mais votados na província (Art. 43), (vii) sancionar as resoluções daquele poder para que tivessem força de lei, (viii) realizar a convocação extraordinária da Assembleia Nacional, e (ix) dissolver a Câmara dos Deputados, “nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua”.

Ora, conforme Schmitt (2011, p. 443.) assevera, numa monarquia não-parlamentar (como era a monarquia brasileira), o direito monárquico de dissolução do Parlamento, tem por finalidade assegurar o predomínio da Coroa frente à representação popular. Trata-se, efetivamente, de uma arma dirigida contra o Parlamento. De acordo com o que fora pensado por Benjamin Constant, no exercício de tal poder, o monarca atua como um árbitro entre a direita e a esquerda políticas, pronto para corrigir os excessos de ambas as facções. Em meio ao conflito, o rei deveria emanar ordem e neutralidade, porque Constant entendia que o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu não era suficiente para prevenir os abusos por parte do Poder Legislativo (CARVALHO, 2018). Em outros termos, o Poder Moderador possui a clara função de assegurar a predominância do Imperador sobre os demais poderes, especialmente o Poder Legislativo, e mais especificamente face à Câmara dos Deputados. A Nação possuía dois representantes, mas era claro que um estava acima do outro, e isso era visto como algo fundamental para a garantia da liberdade e a manutenção da ordem.

No sistema constitucional do Império brasileiro, a função do Senado era, conforme previsto pelos monarquianos franceses, tornar o processo legislativo mais lento e conservador, desfigurando assim o protagonismo da Câmara dos Deputados (CARVALHO, 2018). Além disso, a prerrogativa real de nomeação dos senadores era mais uma forma de garantir a influência do monarca sobre o processo legislativo, pela inserção de indivíduos selecionados dentre os melhores como membros daquele poder. Por fim, cumpre ressaltar que, na Carta de 1824, o veto imperial não era irrestrito, como era também desejo dos monarquianos franceses, mas meramente suspensivo, podendo o Imperador apenas adiar por duas legislaturas a transformações de um projeto em lei (Art. 56). Todavia, segundo Christian Lynch (2014, p. 102), na prática legislativa do Império brasileiro, o veto real funcionava como se absoluto fosse.

É importante frisar, entretanto, que se o Poder Moderador conferia à coroa uma intensa autoridade sobre a Assembleia, isso não significava poder absoluto. Não se tratava de um poder ditatorial a ser utilizado livremente pelo Imperador, mas de um escudo que a Carta lhe dava para defender a sociedade, uma arma destinada a salvar a Nação da destruição provocada pela briga entre

os demais poderes. Em outros termos, era um poder de salvação nacional, que deveria ficar inerte na maior parte do tempo, pelo qual o Imperador atuava como um juiz pairando acima dos demais atores políticos (TORRES, 1968).

La función peculiar del tercero neutro no consiste en una actividad continua, imperante y reglamentadora, son fundamentalmente en una actuación mediadora, tutelar y reguladora, que sólo en casos de necesidad se produce activamente, porque na debe competir con los demás poderes realizando una expansión del poder propio, y aun en su ejercicio debe ser, por naturaleza, normalmente serena y cauta (SCHMITT, 2016, p. 234).

É inegável que o Poder Moderador conferia muito poder ao monarca, tanto que o ilustre Marquês de Caravelas (LYNCH, 2014, p. 96) entendia que a essência do Poder Moderador seria de uma ditadura, mas uma ditadura limitada, “restringida a certos e poucos objetos, a certos e determinados atos particulares”, destinada a defender a liberdade do povo contra a anarquia. Dessa forma, não seria um problema da Carta de 1824, mas uma grande ferramenta destinada a parar o carro da revolução, a fim de garantir a convivência da liberdade com a ordem.

Par encerrar este tópico, cumpre tratar do papel do monarca na defesa da Carta de 1824. Em sua obra *Defensa de la Constitución*, Carl Schmitt (2016, p. 229) aponta o Presidente do Reich como o verdadeiro guardião da Constituição da República de Weimar, da Alemanha das décadas de 1920 e 1930. Dotado de estabilidade e independência frente aos partidos políticos, o Presidente do Reich representava o “centro de todo un sistema”, era ele o responsável por garantir o adequado funcionamento das instâncias superiores do Reich. Para tanto, possuía capacidades especiais dirigidas contra os demais poderes, tais como (i) o poder de dissolução do Reichstag (o Parlamento alemão), (ii) o poder de referendo e promulgação de leis, (iii) o poder de indulto, e (iv) o poder de nomear ministros e funcionários públicos.

El Jefe del Estado representa, por encima de las atribuciones que le están asignadas, la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento, y que por razones de continuidad, de prestigio moral y de confianza colectiva debe tener una especie de autoridad que es tan consubstancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo que diariamente se manifiestan de modo activo (SCHMITT, 2016, p. 232-233).

Ora, na Carta de 1824, o Imperador brasileiro ocupava exatamente o mesmo papel, devido às atribuições do Poder Moderador acima explicadas. Não havia sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis, tampouco para controle judicial da reforma da Constituição. O que verdadeiramente assegurava

a manutenção da integridade da Carta do Império era o poder de intervenção do Imperador frente ao Poder Legislativo.

A reforma da Carta de 1824 era perfeitamente possível, mas, conforme o art. 177, a Assembleia Nacional necessitava de uma autorização especial concedida pelos eleitores na eleição seguinte (o elemento democrático-plebiscitário da constituição), de tal forma que votada uma lei de emenda constitucional numa legislatura, somente na legislatura seguinte, caso a proposta fosse aceita pelo povo, poderia haver a efetiva decisão. Por outro lado, o art. 178 conferia imensa plasticidade à Carta, ao definir que somente seria considerado constitucional aquilo que dissesse respeito aos “limites, e tribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos”, podendo o restante ser reformado por lei ordinária.

5 O PARLAMENTARISMO NA CARTA DE 1824

A respeito do Parlamentarismo, Carl Schmitt (2011) elucida que, em uma monarquia constitucional, isso significa a coincidência entre o Governo (Poder Executivo) e o Parlamento (Poder Legislativo). Ou seja, na prática, tal sistema implica não na separação de poderes, mas na reunião de funções estatais sob a supremacia do Parlamento. Essa relação de poder, entretanto, não surgiu a partir de uma construção teórica por qualquer autor, mas da prática política inglesa, da experiência histórica observada entre os séculos XVII e XIX. De forma lenta, paulatina e não planejada, o Parlamento britânico estendeu seus poderes para a atividade de administração, com a concordância da Coroa. Antes, até o reinado de Jaime II da Casa de Stuart, o monarcas ingleses escolhiam livremente seus ministros (o que ainda têm poder legal de fazer), mas, após a Revolução Gloriosa e a ascensão ao trono do holandês Guilherme de Orange, passaram voluntariamente a prerrogativa ao Parlamento, processo que se intensificou com os reis da Casa de Hamburgo (que eram príncipes eleitores alemães, levados ao trono por serem herdeiros protestantes), até que, por fim, a partir do século XIX iniciou-se as práticas de derrubada completa do Gabinete e da convocação de novas eleições por iniciativa do próprio Primeiro Ministro. A partir daí, sem uma diminuição formal dos poderes reais, a permanência de um Gabinete passou a depender completamente da opinião pública. A palavra final passou aos eleitores, e não mais do rei inglês, pois as eleições parlamentares definem a permanência ou não do Gabinete. Em termos práticos, essa evolução significa o êxito político da representação nacional frente ao Estado monárquico e burocrático (SCHMITT, 2016, p. 137).

Desta forma, existe uma grande diferença entre a realidade histórica e a idealização teórica do Parlamentarismo inglês. Do modelo inglês não se pode extrair uma fórmula sólida ou um conceito bem definido de parlamentarismo, apenas ideias gerais ou máximas a serem adaptadas em outras constituições,

quais sejam: “o Parlamento é soberano”, “a direção política compete ao Gabinete” e “a decisão política compete aos eleitores”. E não havendo fórmula fixa, o Parlamentarismo pode ocorrer tanto pela subordinação do Governo à maioria parlamentar (o que prevaleceu na França), como pelo inverso, ou seja, pela direção da maioria parlamentar por parte do Primeiro Ministro (o que ocorre na Inglaterra). De uma forma ou de outra, os principais meios técnicos de ação do Parlamento contra o Gabinete são a negativa de aprovação dos projetos de lei, a negativa de créditos orçamentários, e a dependência de confiança do Parlamento.

Carl Schmitt (2011) aponta, repita-se, que a burguesia possui especial apreço pelo modelo de monarquia parlamentar por ser ele uma posição intermediária entre a democracia direta (a vontade plebiscitária do povo) e a monarquia absoluta. Então, essa classe ascendente utilizou o governo monárquico forte contra a democracia de massa (dos pobres), a fim de assegurar sua liberdade e suas propriedades, e utilizou o caráter representativo do Parlamento contra as reivindicações da monarquia.

A ideia de Parlamento baseia-se na distinção do século XIX entre Estado (monárquico, sustentado pelo exército e pela burocracia) e Sociedade (que correspondia a tudo que era econômico, filosófico e religioso, tudo que estava fora do Estado). Nesse sentido, “la representación nacional, El Parlamento, la corporación legislativa se imaginaba como el escenario sobre el cual aparecía la Sociedad y se manifestaba frente al Estado. Allí debía integrarse la Sociedad con el Estado mismo (o el con ella)” (SCHMITT, 2016, p. 136). Na prática, o sistema parlamentarista representou uma forma de a burguesia integrar-se ao Estado e ocialá-lo. É interessante notar que, não havendo mais separação entre o Estado (que antes era absolutamente neutro e desinteressado em relação a vários aspectos da vida humana) e Sociedade, “todos los problemas ociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir entre zonas concretas político-estatales y apolíticos-sociales” (SCHMITT, 2016, p. 143). Portanto, contrariando a própria doutrina liberal, ao invés de conter o Estado, o processo de parlamentarizarão e constitucionalização aumentou de maneira muito significativa seu poder. O Estado moderno passou a abarcar o todo social, tudo que diz respeito à vida humana, é um Estado potencialmente integral. Os reis absolutos, afinal, não eram tão absolutos, e a contradição entre premissas e consequências é uma marca do Liberalismo, conforme demonstra Donoso Cortés ([s.a.], pos. 3335).

Nessa perspectiva, a teoria constitucional do século XIX idealizou o Parlamento como um lugar de discussão pública razoável das ideias, uma arena onde argumento e contra-argumento formariam a vontade política do povo. Para tanto, o deputado precisa ser independente (de corporações e complexos de poder) e gozar de plena liberdade para manifestar suas opiniões, e precisa ainda de garantia contra a prisão arbitrária. Desta feita, a imunidade parlamentar

é vista como um direito do Parlamento como um todo, derivando de seu caráter de representante de toda a Nação. Ademais, as decisões do Parlamento precisam ser públicas. Ora, nada pode estar mais distante da realidade. Schmitt (2011) já percebera em plena década de 1930 que, na realidade, as posições do deputado normalmente são fixadas pelo partido político ao qual pertence, que por sua vez obedece à coação dos grupos de interesse que lhe dão sustentação. Ao invés de franca discussão, ocorrem negociações secretas, dentro e fora do Parlamento, realizando-se as decisões políticas fundamentais em reuniões privadas.

No caso da Constituição de 1824, a Carta dava ao Imperador o poder de nomear livremente o Gabinete (Art. 101, VI), de acordo com suas convicções pessoais sobre o que seria o melhor caminho a Nação. Ora, isso é exatamente o contrário do Parlamentarismo. No caso brasileiro, a Coroa possuía o controle do Poder Executivo, a vontade do monarca tinha um poder verdadeiro e independente. No entanto, nada proibia que o Imperador abrisse mão de sua prerrogativa em favor da Assembleia Nacional, para o bem da Nação, tal qual os monarcas ingleses. Então, com o passar do tempo, durante o reinado de Dom Pedro II, pouco a pouco o Poder Legislativo e o Gabinete de Ministros ficaram mais próximos, da mesma maneira informal que ocorreu na Grã-Bretanha, isto é, sem que fosse alterada uma única linha da Constituição Imperial. Finalmente, no ano de 1847 o Imperador criou, por mero decreto, o cargo de Presidente do Conselho de Ministros, que seria o equivalente brasileiro ao Primeiro-Ministro, colocando o “Parlamentarismo à brasileira” em termos formais, continuando a indicação para o novo cargo a ser ato pessoal do Imperador.

Além disso, no caso brasileiro, a prática eleitoral subvertia o espírito democrático da ideia de Parlamentarismo. Não havia uma verdadeira apelação ao povo para decidir o conflito entre Poder Executivo e Poder Legislativo, pois ocorriam fraudes generalizadas nas eleições (o que definitivamente não era culpa da Coroa), praticadas tanto pelo Partido Liberal como pelo Partido Conservador, as grandes forças políticas da época.

O processo, descrito por Nabuco de Araújo no famoso sorites, era o seguinte: (1) o Imperador nomeava o Ministério, baseando-se sinceramente no que acredita ser a opinião pública dominante, encerrando aqui sua participação; (2) o Gabinete, por sua vez, organizava as eleições, nas quais intervia fortemente para assegurar que o resultado lhe garantisse a maioria na Assembleia Geral; (3) para assegurar o êxito, utilizava-se o poder dos presidentes das províncias e das autoridades policiais nos rincões do Império (dessa forma, eleição de todos os cargos se dava de forma deturpada); (4) os candidatos não se preocupavam em agradar aos eleitores, mas em aprazer o Poder Executivo, tanto nas figuras dos ministros como na figura do presidente da Província (NEIVA, 2020, p. 119).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESTAURAÇÃO DE UMA MONARQUIA

Conforme Carl Schmitt (2011, p. 363), “el principio de la monarquía consiste en la representación de la unidad política”. Isto é, em essência, o monarca se apresenta como representante supremo do Estado, podendo tal representação encontrar sua origem e fundamento em diversas fontes. A primeira dessas grandes bases de legitimação e sustentação da monarquia é a religiosa. Nas monarquias teocráticas, o rei possui origem ou essência divina, ou uma especial ligação com Deus (ou com os deuses, para povos pagãos). É o caso do Japão, onde o Imperador é considerado, em pleno século XXI, como sendo descendente da deusa Amaterazo, e sacerdote supremo Xintoísmo, a principal religião do país. Durante a Idade Média, muitos reis europeus também eram vistos como tendo um caráter sobrenatural, e sendo capazes de realizar milagres. No mundo antigo, o poder da monarquia romana era derivado dos deuses da cidade, era o rei de Roma quem realizava os principais rituais e chefiava o culto a Júpiter Optimus Máximus. Na verdade, isso era a regra em todas as cidades-estados do mundo antigo. E mesmo no mundo pré-histórico, muitos milhares de anos atrás, no Crescente Fértil, durante o surgimento da civilização, as evidências arqueológicas apontam que as monarquias das primeiras cidades e dos primeiros impérios somente puderam consolidar seu poder após se apropriarem do templo e forcarem sua inserção como protagonistas na religião, mantendo com a classe sacerdotal uma relação constante de tensão e colaboração. Assim, a autoridade política dos primeiros reis não dependia exclusivamente da força militar, mas do favorecimento dos deuses (RIGHI, 2017, p. 100-103). O segundo grande fundamento da monarquia é autoridade do rei como pai da Nação. Nessa forma de monarquia patriarcal, o Estado é concebido como uma grande família, que tem o monarca como seu chefe superior. A terceira forma de manutenção da monarquia é a patrimonial, na qual o monarca aparece como o maior detentor de riqueza, o senhor ou proprietário de todo o território. A quarta grande configuração de monarquia é a feudal, em que o rei é sustentado por fortes laços de servidão e mútua proteção com a aristocracia, a casta militar. A quinta grande forma de conformação monárquica é a monarquia de funcionários, na qual o rei aparece como o primeiro magistrado, o ápice de uma grande hierarquia de funcionários públicos e chefe superior do exército. Esse é o caso das monarquias europeias dos séculos XVI a XIX. Por fim, a sexta forma de fundamentação da monarquia é a monarquia cesarista, na qual o rei aparece como um ditador instituído por base democrática e aclamado pelo povo. Esse é o caso das monarquias de Napoleão Bonaparte e seu sobrinho Napoleão III, que se apresentam como instalados na condição de imperador por ato do poder constituinte do povo. O

jurista alemão nota, ainda, que nas monarquias observadas ao longo da história os seis elementos de fundamentação aparecem mesclados. Isto é, na realidade as monarquias se sustentam não sobre um dos fundamentos isolados, mas sobre uma mescla de elementos religiosos, paternalistas, patrimoniais, feudais, de hierarquia burocrático-militar e, ainda, democráticos (a aclamação pelo povo).

Mas partir do século XIX, depois de séculos como o regime prevalente na humanidade, os fundamentos de legitimação da monarquia passam a ceder e a monarquia autêntica entra em franco declínio. A ideia do rei como representante da unidade política perde sua antiga força, passando tal representação para os representantes eleitos pelo povo, o Parlamento. Então, os reis passam a se sustentar por razões históricas ou de sentimento de reverência, vistos como símbolos, o que é bastante distinto do princípio político-formal da monarquia. Na verdade, em muitos Estados a monarquia fora mantida porque seu poder simbólico, sua autoridade, facilita a obediência da população. Conforme explicação de Donoso Cortés ([s.a.], pos. 296.), o imaginário popular ainda está recheado com a imagem dos reis católicos medievais. Para o súdito católico medieval a obediência ao rei legítimo era um dever religioso, pois o catolicismo divinizou a autoridade, porém, e era também dever dos reis a condução prudente e zelosa da sociedade. Dessa maneira, o catolicismo dificultou tanto a rebelião como a tirania.

Nesse contexto, a partir da ascensão da teoria constitucional da divisão de poderes, a monarquia teve que provar sua conveniência e utilidade. A democratização e a parlamentarização levaram o monarca à posição de poder neutro, pairando acima dos partidos, a fim de moderar e fazer o papel de contrapeso em relação a todas as atividades estatais. Trata-se da moderação invisível, da qual a monarquia francesa de Luís Felipe (ancestral da família Orleans e Bragança) é o melhor exemplo (SCHMITT, 2011, p. 368 e ss.).

Como Schmitt (2016, p. 234) destaca,

La mayoría de los grandes jefes de Estado de los siglos XIX y XX han tenido habilidad para situarse detrás de sus Ministros, sin perder por ello autoridad. Una ley constitucional no puede prescribir e imponer las cualidades personales que son necesarias para cumplir a satisfacción el papel de *pouvoir neutre*.

No caso da monarquia brasileira, Dom Pedro I tentou reinar de maneira mais ativa, como se faz numa monarquia verdadeira e que estava previsto na Constituição de 1824, seu filho Dom Pedro II, por sua vez, abriu mão de seu poder um pouco de cada vez, lentamente se convertendo em poder efetivamente neutro. Mas, por motivos diferentes, ambos os monarcas brasileiros perderam a força política para reinar e seu domínio sobre as Forças Armadas. O primeiro não conseguiu impor a monarquia verdadeira, o segundo

não conseguiu impor a concepção de monarquia como poder neutro. O pai pecou por excesso de coragem, o filho por falta dela.

Atualmente, uma parcela crescente de brasileiros sonha com a restauração da monarquia, tanto por admirar o instituto do Poder Moderador quanto por acreditar no poder simbólico da monarquia como instrumento de condução da Nação a um caminho virtuoso. Muitos apreciam a Constituição Imperial de 1824 e gostariam de vê-la como base para uma nova constituição brasileira. Cada vez mais a bandeira imperial é vista em movimentos cívicos, e a causa já conta com figuras ilustres, como o jurista Ives Gandra Martins Silva, o deputado federal Paulo Eduardo Martins, que depositam grandes esperanças na Família Orleães e Bragança, a Família Imperial Brasileira, que tem como líder de fato o Príncipe Dom Bertrand, e como membro mais conhecido o também deputado federal Luis Philippe (ambos autores de bons livros). Mas há alguma chance real de restauração da monarquia brasileira? Existe a possibilidade de serem resgatadas as ideias fundamentais da Carta de 1824? De acordo com a explicação de Schmitt sobre as restaurações monárquicas, isso dificilmente ocorrerá. Isso porque os argumentos racionalistas de justificação da monarquia, a monarquia como poder neutro, somente valem para uma monarquia muito segura no trono, não para uma monarquia envelhecida, nem para um príncipe novo, e muito menos para uma restauração monárquica. Uma coisa é manter uma monarquia bastante estável, em tempos de tranquilidade (como a monarquia inglesa), outra bastante distinta é fundar ou refundar uma monarquia. De todas as restaurações monárquicas, somente o caso da Espanha fora de sucesso, porque o próprio General Franco nomeou o rei Juan Carlos como seu sucessor, recolocando-o no alto da hierarquia burocrático-militar, e porque a queda da monarquia havia sido recente. Em geral, as restaurações dependem de forte apoio estrangeiro, e terminam sendo vistas como traições à pátria. “Las experiencias históricas no permiten alcanzar un sistema político libre de contradicciones, y si se quiere fundar la monarquía sólo en la historia, falta toda razón inequívoca y todo principio. [...] la monarquía surge y perece, como todo em la historia” (SCHMITT, 2011, p. 370).

Confira-se as exatas palavras de Carl Schmitt (2011, p. 369) sobre a dificuldade das restaurações monárquicas baseadas na ideia de poder neutro:

Todas las consideraciones de utilidad y conveniencia, así como todos los argumentos extraídos de la experiencia histórica que puedan ser aportados por teorizadores liberales como Benjamin Constant y Guizot, o por monárquicos antiliberales como Charles Maurras, son por necesidad relativos y, considerados desde el punto de vista de la experiencia histórica, dependen de un importante supuesto: valen sólo para una dinastía establecida sin interrupción en el trono de algunas generaciones. El monarca puede renunciar por completo a su influencia política y abandonar al Parlamento o a un poderoso jefe de partido la dirección política y toda potestas; puede

desaparecer durante mucho tiempo como factor de fuerza política, pero debe mantener la continuidad de la posesión del trono, si ha de cumplir aquellas funciones justificadoras (poder neutral por encima de los partidos, representación de la continuidad del Estado en las crisis). Si la continuidad se interrumpe, entonces fallan todas aquellas pruebas, porque entonces el monarca ha caído en la lucha de partidos, y su propio asunto se ha hecho asunto de partido.

Assim, embora não seja impossível uma restauração monárquica no Brasil, e conseqüentemente uma restauração dos princípios da Carta de 1824, isso é algo amplamente improvável, até mesmo para o longuíssimo prazo. Um olhar realista para a política nacional aponta facilmente a completa ausência dos seis grandes mecanismos de legitimação da monarquia em relação à grande maioria da população brasileira. Não é possível restaurar uma casa real sem uma grande força política, e isso jamais será obtido se o plano de restauração se basear em argumentos históricos, pois a monarquia fracassou na história brasileira, e na utilidade da monarquia como poder neutro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 dez. 2021.

CARVALHO, David. **A origem do conceito de Poder Moderador:** uma investigação acerca dos projetos de moderação propostos por Benjamin Constant e pelos monarquianos. 2018. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Ciências Sociais, Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2018.

DONOSO CORTÉS, Juan. **Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo.** [s.l.]: [s.n], [s.a.]. kindle edition.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro; GARCIA, Clóvis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de política.** Rio de Janeiro: Ed. CDB, 2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia:** o pensamento político do Marquês de Caravelas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

MARQUES, Alexandre Bacelar. René Girard e Carl Schmitt: a voz do cristianismo na história intelectual da modernidade. **Teoliterária**, v. 7, n. 14, 2017.

NEIVA, Leonardo José Feitosa. Comentários à Constituição Política do Império do Brasil de 1824. 1. ed. [s.l.]: [s.n.], 2020.

NOGUEIRA, Octaciano. 1824. **Coleção Constituições Brasileira**. v. 1. 3. Ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

PONTES, Evandro Fernandes de. **Os pilares da independência**. Brasília: FUNAG, 2021.

RIGHI, Maurício G. **Pré-história e história**: as instituições e ideias em seus fundamentos religiosos. 1. Ed. São Paulo: É Realizações, 2017.

RUSSOMANO, Rosah. Facetas da Constituição de 1824. **Revista de informação legislativa**, v. 11, n. 41, p. 17-26, jan./mar. 1974.

SCHMITT, Carl. **Defensa de la Constitución**. Buenos Aires: Ediciones Sieghles, 2016.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **Os construtores do Império: ideais e lutas do partido conservador brasileiro**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1968.

UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS SOCIAIS DA RACIONALIDADE POR TRÁS DO DIREITO RESPONSIVO

AN ANALYSIS OF THE SOCIAL FOUNDATIONS OF RATIONALITY BEHIND RESPONSIVE LAW

Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha

Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio

Pesquisador da FGV Direito Rio

<http://lattes.cnpq.br/8323653428260446>

Resumo: A compreensão integral do direito responsivo como se tem hoje, depende da observação dos fundamentos sociais da racionalidade que estão insculpidos na sua formação e evolução. Propõe-se com este trabalho a análise exploratória dos aspectos teóricos apontados como fundamentais para sua consolidação. Utilizando-se de revisão bibliográfica, busca-se demonstrar como Max Weber trabalha a evolução da racionalidade, a partir de tipos ideais de sistemas jurídicos e contribui para o entendimento dos fatores que explicam a consequente erosão do direito formal, bem como a relação existente entre direito e sociedade marcada pelos direitos repressivo, autônomo e responsivo. Ao final, são tecidas considerações sobre os aspectos explorados.

Palavras-chave: Direito e regulação; Sociologia do direito; Direito repressivo; Direito autônomo; Direito responsivo.

Abstract: The comprehension of responsive law as it exists today depends on observing the social foundations of rationality that are embedded in its formation and evolution. This work proposes an exploratory analysis of the theoretical aspects identified as fundamental for its consolidation. Using a bibliographic review, the aim is to demonstrate how Max Weber works on the evolution of rationality, based on ideal types of legal systems, and contributes to the understanding of the factors that explain the consequent erosion of formal law, as well as the existing relationship between law and society marked by repressive, autonomous and responsive rights. At the end, considerations are made on the explored aspects.

Keywords: Law and regulation; Sociology of law; Repressive law; Autonomous law; Responsive law.

Submetido em 22 de fevereiro de 2023. Aprovado em novembro de 2023.

INTRODUÇÃO

O direito responsivo surge diante da necessidade de responder rapidamente a demandas sociais que o sistema jurídico tradicional mostrava-se incapaz de atender. Ao conferir um olhar analítico para explicar o desenvolvimento econômico, mais especificamente o capitalismo industrial, correlacionando o campo jurídico com o campo social, Max Weber contribui com ferramentas para compreender melhor as interações dos dias atuais entre direito e sociedade.

Ao apresentar a categorização dos tipos formais de sistemas jurídicos, Weber busca demonstrar o papel da racionalidade para a concepção do direito de seu tempo e como ela se identifica como elemento fundamental de um sistema jurídico avançado. A partir das contribuições do mencionado autor e partindo-se de uma visão não anacrônica das suas categorizações, torna-se possível realizar a análise sistematizada dos atuais sistemas jurídicos e de formas de os interpretar frente às constantes mudanças sociais.

O desenvolvimento deste trabalho é um esforço exploratório baseado em revisão bibliográfica, com utilização de livros e artigos científicos, nacionais e internacionais, que busca descrever as categorizações operadas acerca da racionalidade insculpida nos sistemas jurídicos e os seus fundamentos sociais subjacentes.

Na primeira seção, descreve-se como se deu a evolução da racionalidade no direito, a partir das concepções exploradas por Weber, sendo discutidos os seus tipos ideais, bem como os possíveis fatores que levaram a uma suposta erosão do direito formal. Na segunda seção, são apresentados os três estágios evolutivos do direito, que culminam no direito responsivo, bem como os seus fundamentos sociais e aspectos de racionalidade.

1 A EVOLUÇÃO DA RACIONALIDADE DO DIREITO EM WEBER

Constituída por diversas etapas, a evolução da racionalidade do direito ocorreu de formas diferentes a depender do tempo e local examinados. Uma análise somente do Ocidente permite identificar diversos modos de manifestação desta linha cronológica. Ao nos debruçarmos sobre o Oriente, é possível identificar outras distintas. O que se percebe, portanto, é a necessidade de sistematizar teoricamente as mencionadas etapas para que se possa ter uma lente de observação funcional que dialogue com as variáveis.

Dessa forma, identifica Weber que as diferenças evolutivas podem ter como causa explicativa, principalmente, as distinções entre as relações de poder político e as diferentes estruturas dos grupos decisivos para a formação do direito (WEBER, 1999, p. 144). Dentro dos seus esforços para explicar o capitalismo industrial ocidental, analisou tanto as dimensões analíticas da

sociedade, quanto as respectivas estruturas concretas (TRUBEK, 2007, p. 153). Para ele, o sistema moderno de capitalismo burguês era proveniente, determinadamente, de uma influência do direito (TRUBEK, 2007, p. 153).

Este direito foi caracterizado com um sentido amplo para que pudesse abarcar mais do que somente as definições imaginadas pelo Ocidente. Abrangia diversos fenômenos de variadas sociedades e, ainda assim, delineou distinções entre sistemas diferentes. Apesar de compreender variados sistemas de direito, entendia que o sistema europeu era significativamente diferente (TRUBEK, 2007, pp. 153-154). Não obstante a amplitude do conceito, é possível restringir sua definição para o espectro de três temas ou pilares centrais, quais sejam, coação, legitimidade e racionalidade.

O primeiro deles trata da capacidade de se fazer cumprir, ou seja, se existem normas, deve haver uma forma de garantir que se cumpram, mesmo que por meio de sanções coativas. Por óbvio, nem todas as normas devem ser objeto de coação, o que se exemplifica com as normas de convenção, que são respeitadas mesmo sem existir um elemento de coação. No que diz respeito ao segundo tema central, entende-se que se o direito é uma subclasse das organizações legítimas/normativas e, se elas demandam que o grupo social aceite minimamente as regras postas em jogo, esse aceite se concretiza justamente na legitimidade, de modo que tanto as sanções coativas, quanto a obediência da convenção, ambas devem pressupor legitimidade. Por fim, o terceiro tema central trata do grau de racionalidade, ou seja, da aptidão de determinado sistema gerar regras universalmente aplicáveis, assim, Weber utilizava deste critério para hierarquizar os tipos de direito (TRUBEK, 2007, pp. 156-157).

De modo contrário ao determinismo marxista, desenvolveu seus pensamentos sobre os fenômenos jurídicos sob as premissas de que, apesar de relevantes as forças econômicas fundamentais, os sistemas de direito europeu teriam suas características marcadas muito mais por fatores não-econômicos. Os fatores econômicos foram importantes, mas não determinantes como foi o direito (TRUBEK, 2007, p. 154).

Para Weber, os sistemas de direito europeu possuíam particularidades que os diferenciavam dos demais, o que poderia ser explicado pelos distintos graus de racionalidade apresentados por cada um, como dito anteriormente. Característica marcante é o fato de o direito europeu se basear em regras universais e não sofrer constante intervenção política, tornando-o mais racional que os demais (TRUBEK, 2007, p. 155).

O desenvolvimento destas qualidades formais, condicionadas pelas causas citadas, reúnem um formalismo magicamente condicionado a uma irracionalidade determinada em revelações, uma racionalidade material - ou não-formal - e, ao final, uma racionalidade jurídica especializada que progride para o rigor dedutivo do direito e da lógica (WEBER, 1999, p. 143). Não

obstante, contemporaneamente o que se percebe é uma tendência da erosão do direito formal com a prevalência de uma justiça material sobre a legalidade formal.

1.1 Tipos ideais de sistemas jurídicos

Com o intuito de analisar a perspectiva do significado histórico dos sistemas jurídicos, Weber desenvolveu os tipos ideais. Estes, nada mais são do que ferramentas metodológicas para aglutinar características observáveis da realidade - mas sem refleti-la em concreto - para que pudesse, a partir de elementos típicos, comparar os sistemas de direito específicos. Para tanto, optou por analisar sistemas de direito nos quais as decisões são determinadas por regras prévias de aplicação universal e que são estabelecidas por uma variedade de órgãos jurídicos (TRUBEK, 2007, p. 159).

Nesse sentido, a depender de como o direito é elaborado e aplicado, criou uma classificação para ordenar os diferentes sistemas jurídicos. De acordo com as categorias desenvolvidas, o direito pode ser: i) formalmente irracional; ii) substancialmente irracional; iii) substancialmente racional; ou iv) formalmente racional. Este último, pode ainda ser formal em sentido: iv.1) extrínseco; ou iv.2) lógico (TRUBEK, 2007, p. 159).

Percebe-se, portanto, que Weber separa dois grandes grupos para sistematizar a sua classificação: grau de formalidade e grau de racionalidade (TRUBEK, 2007, p. 159). A primeira diz respeito à autonomia do sistema jurídico, ou seja, a capacidade dele de, a partir dos critérios próprios do sistema, decidir os casos concretos. O segundo, por sua vez, trata da generalidade e universalidade do sistema, de modo que, quanto mais fácil for seguir critérios para todos os casos, mais racional ele será. A tabela abaixo ilustra o ponto descrito.

Tabela 1: Classificação dos sistemas de direito pela formalidade e racionalidade do processo de tomada de decisões

		GRAU DE GENERALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	
		ALTO	BAIXO
GRAU DE DIFERENCIAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS	ALTO	RACIONALIDADE LÓGICO-FORMAL	IRRACIONALIDADE FORMAL
	BAIXO	RACIONALIDADE SUBSTANCIAL	IRRACIONALIDADE SUBSTANCIAL

Fonte: TRUBEK, 2007, p. 159.

A título de ilustração, exemplifica-se a seguir cada uma das categorias para a visualização da manifestação de cada uma.

As decisões tomadas com base no baixo grau de generalidade e no alto grau de diferenciação - irracionalidade formal - estão intimamente relacionadas com as revelações proféticas (direito revelado), porque apesar de possuírem critérios intrínsecos ao sistema, estes são desconhecidos e, além disso, não há qualquer previsibilidade do conteúdo decisório, em razão da ausência de padrões gerais de referência (TRUBEK, 2007, p. 160).

Por sua vez, as decisões baseadas no baixo grau de generalidade e no baixo grau de diferenciação - irracionalidade substancial - dizem respeito a regras identificáveis, entretanto, somente após a tomada da decisão (direito tradicional). Isto porque estão sempre permeadas por questões éticas e práticas que tornam difícil sua previsão, sendo necessária a existência de um sistema de precedentes para conceber a generalização dos casos concretos (TRUBEK, 2007, p. 160).

Com relação às decisões de alto grau de generalidade e baixo grau de diferenciação das normas jurídicas - racionalidade substancial - pode-se dizer que se utilizam de critérios, todavia, oriundos de um sistema externo ao jurídico. Compreende-se a racionalidade até onde se compreende o sistema externo (direito deduzido), sendo de difícil previsão o conteúdo decisório (TRUBEK, 2007, p. 160).

A última categoria a se mencionar, considerada como a mais desenvolvida sob o aspecto da formalidade e da racionalidade, é a racionalidade lógico-formal (direito positivo), que Weber identifica no direito europeu. Sua racionalidade está insculpida na existência de regras claramente definidas e a formalidade na relação de autonomia do próprio sistema jurídico para os critérios de decisão. O que difere neste momento é a lógica, que remete a uma classificação coerente para as suas regras e princípios e, ao mesmo tempo, determina que os casos concretos são decididos através de processos lógico-dedutivos especializados premidos de pressupostos anteriormente definidos (TRUBEK, 2007, p. 160).

Deste modo, conforme dito anteriormente, a evolução da racionalidade pode percorrer etapas diferentes a depender do contexto situacional em que se encontra. Para a teoria de Weber, o caminho coerente para este processo partiria inicialmente do direito formalmente irracional (direito revelado/carismático), passaria para o substancialmente irracional (direito tradicional), chegaria ao substancialmente racional (direito deduzido/natural) e alcançaria o status de moderno com o tipo racional lógico-formal (direito positivo).

1.2 Erosão do direito formal

O direito moderno, concretizado na concepção de Weber no direito europeu, seria o do tipo racional lógico-formal. Seu surgimento se daria por

causas específicas e um contexto particular. Surge intrinsecamente ligado ao estado burocrático moderno e exerce influência nele, sendo a recíproca verdadeira.

Entretanto, o caso-desvio da Inglaterra serve como um apontamento para a teoria weberiana de que o desenvolvimento dos sistemas jurídicos e da economia capitalista talvez não estivessem tão interligados por uma suposta necessidade de progresso à racionalidade lógico-formal. Isto porque foi justamente na Inglaterra onde primeiro surgiu o capitalismo, sendo o seu sistema jurídico dotado de baixo grau de racionalidade e diferente no que diz respeito às particularidades formais fundamentais e, ainda assim, a economia capitalista apresentava-se com excelência (TRUBEK, 2007, p. 173).

Naquele momento, a Inglaterra se apresentava como um caso-desvio e chamava atenção para a necessidade de um olhar crítico aos tipos ideais propostos por Weber. Na atualidade, pode-se dizer existirem inúmeras Inglaterras pelo mundo, já que o contexto social, político e econômico vivido hoje em muito diverge daquele analisado.

Se de um lado as exigências da burguesia, o saber profissional especializado e as influências contextuais do direito romano e canônico impulsionaram o surgimento do direito racional lógico-formal, de outro, reivindicações de agentes de mercado, agendas sociais da democracia, ideologias internas aos profissionais do direito e a democratização da justiça, funcionaram como causas da erosão do direito formal¹. O que não implica necessariamente em abrir mão da perspectiva weberiana, mas pelo contrário, devemos nos apropriar ao máximo - com um filtro crítico para não ingressar em uma reflexão anacrônica - pois a visão holística e relacional empenhada no seu trabalho sobre desenvolvimento do direito e economia foi imprescindível para se compreender diversas questões postas pela contemporaneidade, principalmente, se for observado do ponto de vista dos pilares coação, legitimidade e racionalidade que ele se utiliza para definir - no sentido amplo - o direito.

2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E SOCIEDADE

As teorias jurídicas impactam as sociedades. Possuem consequências sociais e as influenciam tanto quanto são por elas influenciadas. Por sua vez, as teorias sociológicas buscam tratar o direito como um objeto variável e contextual. A proposta oriunda dos fundamentos sociais para agregar ao sistema jurídico vem justamente de compreender em que extensão e sob quais condições as conexões entre o direito e seus principais elementos - para usar o

¹ Teubner explica de forma muito lógica a atual crise do direito - que não é igual às anteriormente vividas - pois está diretamente relacionada com a crise do *welfare state*. Entende não se apresentarem como possíveis soluções a rematerialização proposta por Weber ou, ainda, a reformulação/desregulação proposta por outros autores. Cf. TEUBNER, 1987.

sentido amplo de Weber como exemplo, coação, legitimidade e racionalidade (NONET; SELZNICK, 2010, pp. 48-49) - são desenvolvidas (TRUBEK, 2007).

Sob a perspectiva sociológica, portanto, as variáveis do direito - por exemplo, papel da coerção, legitimidade, expectativas de obediência etc - se apresentam de modos diversos a depender do contexto no qual estão inseridas. Nonet e Selznick realizam o esforço exploratório de identificação e compreensão destas conexões e configurações típicas, dividindo-as em três modalidades de direito-na-sociedade: servidor do poder repressivo (fim de instrumentalismo repressivo para o governante); controlador da repressão que consegue proteger a sua integridade (fim de luta pelo direito autônomo); e facilitador das necessidades e aspirações sociais (fim de renovação do instrumentalismo no contexto do direito responsivo) (NONET; SELZNICK, 2010, pp. 54-55).

No mesmo sentido que Weber apresenta uma proposta evolutiva de seus tipos ideais de sistema jurídico (formalmente irracional, substancialmente irracional, substancialmente racional e lógico-formal, nesta ordem), Nonet e Selznick desenvolvem a possibilidade de um olhar similar na relação entre direito e a ordem política e social, para os direitos repressivo, autônomo e responsivo (NONET; SELZNICK, 2010, p. 60).

2.1 Direito repressivo

Sua existência não garante igualdade, muito menos justiça substancial. Em verdade, garante o *status quo* conferindo autoridade e reforçando as relações de poder existentes. A força da coerção se mostra imponente e sua presença permeia qualquer comportamento desviante (NONET; SELZNICK, 2010, pp. 71-73).

São identificadas como as principais características do direito repressivo: o direito ser identificado com o Estado e subordinado às suas razões; a manutenção da autoridade é uma preocupação relevante e constante; organismos especializados de controle são independentes e capacitados para resistir à autoridade política; um regime que legitima padrões de subordinação social; e a prevalência de um moralismo legal, no qual o código penal reflete os costumes dominantes (NONET; SELZNICK, 2010, p. 75).

O direito repressivo, portanto, fica subordinado ao poder político, funcionando as normas legais e seus respectivos aplicadores jurídicos como legitimadores dos interesses da classe dominante. Resumidamente, sua finalidade é a ordem, encontra legitimidade na segurança social e na razão do Estado, possui um sistema normativo pouco elaborado, envolve uma racionalidade jurídica casuística e particularista, possui discricionariedade oportunista, utiliza-se de coerção extensiva sem grandes limitações, baseia-se num legalismo moral, o direito está subordinado à política, a expectativa de

obediência é incondicional e tem a participação com consentimento passivo, sendo encarada qualquer crítica como ato de deslealdade (NONET; SELZNICK, 2010, p. 57).

2.2 Direito autônomo

É com a aquisição da autoridade e da independência pelas instituições judiciárias que surge o direito autônomo, sobretudo, devido às aspirações políticas e jurídicas que culminaram na aparição do estado de direito (império da lei). O foco inicial é o da manutenção da autonomia destas instituições (NONET; SELZNICK, 2010, p. 99).

Apresentam-se como as principais características do direito autônomo: o direito com uma clara definição da separação entre as funções legislativas e judiciárias, separando-se, conseqüentemente, direito e política; limitação do poder criativo/inovador das instituições judiciárias, assegurando um modelo normativo que resguarda o domínio da política de ingerências; a importância do procedimento¹, sendo a regularidade e a equidade as prioridades finalísticas; e estrita obediência ao direito positivo, de modo que eventuais críticas devem se concentrar no processo político (NONET; SELZNICK, 2010, p. 100).

O direito autônomo, dessa forma, evolui para uma desvinculação do poder político, tendo as normas legais o foco no devido processo legal, mais especificamente, na estrita obediência da lei posta. Em síntese, sua finalidade é a legitimação, encontra legitimidade em procedimentos equânimes, possui um sistema normativo elaborado, envolve uma racionalidade jurídica com forte aderência à autoridade legal, mas suscetível de resultados negativos oriundos do formalismo e legalismo, possui discricionariedade restrita, utiliza-se de coerção limitada às balizas legais, baseia-se numa moralidade preocupada com o processo legal, o direito está determinadamente separado da política, a expectativa de obediência é condicionada à devida fundamentação legal e tem a participação, de certo modo, considerada como limitada em razão dos procedimentos definidos (NONET; SELZNICK, 2010, p. 57).

2.3 Direito responsivo

Para ir além do direito autônomo, no qual havia se conquistado a clara separação entre instituições judiciárias e o poder político, precisava-se avançar nas questões atinentes à justiça substantiva, não sendo possível mantê-la como meramente formal. As premissas básicas² a serem compreendidas para a efetivação desse novo direito perpassavam pelas ideias de competência

¹ Sobre a importância da procedimentalização do direito, Teubner desenvolve a ideia de autopoiese, no âmbito do direito reflexivo, que em muito se assemelha às teses defendidas nas teorias desenvolvidas por Luhmann. Cf. TEUBNER, 1993; e TEUBNER, 1983, pp. 239-284.

² Braithwaite, ao responder as críticas feitas a sua teoria de regulação responsiva, apresenta 9 heurísticas que dialogam positivamente com as três premissas básicas apontadas. (BRAITHWAITE, 2011, pp. 476).

cognitiva¹, abertura à mudança e ativismo, tudo visando a transformação em um sistema mais dinâmico e que atendesse prontamente as necessidades sociais (NONET; SELZNICK, 2010, pp. 121-122).

Para tanto, destacam Nonet e Selznick como traços marcantes do direito responsivo: incremento do viés propositivo na argumentação jurídica, em grande medida por causa da dinâmica do desenvolvimento do direito; existência de uma finalidade que, ao mesmo tempo em que aumenta a tensão para a autoridade jurídica, suaviza a questão da obediência e possibilita uma ordem pública mais flexível; ameaça para a integridade das instituições legais, em razão da abertura e flexibilidade do direito; e a necessidade de projetar instituições jurídicas mais competentes para lidarem com um ambiente de alta pressão (NONET; SELZNICK, 2010, p. 127).

O direito responsivo, assim sendo, age como facilitador das necessidades e aspirações sociais. As normas legais são interpretadas e reformuladas a partir da análise das situações em concreto vividas cotidianamente. Em suma, sua finalidade é mostrar-se competente para resolver as questões apresentadas, busca fundamentar sua legitimidade em uma justiça substantiva, seu sistema normativo está subordinado a princípios e políticas institucionalizadas, compreende uma racionalidade orientada para fins e resultados, contempla discricionariedade ampla, todavia sempre justificada pelos seus fins, não utiliza-se de coerção como primeira medida, buscando alternativas com incentivos e desincentivos menos agressivos, está permeada pela moral da cooperação, o direito age combinado à política, de modo a integrar objetivos, a expectativa de obediência está baseada na análise de danos efetivos e, por fim, há presença marcante de *social e legal advocacy* (SELZNICK, 1992, pp. 465-466), de modo que grupos representantes de causas sociais se manifestam tanto nas instituições judiciárias, quanto nas políticas (NONET; SELZNICK, 2010, p. 57).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os esforços de compreensão do sistema de capitalismo moderno burguês por Weber oportunizou o surgimento de debates focados nos entrelaces entre direito e as questões sociais. Para ele, não eram os fatores econômicos que predominavam para explicar o sistema de sua época, mas sim o direito, que em seu estado mais avançado - formal e racional - poderia ser encontrado no direito europeu.

Classificando os diferentes sistemas jurídicos em formalmente irracional, substancialmente irracional, substancialmente racional, e formalmente racional, em ordem crescente evolutiva, Weber sistematizou as formas com as quais o

¹ Baldwin, por sua vez, argumenta em defesa de uma regulação realmente responsiva, tensionando mais ainda a premissa da competência cognitiva já apontada no texto ao propor outras responsabilidades a serem incumbidas ao regulador. (BALDWIN; BLACK, 2008, p. 61).

direito - caracterizado em sentido amplo pela coação, legitimidade e racionalidade - é elaborado e aplicado. Todavia, o que se percebe é uma tendência de erosão deste direito formalmente racional por um em que prevaleça a justiça material sobre a legalidade formal.

As tipologias explicitadas envolvem relações entre aspectos jurídicos e aspectos sociais que, conforme observam Nonet e Selznick, passaram de um direito repressivo, para um autônomo, para, por fim, se tornar responsivo, com diferenciações em relação aos seus respectivos graus de formalidade e racionalidade. O primeiro, caracterizado pela manutenção de um *status quo* que reforça as relações de poder existentes. O segundo, por sua vez, manifesta a aquisição de autoridade e independência pelas instituições judiciárias levando ao surgimento do estado de direito. O terceiro, ao final, deixa para trás a justiça formal pela justiça substantiva, pela transformação do sistema para se tornar mais dinâmico e, conseqüentemente, capaz de atender as necessidades sociais.

Com as discussões levantadas, espera-se ter contribuído, ainda que de forma modesta, para os debates acadêmicos que envolvem o ferramental apresentado por Max Weber em seus trabalhos. Destaca-se, por fim, que o direito responsivo, que busca atender às demandas sociais, vivas e constantes, deve estar atento aos fundamentos sociais da sua racionalidade subjacente, de modo a ser mais eficiente na sua empreitada.

REFERÊNCIAS

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *The Modern Law Review*, v. 71, n. 1, pp. 59-94, 2008.

BRAITHWAITE, John. The Essence of Responsive Regulation. *U.B.C.L. Review*, v. 44, n. 3, pp. 475-520, 2011.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** (trad Vera Pereira). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

SELZNICK, Philip. **The Moral Commonwealth.** Berkeley: UCLA Press, 1992.

TEUBNER, Gunther. Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions. In: TEUBNER, Gunther. **Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law.** Berlin; New York: de Gruyter, 1987.

_____. **Law as an Autopoietic System.** (trad Anne Bankowska e Ruth Adler). Oxford: Blackwell Publishers, 1993.

_____. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, pp. 239-284, 1983.

TRUBEK, David. Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo. *Revista Direito GV*, (trad José Rafael Zullo), v. 3, n. 1, pp. 151-186, jan-jun

2007. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp151-186.pdf. Acesso em 09 jan 2023.

WEBER, Max. As Qualidades Formais do Direito Moderno. In: WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da Sociologia Compreensiva. vol. II. (trad Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). Brasília: Editora UNB; Imprensa Oficial, 1999.

OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ENTRE AS RESPONSABILIDADES COMUNS, DIFERENCIADAS E ADAPTATIVAS ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS: AMONG COMMON, DIFFERENTIATED
AND ADAPTIVE OBLIGATIONS TO CLIMATE CHANGE

João Claudio Faria Machado

*Mestrando em Ciências Aeroespaciais na Universidade da Força Aérea
<http://lattes.cnpq.br/9566122535862947>*

Resumo: Pelo conceito jurídico indeterminado do princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas, pela análise dos acordos climáticos em conjunto às categorias de desigualdades vislumbradas pelo IPCC e pela relação do princípio com o desenvolvimento sustentável, o artigo pretendeu responder a seguinte pergunta: os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável serviriam ao princípio da responsabilidade comum mas diferenciada como elementos de equidade?. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo e caracterizou-se a pesquisa como de natureza básica, com objetivo exploratório, abordagem qualitativa, do tipo documental e bibliográfica. Como resultado, a resposta ao questionamento foi positiva.

Palavras-chave: Mudanças climáticas. Objetivos do desenvolvimento sustentável. Princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas. Indicadores de equidade. Contribuição nacionalmente determinada.

Abstract: Due to the indeterminate legal concept of the principle of common but differentiated responsibilities, by analyzing climate agreements together with the categories of inequalities envisaged by the IPCC and by the principle's relationship with sustainable development, the article aims to answer the following question: would the Sustainable Development Goals serve to the principle of common but differentiated responsibility as elements of equity?. For that, the hypothetical-deductive method was used and the research was characterized as the basic qualitative nature, with the exploratory approach, of the documentary and bibliographic type. As a result, the answer to the question was positive.

Keywords: Climate change. Sustainable development goals. Principle of common but differentiated responsibilities. Equity indicators. Nationally determined contributions.

Submetido em 3 de agosto de 2022. Aprovado em novembro de 2023.

INTRODUÇÃO

O princípio da responsabilidade comum mas diferenciada, prescrito na Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, no Protocolo de Quioto e no Acordo de Paris possui dois elementos basilares: a responsabilidade comum relacionada à proteção ambiental a que se propõe, e que incita a adoção de medidas às necessidades, e as diferenciações relacionadas às circunstâncias particulares, à concorrência para o problema e à capacidade de adoção de medidas de prevenção e adaptação, que constituem fatores de relativização da responsabilidade comum como instrumentos de equidade.

Pelo conceito jurídico indeterminado do princípio e pela análise dos acordos climáticos internacionais conjuntamente com as categorias de desigualdades vislumbradas pelo IPCC, e pela relação do princípio com o desenvolvimento sustentável, o artigo pretende responder se os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável poderiam servir a ele como elementos de equidade.

Para tanto, a pesquisa adota uma análise global e não específica de um país.

Para a pesquisa, utiliza-se do método hipotético-dedutivo com o estabelecimento da seguinte pergunta a ser respondida: os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável serviriam ao princípio da responsabilidade comum mas diferenciada como elementos de equidade?. A pesquisa caracteriza-se como de natureza básica, por gerar conhecimentos que podem servir para o avanço de estudos relacionados, com abordagem qualitativa do problema, com compreensão e interpretação sem qualquer quantificação de dados, tendo por objetivo descrever as relações entre os elementos estudados. Define-se a pesquisa, ainda, como documental por se utilizar de documentos oficiais das Nações Unidas sobre os Acordos Climáticos e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, e bibliográfica por utilizar artigos e doutrinas especializadas sobre o tema. Quanto ao objetivo da pesquisa, define-o como exploratório, por levantar informações sobre um objeto específico de investigação.

Na primeira seção, trata o artigo do princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas nas normas climáticas. Aporta seu conceito na doutrina internacional, pontua sobre as mudanças redacionais a que o princípio passou pelas três normas climáticas e demonstra, por meio de uma interpretação sistemática e comparativa, os fatores de relativização e a possível amplitude de sua base nos ODS.

A seção seguinte apresenta a origem normativa dos ODS, a extensão na esfera social, econômica e ambiental e a possibilidade dos ODS servirem como parâmetros de desenvolvimento e parâmetros de equidade do analisado princípio. Relaciona na primeira subseção, no âmbito da mitigação, como e por

que os ODS podem servir como indicadores das capacidades sociais, econômicas e ambientais, e assim, como parâmetros para fundamentar os fatores de relativização da responsabilidade comum nos compromissos climáticos. No outro subitem, realiza semelhante análise, porém sob a perspectiva da adaptação.

Por fim, no terceiro e último item, demonstra como a Contribuição Nacionalmente Determinada pode servir como um documento de conexão entre os ODS, como pretensões e carências, e as Mudanças Climáticas, como compromissos de mitigação, limitação e adaptação, sobretudo à luz do princípio da responsabilidade comum mas diferenciadas.

1 DO PRINCÍPIO DAS RESPONSABILIDADES COMUNS MAS DIFERENCIADAS NAS NORMAS CLIMÁTICAS

Em 1988, seguindo recomendação concluída na Conferência de Villach de se criar um programa para coordenar o desenvolvimento do conhecimento científico sobre as perturbações no sistema climático global, a Organização Meteorológica Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente criaram o Painel Intergovernamental de Mudanças Climática, conhecido pelo acrônimo em inglês IPCC¹.

Com o primeiro relatório publicado pelo organismo a indicar as emissões antrópicas como responsáveis pelo gradual e contínuo aumento da concentração de gases com efeito de estufa na atmosfera, e a indicar a limitada capacidade natural desta de absorvê-los, tendendo para o aumento da temperatura média da terra (IPCC, 1990), a Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu o Comitê Intergovernamental de Negociação para a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima (UN, 1990) para ser o condão reformador da situação que se delineava.

A instituída junta preparou, assim, o texto da Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima como uma moldura de limites normativos (SOARES, 2001, p. 174), fundada na latência dos indícios científicos, a confluir para um objetivo comum: evitar que as emissões antrópicas causem uma interferência perigosa ao sistema climático.

Em que pese o interesse global em conter a crise planetária, as desigualdades das Partes foram reconhecidas expressamente no acordo e conforme interpretação sistemática com a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O contexto da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, em que ambos os documentos estão envoltos, possuía os contornos das diferenças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento acolhida na Conferência de Estocolmo e no Relatório Brundtland (LAGO, 2013).

¹Intergovernmental Panel on Climate Change.

Essas condições conjunturais refletem a própria função do princípio ambiental internacional das responsabilidades comuns mas diferenciadas, adotado por ambos os acordos do ano de 1992. Sobre o princípio, Honkonen explica:

In any case, the principle of CBDR seeks to respond to concerns over the legitimacy, equity and effectiveness of international environmental regimes. It has the function of trying to reconcile the tension between the need for universalism in taking action to combat global environmental problems, and the need to be sensitive to individual countries' relevant circumstances¹. (2009, p. 259).

Esta preocupação com a legitimidade, equidade e a eficácia dos regimes ambientais de fato foi a tônica das resoluções em que foi introduzido. O princípio remonta à Resolução 44/228 da Assembleia das Nações Unidas do ano de 1989, em que trata das resoluções da Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, e, anteriormente, ao Protocolo de Montreal Sobre Substâncias Nocivas à Camada de Ozônio, realizada em 1987.

Para além disto, a doutrina reconhece e consolida o princípio como do direito internacional e estabelece seus entendimentos a respeito, como os com maestria feitos por Sands:

The principle of common but differentiated responsibility includes two elements. The first concerns the common responsibility of states for the protection of the environment, or parts of it, at the national, regional and global levels. The second concerns the need to take account of differing circumstances, particularly in relation to each state's contribution to the creation of a particular environmental problem and its ability to prevent, reduce and control the threat. In practical terms, the application of the principle of common but differentiated responsibility has at least two consequences. First, it entitles, or may require, all concerned states to participate in international response measures aimed at addressing environmental problems. Second, it leads to environmental standards that impose differing obligations on states (SANDS, p. 333)².

¹Tradução livre: “Em qualquer caso, o princípio da CBDR procura responder às preocupações sobre a legitimidade, equidade e eficácia dos regimes ambientais internacionais. Tem a função de tentar reconciliar a tensão entre a necessidade de universalizar a tomada de medidas para combater os problemas ambientais globais e a necessidade de ser sensível às circunstâncias relevantes de cada país”.

²Tradução livre: “O princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada, inclui dois elementos. O primeiro diz respeito à responsabilidade comum dos Estados pela proteção do meio ambiente, ou de partes dele, nos níveis nacional, regional e global. O segundo diz respeito à necessidade de levar em consideração as diferentes circunstâncias, particularmente em relação à contribuição de cada estado para a criação de um determinado problema ambiental e sua capacidade de prevenir, reduzir e controlar a ameaça. Em termos práticos, a aplicação do princípio da responsabilidade comum mas diferenciada tem pelo menos duas consequências. Em primeiro lugar, dá o direito, ou pode exigir, que todos os estados interessados participem

Conforme o autor, o princípio possui dois elementos: a responsabilidade comum na proteção do ambiente, que incita a adoção de medidas como respostas às necessidades, e as circunstâncias particulares, a concorrência para o problema e a capacidade de adoção de medidas de prevenção e adaptação.

Não obstante, nas convenções internacionais do clima o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas passa por diferentes formas redacionais como a complementar e delimitar sua aplicação. Na Convenção-Quadro, o princípio, embora não expressamente identificado como tal, pode ser identificado no preâmbulo da Convenção:

Reconhecendo que a natureza global da mudança do clima requer a maior cooperação possível de todos os países e sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, conforme suas responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respectivas capacidades e condições sociais e econômicas (ONU, 1992, p. 3).

Posteriormente, com o descumprimento do estabelecido na Convenção-Quadro, o Protocolo de Quioto foi firmado com uma prescrição diferida do princípio como das responsabilidades comuns, mas diferenciadas. A redação retirou o trecho que “respectivas capacidades e condições sociais e econômicas” e incluiu na análise as “prioridades de desenvolvimento, objetivos e circunstâncias específicos” (ONU, 1997).

Por fim, a concluir a análise da forma redacional do princípio nos acordos do clima, no Acordo de Paris o princípio passou a vigorar como “responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais”.

Embora as diferenças na redação sejam claras, evidenciam mais as dificuldades de delimitação do próprio princípio e a dificuldade em estabelecer as medidas e a base para as quais os países se fundam para obter um tratamento diferenciado, que uma alteração no sentido expresso. Em outras palavras, a mudança estaria mais na discussão das diferenças como uma tendência de diminuir as responsabilidades diferenciadas, que atende o sentido de urgência trazido pelo Acordo de Paris, e menos na extensão dos termos utilizados.

Isto importa pois os termos que visariam a delimitar o princípio em verdade demonstra ponderações relevantes que devem ser discutidas. Como a redação não possui quaisquer termos objetivos ao modo de aplicação, as diferenciações constituem-se em fatores de relativização das responsabilidades comuns fundadas nas circunstâncias nacionais, em suas capacidades e em suas condições. Constituem, por assim dizer, conceito jurídico indeterminado -

de medidas de resposta internacionais destinadas a abordar os problemas ambientais. Em segundo lugar, leva a padrões ambientais que impõem obrigações diferentes aos estados”.

pressupostos não definidos mas com efeitos determinados -, em privilégio a uma abertura que permite seja seu uso justificado.

Sobre os elementos que constituem o princípio, a responsabilidade comum reside no fato de todas as partes deverem proteger e restaurar o sistema climático independentemente do próprio impacto, seja negativo ou positivo, no passado, no presente ou no futuro. A responsabilidade possui, desta forma, raízes na solidariedade. A contribuição individual não se faz vinculada às responsabilidades causais suas ou de terceiros e nem à medidas que outros fazem, sendo, unicamente, em prol de um objetivo de interesse comum.

Em contraposição, os fatores individuais importam para que a responsabilidade seja determinada de forma equitativa, residindo, nisto, o ponto nevrálgico, segundo Voigt e Ferreira: “The question is thus how to design legal instruments that can reflect the different ‘situations’ of states in an equitable and dynamic fashion, as they develop over time”¹ (2016, p. 287). Conforme os autores, a diferenciação não pode ser estática; deve admitir um dinamismo, a que se entende possível tanto para uma melhor quanto para uma melhor condição das partes.

Este dinamismo, aliás, serve também para a responsabilidade comum. Caso o objetivo a que se pretende alcançar seja colocado em risco, ou tenha o risco agravado, as diferenciações tenderiam a importar menos. A responsabilidade tenderia a ser cada vez mais comum e menos diferenciada.

Sob tais perspectivas, os fatores de relativização constituem instrumentos de equidade (SANDS, 2012, p. 232) a possibilitar compromissos diferidos, a afastar uma aparente contradição do princípio. Desta forma, o primeiro fator envolve a concorrência para a constituição do objeto-problema. Considera a responsabilidade causal nas emissões históricas, atuais e relativas, que constituem a denominada responsabilidade diferenciada. Não obstante, mormente também designa um entendimento genérico que abarca todas as condições.

A capacidade econômica como fator de relativização, por sua vez, em interpretação sistemática da Convenção-Quadro, do Protocolo de Quioto e do Acordo de Paris, pode ser entendida como uma forma ampla e indeterminada, mas passível de justificação. Pode estar relacionada ao patamar de desenvolvimento social e econômico, ou seja, estrutural, bem como à capacidade tecnológica para mitigar ou se adaptar às mudanças climáticas.

O terceiro fator corresponde às condições sociais e econômicas, a que pode ser entendido como uma análise entre as condições circunstanciais e as condições estruturais. Este fator tenderia a relativizar a análise entre o patamar de desenvolvimento social e econômico, como condição estrutural e

¹ Tradução livre: “A questão é, portanto, como projetar instrumentos jurídicos que possam refletir as diferentes “situações” dos Estados de uma forma equitativa e dinâmica, à medida que se desenvolvem ao longo do tempo”

sustentado, e a condição do momento, suficiente ou insuficiente, de prestar compromissos sem comprometer o estágio de desenvolvimento que se encontra, ou mesmo seu necessário progresso.

Por fim, como último fator de relativização, possível deduzir do Acordo de Paris que as circunstâncias nacionais se referem a uma condição circunstancial e estrutural, relacionado: (1) às vulnerabilidades, resiliências e adaptações; (2) aos investimentos para evitar, reduzir e enfrentar as perdas e os danos relacionados com as alterações do clima; (3) às carências de recursos financeiros e tecnológicos para limitar ou mitigar as emissões de gases com efeito de estufa e para adaptar e recobrar as condições impactadas pela mudança do clima.

No Acordo de Paris os fatores de relativização foram mais bem definidos embora mantenham pontos de contato com as prescrições anteriores. Não seria demais concluir que a nova redação buscou refletir o senso de urgência que o Acordo ecoa, de forma que Voigt e Ferreira muito bem expuseram:

The Paris Agreement, therefore, had to strike a very careful balance between raising ambition and ensuring universal participation on the one hand, and equitable differentiation on the other. It had to address the tension of being guided by the principles of the UNFCCC, while reflecting those very principles in a constructive and dynamic fashion that not only leads to broader but also to deeper participation (that is, higher ambition)¹. (2016, p. 291)

Se de um lado o objetivo climático demanda uma ação mais enfática das partes, de outro as diferenças, mesmo que não sob o esteio Norte-Sul, ainda persistem. As Partes são desiguais e por isso o tratamento equânime exige certa desigualdade, basta que seja definido.

O IPCC, aliás, no sentido dos fatores de relativização, oportunamente identificou quatro categorias de desigualdade: (a) assimetria na contribuição para as mudanças climáticas (passado e presente); (b) vulnerabilidade aos impactos das mudanças climáticas; (c) capacidade de mitigação; (d) poder de decisão sobre as soluções (2014).

Como os três primeiros itens guardam relação direta com os mencionados fatores de relativização, e as perspectivas sociais e econômicas são presentes nos Acordos Climáticos, analisar-se-á os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável à luz da capacidade de mitigação e adaptação para responder a questão-problema do estudo.

¹ Tradução livre: “O Acordo de Paris, portanto, teve que encontrar um equilíbrio muito cuidadoso entre aumentar a ambição e garantir a participação universal, por um lado, e a diferenciação equitativa, por outro. Ele teve que lidar com a tensão de ser guiado pelos princípios da UNFCCC, enquanto refletia esses mesmos princípios de uma forma construtiva e dinâmica que não apenas leva a uma participação mais ampla, mas também a uma participação mais profunda (ou seja, maior ambição)”

Sobre a ligação do princípio com o desenvolvimento sustentável, e o uso deste como justificativa para o tratamento diferenciado, Honkonen trata pela possibilidade e da pertinência da abordagem:

Linked to the notion of CBDR, the principle of sustainable development has been another popularly proposed basis for further work on international climate change regulation. Accordingly, climate change should be addressed in the context of sustainable development, and the special situation of developing countries, and especially the least developed among them, should be duly recognized and the right of these countries to sustainable development emphasized. Sustainable development is, of course, a very general notion, but it can serve as a justification to differential treatment, perhaps backed by some more concrete arguments. Indeed, the definition of sustainable development may be seen as being about prioritizing needs among the economic, social and environmental spheres. The CBDR has to deal with these same struggles. Actually, it could be conceived that the CBDR principle assists on its own part, if realized in a reasonable manner, in the implementation of sustainable development at the international, regional and local levels.¹ (2009, p. 266).

Pela relação entre mudanças climáticas e o desenvolvimento sustentável, analisar-se-á os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, à luz da capacidade de mitigação e adaptação, para servir ao princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada como elementos de equidade.

2 ODS COMO PARÂMETROS DE EQUIDADE

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, conhecidos pelo acrônimo ODS, são uma agenda com objetivos e metas de desenvolvimento social, econômico e ambiental que buscam reduzir as desigualdades dos países e entre os países. São o resultado de mais de dois anos de consultas públicas e interações com a sociedade civil e outras partes interessadas.

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de setembro de 2015, intitulada “Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para

¹ Tradução livre: “Ligado à noção de CBDR, o princípio do desenvolvimento sustentável tem sido outra base popularmente proposta para futuros trabalhos sobre a regulamentação internacional da mudança do clima. Nesse sentido, a mudança do clima deve ser abordada no contexto do desenvolvimento sustentável, e a situação especial dos países em desenvolvimento, especialmente os menos desenvolvidos entre eles, deve ser devidamente reconhecida e o direito desses países ao desenvolvimento sustentável deve ser enfatizado. O desenvolvimento sustentável é, naturalmente, uma noção muito geral, mas pode servir como uma justificativa para o tratamento diferenciado, talvez apoiado por alguns argumentos mais concretos. De fato, a definição de desenvolvimento sustentável pode ser vista como uma priorização de necessidades nas esferas econômica, social e ambiental. O CBDR tem que lidar com essas mesmas lutas. Na verdade, pode-se conceber que o princípio da CBDR auxilie por sua própria parte, se realizado de maneira razoável, na implementação do desenvolvimento sustentável nos níveis internacional, regional e local”.

Desenvolvimento Sustentável”, nos termos da Resolução nº 70/1, são determinados o que se entendem por necessários para uma mudança de caminho mais sustentável e resiliente. Em vigor desde 1 de janeiro de 2016, pretende guiar as decisões políticas nos próximos quinze anos, até 2030. Nele, as Partes assumem compromissos e reconhecem a existência de diferentes realidades, capacidades e níveis de desenvolvimento de cada País.

A declaração, logo no introito, estabelece a pretensão de alcançar o desenvolvimento sustentável em suas três dimensões – econômica, social e ambiental – de forma equilibrada e integrada por meio de objetivos e metas.

Por estes termos, os princípios e compromissos compartilhados pela Agenda são orientadas pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por tratados internacionais de direitos humanos, na Declaração do Milênio, a Cúpula Mundial de 2005, e reafirmam a sólida base sobre desenvolvimento sustentável constituída pelas conferências e cúpulas das Nações Unidas, reafirmando, inclusive, os princípios da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, destacando, expressamente, o princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas.

Com estas bases, a Agenda 2030 ousa numa abordagem de inter-relações e transversalidade dos elementos do desenvolvimento sustentável, em que uma parte está ligada a outra, para que, assim, de fato, resultados concretos sejam conquistados. Desta forma, 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas associadas são estabelecidas.

No campo social, entre objetivos e metas, os ODS ambicionam o fim da pobreza, da fome, a nutrição, sem violência, a alfabetização universal, acesso à educação de qualidade em todos os níveis, a atenção sanitária e proteção social, o acesso à água potável e ao saneamento, a higiene, a energia elétrica. Aspiram um mundo que respeita os direitos humanos e a dignidade das pessoas, o estado de direito, a justiça, a igualdade e a não discriminação.

Na esfera econômica, os ODS incitam um crescimento sustentado, inclusivo e sustentável, com disponibilidade de trabalho decente a todos, em que o consumo e a produção são sustentáveis e os recursos naturais são utilizados de forma sustentável. Incitam políticas geradoras de empregos decentes, a promoção do turismo sustentável e a a industrialização inclusiva e sustentável.

Na esfera ambiental, estabelecem como objetivos e metas a garantia de acesso à energia e a geração de energia renovável, a inclusividade, segurança, resiliência e sustentabilidade das cidades, inclusive com meta para mitigação e adaptação às mudanças climáticas, os padrões de produção e consumo sustentáveis, a adoção de medidas de combate e adaptação às mudanças climáticas, a conservação e uso sustentável das águas, da vida e recursos marinhos, a proteção, recuperação e promoção do uso sustentável dos recursos e da vida terrestre.

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, portanto, são um plano de ação com objetivos e metas de cunho social, econômico e ambiental. Esta priorização de necessidades (HONKONEN, 2009) dos elementos que constituem o desenvolvimento sustentável podem ser vistas também como parâmetros de desenvolvimento.

Importa ainda distinguir a aplicação pretendida da aplicação do princípio da responsabilidade comum mas diferenciada prevista no preâmbulo da resolução que instituiu os ODS. Nela, o princípio pode ser entendido como aplicável a todas as áreas dos objetivos e metas, ou ainda ter um entendimento mais restritivo como Nobbe: “This normative analysis has made it clear that the Principle of CBDR only applies to the environmental aspects of the SDGs, yet that the core concept of the Principle can be understood to apply to all areas of the goals and targets” (2015, p. 12)¹.

A pretensão deste estudo, ao contrário, pretende utilizar os objetivos e metas do ODS como padrões de equidade para uso do princípio no âmbito dos compromissos climáticos para mitigação e adaptação.

2.1 Indicadores das capacidades sociais, econômicas e ambientais

A relevância de utilizar os ODS como parâmetro de equidade nas diferenciações das responsabilidades comuns reside no fato de as Partes signatárias terem aceito e reconhecido objetivos, métricas e indicadores que os tornam passíveis de comparação. As vertentes do desenvolvimento sustentável – social, econômico e ambiental –, tratadas de forma transversal, quando parametrizadas, permitem concluir pelo estágio de desenvolvimento das Partes, servindo, assim, na busca da equidade dos compromissos climáticos.

O uso dos ODS em termos objetivos e concretos facilita a compreensão do estágio de desenvolvimento, apesar de subdesenvolvida a noção de desenvolvimento, conforme Morin e Kern, e a de subdesenvolvimento ser “um produto pobre e abstrato da noção pobre e abstrata de desenvolvimento” (MORIN; KERN, 2004, p. 78). A estipulação e padronização de indicadores, a definição de parâmetros e a análise crítica dos dados possibilitam, se não determinar conceitos, ao menos determinar diferenças passíveis de serem utilizadas em favor de uma pretensa equidade.

De forma muito clara, Voigt e Ferreira demonstram a controvérsia atual da segregação das Partes conforme a difícil determinação dos termos desenvolvidos e em desenvolvimento:

‘Bifurcated’ or ‘binary’ differentiation, however, proved to be a contentious issue in the negotiations for the Paris Agreement. On the one hand, there was a general understanding that the immense

¹ Tradução livre: Esta análise normativa deixou claro que o Princípio do CBDR só se aplica a os aspectos ambientais dos ODS, embora o conceito central do Princípio possa ser entendido para se aplicar a todas as áreas dos objetivos e metas.

climate challenges can be tackled only by global, cooperative large-scale remedial action to include key agents, most notably the United States (US) and China. The former was not a party to the Kyoto Protocol; the latter did not have mitigation obligations under the Protocol. The characteristic of climate change as a global commons problem necessarily requires the participation of key actors in the global response in order to ensure participation by other relevant states.

On the other hand, the responsibilities of states, their development stages and factual circumstances differ considerably. Country categories such as 'developed' and 'developing' are no longer homogeneous, but marked by stark internal differences as well as dynamic changes.¹ (2016, p. 291).

Com a cada vez mais controversa diferenciação binária entre Partes desenvolvidas e em desenvolvimento, o encontro de bases comparativas sólidas possibilita demonstrar as responsabilidades, os estágios de desenvolvimento e as circunstâncias das Partes. Nos ODS, os estágios de desenvolvimento e as circunstâncias das Partes podem ser verificados sob as três perspectivas elementares, e transversais, do desenvolvimento sustentável.

Os objetivos da agenda são demasiados genéricos para servirem como parâmetros, servindo apenas como eixos temáticos: erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes; e parcerias e meios de implementação.

As metas de cada objetivo, por sua vez, constituem o que se pretende alcançar. Como não possuem a objetividade para servirem individualmente como parâmetros do estágio ou do progresso do desenvolvimento na amplitude requerida pelas perspectivas social, econômica e ambiental, demandam indicadores que o complementem neste sentido. A preencher esta lacuna, a Resolução 71/313, adotada pela Assembleia Geral em 06 de julho de 2017,

¹ Tradução livre: A diferenciação "bifurcada" ou "binária", no entanto, provou ser uma questão controversa nas negociações do Acordo de Paris. Por um lado, havia um entendimento geral de que os imensos desafios climáticos só podem ser enfrentados por ações corretivas globais e cooperativas em grande escala para incluir agentes-chave, principalmente os Estados Unidos (EUA) e a China. O primeiro não era parte do Protocolo de Kyoto; o último não tinha obrigações de mitigação nos termos do Protocolo. A característica da mudança climática como um problema global comum requer necessariamente a participação de atores-chave na resposta global, a fim de garantir a participação de outros estados relevantes. Por outro lado, as responsabilidades dos Estados, seus estágios de desenvolvimento e circunstâncias factuais diferem consideravelmente. As categorias de países como 'desenvolvido' e 'em desenvolvimento' não são mais homogêneas, mas marcadas por diferenças internas gritantes, bem como por mudanças dinâmicas.

estabeleceu os indicadores estatísticos globais pertinentes à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

A título exemplificativo, o primeiro objetivo, da erradicação da pobreza, estabelece sete metas, dentre as quais as de acabar com pobreza extrema daqueles vivem com menos de US\$ 1,25 por dia e reduzir à metade os que vivem na pobreza. Estas metas individualmente poderiam gerar dados comparativos, contudo, pela perspectiva transversal dos elementos do desenvolvimento sustentável e pelos fundamentos dos ODS, não concederiam a amplitude requerida, somente possível de serem vislumbradas pelos indicadores: (1) proporção da população que vive abaixo da linha internacional de pobreza por sexo, idade, situação de emprego e localização geográfica; (2) proporção da população que vive abaixo da linha de pobreza nacional, por idade e sexo; (3) proporção de homens, mulheres e crianças de todas as idades que vivem na pobreza em todas as suas dimensões de acordo com as definições nacionais.

Estes indicadores, afinal, conferem os parâmetros objetivos necessários para que seja possível estabelecer o estágio de desenvolvimento da Parte. A demonstração do patamar de desenvolvimento cumpriria a função de fundamentar a diferenciação de seus compromissos climáticos sob a perspectiva da capacidade de mitigação.

Os objetivos, as metas e os indicadores dos ODS podem, portanto, servir como parâmetros de equidade do desenvolvimento social, econômico e ambiental para aplicação do princípio da responsabilidade comum mas diferenciada.

2.2 Equidade na adaptação às mudanças climáticas

Como oportunamente mencionado, este estudo pretende analisar se os objetivos e metas do ODS servem como padrões de equidade para uso do princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas. A pretensão vai além do 13º objetivo, que aborda ação contra a mudança climática, e além da única meta que aborda diretamente a adaptação às mudanças climáticas.

Isto porque a meta prescreve fortalecer a capacidade de adaptação e estabelece como indicadores: (1) número de mortes, pessoas desaparecidas e pessoas diretamente afetadas por desastres naturais por 100.000 habitantes; (2) números de países que adotam e implementam estratégias nacionais de redução do risco de desastres; (3) proporção de governos locais que adotam e implementam estratégias locais de redução de risco de desastres em linha com as estratégias nacionais de redução do risco de desastres.

Estes indicadores, como visto, apenas quantificam a exposição dos afetados e das estratégias de redução de risco dos desastres, não havendo, contudo, uma abordagem da adaptação a eventos climáticos com probabilidade de acontecer, ou seja, são levantados dados somente sobre os impactos atuais

sem que haja uma métrica para o impacto porvir. Este tipo de abordagem vai diretamente ao encontro de parte do conceito de adaptação definido no IPCC:

Adaptation: The process of adjustment to actual or expected climate and its effects. In human systems, adaptation seeks to moderate or avoid harm or exploit beneficial opportunities. In some natural systems, human intervention may facilitate adjustment to expected climate and its effects.¹ (2014a, p. 5)

Esta perspectiva limitada ao presente pode também ser identificada na meta de aumentar o número de cidades com planos e políticas integradas de adaptação, prevista no objetivo de tornar as cidades mais inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis. Semelhantes indicadores que os utilizados para a meta de fortalecer a capacidade de adaptação foram utilizados, ao que pode ser feito semelhantes críticas.

O que se tem, portanto, é que, estritamente pela abordagem explícita da adaptação como meta ou como seu indicador, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável em parte acertam ao identificar os afetados e falham ao não detetarem os impactos negativos das mudanças climáticas.

Esta observação confrontada com a perspectiva do progressivo aumento dos efeitos e consequentes impactos negativos das mudanças climáticas podem tornar temporários os estágios de desenvolvimento dos ODS.

Para se ter uma ideia, e sem a pretensão de exaurir o tema, o relatório do IPCC sobre impactos, adaptação e vulnerabilidade, prevê que as mudanças climáticas desacelerarão o crescimento econômico e tornará a redução da pobreza mais difícil, que exacerbará a pobreza na maioria dos países em desenvolvimento e criará novos bolsões de pobreza (IPCC, 2014a).

As mudanças climáticas, portanto, tendem a impactar diretamente o objetivo de acabar com a pobreza e seus índices que medem a população abaixo da linha da pobreza, a população coberta por sistema de proteção social, a proporção da população com acesso a serviços básicos, as pessoas afetadas por desastres e a perda econômica por desastres.

Ainda conforme o IPCC, a segurança alimentar poderá ser fortemente impactada, afetando a produção, o acesso e a estabilidade dos preços os alimentos (IPCC, 2014a). Com este impacto projetado, o objetivo de acabar com a fome e buscar a segurança alimentar e nutricional tende a ficar ameaçado no futuro. As metas estabelecidas até 2030 poderão encontrar dificuldades de serem alcançadas ou dificuldade de manterem o nível alcançado.

O objetivo de garantia da vida saudável e promoção do bem-estar também pode ficar ameaçado pelas mudanças climáticas em suas metas de

¹ Tradução livre: “Adaptação: O processo de ajuste para o atual ou esperado clima e seus efeitos. Em sistemas humanos, a adaptação visa moderar ou evitar danos ou explorar oportunidades benéficas. Em alguns sistemas naturais, a intervenção humana pode facilitar o ajuste ao clima esperado e seus efeitos”.

acabar com a epidemia de malária, como previsto no IPCC: “Increasing temperature, humidity, and rainfall can increase vector-borne diseases such as malaria, dengue, leishmaniasis, and chikungunya”¹ (2014a, p. 385).

A garantia da disponibilidade de água perfaz outro objetivo diretamente afetado pelas mudanças climáticas e aparece numa perspectiva transversalizada da adaptação. Segundo consta no relatório do IPCC, 80% da população mundial atualmente sofre com sérias ameaças à segurança hídrica (IPCC, 2014a). Este índice deve aparecer no índice da proporção da população que utiliza serviços de água potável geridos de forma segura, da meta de acesso universal e equitativo de acesso à água potável. Ocorre que a previsão de impacto das mudanças climáticas estima reduzir a água superficial e subterrânea nas regiões subtropicais secas e secas (IPCC, 2014a).

Ainda segundo o relatório, a disponibilidade de água potável também poderá ser reduzida em razão dos impactos negativos das mudanças climáticas sobre a qualidade da água:

interaction of increased temperature; increased sediment, nutrient and pollutant loadings from heavy rainfall; increased concentrations of pollutants during droughts; and disruption of treatment facilities during floods will reduce raw water quality and pose risks to drinking water quality (medium evidence, high agreement). (2014b, p. 69)²

A tendência de queda da qualidade da água, inclusive, iria contra a meta de aumentar a qualidade da água. Pela perspectiva da adaptação, esta tendência também não seria parametrizada pois o indicador dos ODS somente analisa a proporção de corpos com boa qualidade da água atual e não os riscos das mudanças climáticas.

A diminuição dos recursos hídricos impacta, ainda, a geração de energia, que tende a ser impactado por outros fatores causados também pelas mudanças climáticas, de forma a afetar o objetivo de garantir energia acessível, confiável e sustentável. Isto porque, segundo o relatório, as mudanças climáticas podem afetar as fontes de energia, dependendo dos recursos, com hídricos, vento, insolação, ou locais, como regiões costeiras (IPCC, 2014a).

Desta forma, a meta de universalização de energia acessível e confiável poderá ser prejudicada e o índice que apura a meta, que considera a proporção da população com acesso à eletricidade, poderá não corresponder à necessidade de adaptação ao evento futuro.

1 Tradução livre: “O aumento da temperatura, umidade e chuvas pode aumentar as doenças transmitidas por vetores, como malária, dengue, leishmaniose e chikungunya”

2 Tradução livre: “A interação do aumento da temperatura; aumento das cargas de sedimentos, nutrientes e poluentes de chuvas fortes; aumento das concentrações de poluentes durante as secas; e a interrupção das instalações de tratamento durante as enchentes reduzirá a qualidade da água bruta e representará riscos para a qualidade da água potável (evidência média, alta concordância)”.

Decerto também que o objetivo de promover um crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável poderá vir a ser impactado pelos efeitos das mudanças climáticas, como oportunamente já mencionado. Os previstos impactos no sistema elétrico, na disponibilidade hídrica, nos eventos extremos, na disponibilidade alimentar, que geram consequentes impactos no turismo, nos preços, na qualidade e na forma de vida, na regulação e governança, são fatores a serem considerados.

Por estas razões, as metas de crescimento econômico, diversidade produtiva, emprego, turismo sustentável tendem a serem impactados pelas mudanças climáticas, em maior ou menor grau.

Estas razões fundamentam também o impacto negativo que tendem a causar no objetivo de reduzir a desigualdade dentro dos países, e entre eles. As metas de aumento de renda, inclusão social e econômica tendem a ser impactadas.

O objetivo de proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerenciar florestas de forma sustentável, combater a desertificação, e interromper e reverter a degradação da terra e interromper a perda da biodiversidade poderá vir a ser prejudicada pela ocorrência de eventos como seca, inundações e incêndios, que tenderão a prejudicar metas de restauração de ambientes, conservação de ecossistemas.

Até mesmo o objetivo de alcançar a igualdade de gênero e empoderar as mulheres e meninas, com metas como findar toda forma de discriminação e conceder direitos iguais de acesso a recursos econômicos, à propriedade, aos recursos naturais, poderá ser impactado pelas mudanças climáticas, segundo o relatório do IPCC:

There are significant gender dimensions to impacts, adaptation, and vulnerability. This issue was raised in WGII AR4 and SREX reports (Adger et al., 2007; IPCC, 2012), but for the AR5 there are significant new findings, based on multiple lines of evidence on how climate change is differentiated by gender, and how climate change contributes to perpetuating existing gender inequalities.¹ (p. 105, 2014a)

Por todo o exposto, possível concluir que a adaptação prevista nos ODS serve apenas para o propósito explicitado nas metas que abordam o tema. Os indicadores conseguem aferir o progresso e detectar, se constantemente medida, as possíveis mudanças negativas ocasionadas pelas mudanças climáticas, porém não atende por completo o próprio conceito de adaptação.

1 Tradução livre: “Existem dimensões de gênero significativas para impactos, adaptação e vulnerabilidade. Esta questão foi levantada nos relatórios WGII AR4 e SREX (Adger et al., 2007; IPCC, 2012), mas para o AR5 existem novas descobertas significativas, com base em várias linhas de evidência sobre como a mudança climática é diferenciada por gênero e como a mudança climática contribui para perpetuar as desigualdades de gênero existentes”.

Apenas retrata a condição atual e não estabelece parâmetros para medição dos impactos futuros que são passíveis de previsibilidade.

Não obstante, a perspectiva futura, tão necessária para cumprimento dos ODS, pode, no entanto, ser realizada se utilizados os objetivos, as metas e os indicadores ante os riscos vislumbrados nos relatórios do IPCC, por exemplo. Os parâmetros, assim, seriam aqueles reconhecidos nos ODS e a fundamentação se basearia nos relatórios do IPCC.

3 CND COMO ESPAÇO DE CONEXÃO

Conforme o Acordo de Paris, todas as Partes deverão preparar, comunicar e prestar contas de seus esforços de consecução aos objetivos do Acordo, que serão feitas em documento denominado como “Contribuição Nacionalmente Determinada”, ou pelo acrônimo CND. As Partes países desenvolvidos são incitadas a continuarem a assumir a liderança, adotando metas de redução de emissões, e as Partes países em desenvolvimento são incitadas a fortalecerem seus esforços de mitigação e encorajadas a adotarem metas de redução ou limitação de emissões.

Existe, como menciona Jolly e Trivedi, uma relação entre a CND e os ODS, que “delivering on NDCs will help countries achieve their SDGs, and achieving the SDGs will facilitate countries’ efforts to mitigate and adapt to climate change”¹ (JOLLU; TRIVEDI, 2021, p. 324). E a relação entre a CND e o princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas pode ser definida como implícita posto estabelecidos sob a égide do mesmo acordo; esta relação entre CND e o princípio também foram objeto de análise pelos referidos autores:

It is to be noted that equity under the climate change regime is operationalized through the application of the principle of CBDR-RC. Though the UNFCCC has never formally adopted any criteria to measure equity, considerations implicit in the UNFCCC can be used to infuse the virtues of CBDR-RC in the implementation of NDCs.² (2021, p. 329).

Embora a pretensão deste artigo não seja abordar a possibilidade de que os ODS sejam retratados na CND ou objective retratar a aplicação do princípio da responsabilidade comum mas diferenciada na CND, o entendimento desta possibilidade propicia que os ODS sirvam como parâmetros de equidade a

1 Tradução livre: “(...) cumprir os NDCs ajudará os países a alcançar seus ODS, e o cumprimento dos ODS facilitará os esforços dos países para mitigar e se adaptar às mudanças climáticas”.

2 Tradução livre: “É de notar que a equidade sob o regime de mudança do clima é operacionalizada através da aplicação do princípio do CBDR-RC. Embora a UNFCCC nunca tenha adotado formalmente nenhum critério para medir a equidade, as considerações implícitas na UNFCCC podem ser usadas para infundir as virtudes do CBDR-RC na implementação dos NDCs”.

fundamentar a CND. Isto porque talvez não haja melhor oportunidade de comunicar os compromissos assumidos com a responsabilidade comum do clima e justificá-los, diferenciando-a com base em critérios objetivos e passíveis de comparação, se necessário, que a CND.

Pode a CND, portanto, como documento de conexão entre os ODS, com as pretensões, carências e necessidades, e as Mudanças Climáticas, com os compromissos de mitigação, limitação e adaptação, buscar a coerência entre ambas as agendas (DZEBO; JANETSCHEK et al., 2019) à luz do princípio da responsabilidade comum mas diferenciadas.

CONCLUSÃO

O artigo pretendeu responder se os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável poderiam servir ao princípio da responsabilidade comum mas diferenciada como elementos de equidade e concluiu que as diferenças genéricas entre Partes desenvolvidas e em desenvolvimento não bastam para justificar as diferenciações da responsabilidade comum. Concluiu, ainda, que, por reconhecidos pelas Partes como demonstrativo do estágio de desenvolvimento, os objetivos, metas e indicadores dos ODS podem ser utilizados como parâmetros.

Desta forma, os objetivos, as metas e os indicadores dos ODS podem servir como parâmetros de equidade do desenvolvimento social, econômico e ambiental, para aplicação do princípio da responsabilidade comum mas diferenciada. A declaração deste patamar de desenvolvimento cumpriria a função de fundamentar a diferenciação de seus compromissos com a responsabilidade comum dos acordos climáticos sob a perspectiva da capacidade de mitigação ou limitação das emissões.

De outra parte, os objetivos, as metas e os indicadores dos ODS relacionados à adaptação atende apenas parte do conceito de adaptação, a condição atual. A abordagem explícita da adaptação, como meta ou como seu indicador, acerta ao identificar os afetados e falha ao não detetar os impactos negativos das mudanças climáticas.

A perspectiva futura, tão necessária para cumprimento dos ODS, pode, no entanto, ser realizada se utilizadas as metas e indicadores ante os riscos vislumbrados nos relatórios do IPCC, por exemplo. Os parâmetros, assim, seriam aqueles reconhecidos nos ODS e a fundamentação se basearia nos relatórios do IPCC.

Por fim, conclui que a CND pode ser um documento de conexão entre os ODS, como pretensões e carências, e as Mudanças Climáticas, como compromissos de mitigação, limitação e adaptação, postos à luz do princípio da responsabilidade comum mas diferenciada.

REFERÊNCIAS

- DZEBO, Adis; JANETSCHEK, Hannah; BRANDI, Clara; Iacobuta, Gabriela. **Connections between the Paris Agreement and the 2030 Agenda: the case for policy coherence**. Stockholm Environment Institute, 2019.
- HONKONEN, Tuula. The principle of common but differentiated responsibility in post-2012 climate negotiations. **Reciel**, vol. 18, issue 3, p. 257-267, 2009.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **The IPCC Scientific Assessment**. 1 ed. United Kingdom: Cambridge University, 1990.
- IPCC. **Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change**. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, p. 1132, 2014.
- IPCC, 2014: **Climate Change 2014: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 2014.
- JOLLY, Stellina; TRIVEDI, Abhishek. Principle of CBDR-RC: Its interpretation and implementation through NDCS in the context of sustainable development. **Whashington Journal of Environmental Law & Policy**. Vol. 11, issue 3, 2021.
- LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas**. Brasília: FUNAG, 2006.
- MORIN, Edgar; Kern, Anne-Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução de Paulo Azevedo Neves da Silva. 4 ed.. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- NOBBE, Clara. Universality, common but differentiated responsibilities and the Sustainable Development Goals. **SWP Berlin**, 8, 2015/01, April: Berlim, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. Quioto, 11 de dezembro de 1997.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Acuerdo de París**. París, 12 de diciembre de 2015.
- SANDS, Philippe; PEEL, Jacqueline; FABRA, Adriana et al. **Principles of international environmental law**. 3 ed. New York: Cambridge University, 2012. Ebook.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

UNITED NATIONS. **General Assembly**, 21 December 1990.

VOIGT, Christina; FERREIRA, Felipe. 'Dynamic Differentiation': The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement. **Transnational Environmental Law**, 5:2, p. 285-303, Cambridge University Press, 2016.

LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

JURIDICAL PERSONS OF PRIVATE LAW AND THEIR HISTORICAL EVOLUTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima

Doutor pela Universidade de Salamanca (Espanha)

Professor da Universidade Federal do Piauí

<http://lattes.cnpq.br/8157097095467705>

Marta Maria Bessa Cordão

Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/4551750087543354>

Resumo: El presente artículo tiene por objetivo analizar la caracterización de personas jurídicas de derecho privado en el ordenamiento jurídico brasileño desde tres marcos temporales: el primero, en el derecho precodificado; el segundo, en la vigencia del Código Civil de 1916 y el tercero, tras el código Civil de 2002. Para tanto, ha de considerarse el tratamiento dado al tema en los Proyectos Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício Santos Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Reale, así como en los Códigos Civiles de 1916 y de 2002. Se concluye por la estabilidad de la dicotomía “personas naturales” y “personas jurídicas”, cuñadas en el Proyecto Coelho Rodrigues, a su vez, en lo referente a “personas jurídicas”, se hace uso de clasificación “persona jurídica de derecho privado” y “persona jurídica de derecho público” incluidas en el Código Civil de 1916 y en el vigente Código Civil.

Palavras-chave: persona jurídica; caracterización; Derecho Civil.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the characterization of legal entities of private law under Brazilian law, from three temporal frameworks: the first, before codification; the second, under the Civil Code of 1916; the third, after the Civil Code of 2002. For this purpose, it considers the approach given to the theme by Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício Santos Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira and Miguel Reale Projects, as well by the 1916 and 2002 Civil Codes. The conclusion is the stability of the dichotomy "natural persons" and "juridical persons", as defined by Coelho Rodrigues and, regarding the juridical persons, the preference for the classification "juridical persons of private law" and "juridical persons of public law" included in the 1916 Civil Code and in the current Civil Code.

Keywords: legal entity; characterization; Private Law

Submetido em 23 de maio de 2022. Aprovado em novembro de 2023.

INTRODUCCIÓN

“Toda persona es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones en el orden civil.”¹ La sentencia inaugural del actual Código Civil brasileño (en adelante, CC/2002)²³ desvela el sentido de personalidad, comprendida como aptitud para figurar en las relaciones jurídicas, que le permite al titular contraer obligaciones y adquirir derechos.

Persona es aquel ser o entidad social con aptitud para la práctica de actos en la vida civil.⁴ Todo ser humano es persona, pero no toda persona, realidad jurídica, tiene una forma humana. Así que, la vicisitud para la titularidad de las relaciones jurídicas no es fenómeno exclusivo de los seres humanos, pues hay entidades sociales a quien el Derecho atribuye personalidad jurídica.⁵ Entre las entidades con aptitud para la titularidad de derechos y obligaciones en el orden civil se figura la persona jurídica, con personalidad jurídica autónoma y diferente de sus integrantes, dirigidas a la consecución de fines humanos.

El presente artículo tiene el objetivo de presentar la evolución del tratamiento legal de las personas jurídicas de derecho privado en la legislación brasileña, con alusión a la designación, concepto y clasificación, a partir de tres marcos temporales: el primero, en el derecho precodificado; el segundo, en la vigencia del Código Civil de 1916 y el tercero, tras el Código Civil de 2002. Al final, se defiende el mantenimiento de la estabilidad de la dicotomía “personas naturales” y “personas jurídicas” y, entre éstas, la preferencia a los términos “persona jurídica de derecho privado” y “persona jurídica de derecho público” contenidas en el anterior y en el vigente Código Civil.

La temática es relevante desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho, ya que la teoría de las personas jurídicas constituye objeto de reglamento especial en la legislación brasileña, recibiendo destaque no sólo en la enseñanza jurídica, sino que también en la doctrina y en la jurisprudencia. Resulta relevante el tema para la economía, dado que concentra el ejercicio de la actividad productiva del país, con la generación de empleos, tributo, renta e innovación en merced de todos. No es menor la importancia en el plano de los hechos, dado que los agrupamientos sociales surgen de la sociedad y algunos de

¹ Traducción libre.

² Los documentos oficiales no serán traducidos, o sea, se mantendrá la versión original.

³ BRASIL. Ley n° 10.406, de 10 de enero de 2002. Código Civil.

⁴ Es lo que se lee en Clóvis Beviláqua: - “La persona jurídica, como sujeto de derecho, del mismo modo que desde el punto de vista sociológico, es una realidad, es una realidad social, una formación orgánica investida de derechos por el orden jurídico, a fin de realizar ciertos fines humanos.” (BEVILÁQUA, C., “Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro”, en *Código Civil brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, 221). En otro trecho, el maestro de Viçosa escribe: - “Lo que determina la creación de este *segundum genus* de personas es el interés social [...]. El agente del Derecho originariamente ni siempre es el hombre individualmente considerado, pero, en gran parte de los casos, la colectividad la que pertenece y que lo absorbe. [Traducción libre]. (Ibid., 40).

⁵ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito civil: teoria geral*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, 174.

ellos reciben el sello de contraste del Derecho para titularizar derechos y deberes en el orden civil.

En cuanto a la metodología empleada, se trata de una investigación documental, de naturaleza cualitativa, eminentemente histórica, por medio de revisión bibliográfica para que se logre los objetivos pretendidos.

El estudio está dividido en cuatro partes. En la primera, tras diferenciar persona, personalidad y capacidad, se señala la diferencia entre subjetividad y personalidad, además de la distinción entre persona y sujeto de derecho. En el segundo tópico, se traza una breve perspectiva histórica del Derecho de las Personas a lo largo del Siglo XIX, con especial referencia a la designación, concepto y clasificación. En la tercera parte, partiendo del Código Civil de 1916, se expone el tratamiento dado al tema en todos los intentos de reforma a lo largo del Siglo XX. Por fin, en la cuarta, sin alejarse de la temática central, es decir, designación, concepto y clasificación, se presenta el estado general de la materia en el vigente Código Civil de 2002.

1 PERSONA, PERSONALIDAD, CAPACIDAD, SUJETO DE DERECHO Y SUBJETIVIDAD

Antes de insertarse en el tema, se hace necesario la apreciación de algunos elementos-clave para el posterior análisis de las personas jurídicas, bajo la perspectiva del ordenamiento jurídico brasileño y sin alejarse de los aspectos históricos que orientan la elaboración del presente estudio.

La doctrina difiere *personalidad* y *capacidad jurídicas*. Según Junqueira de Azevedo,¹ personalidad jurídica, que figura atributo de la persona, significa la “*aptitud genérica de actuar*”, y capacidad jurídica a la medida o una *parte* de esta aptitud. Esto revela porque unos pueden más y otros menos. La persona con plena capacidad de actuar puede, personalmente, practicar todos los actos de la vida civil, mientras que la persona incapaz no puede, por sí, adquirir derechos y contraer obligaciones.

Para las personas naturales, el ejercicio personal de derechos presupone la coincidencia *entre capacidad y autonomía*, o simplemente *autodeterminación*,² aplicándose el *régimen de heteroprotección* a los casos en que no haya identidad entre autonomía y capacidad.³

La capacidad de actuar no se confunde con la capacidad de derecho. Pues, la primera tiene relación con el ejercicio *per se* de derechos. La segunda, la

¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A., *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, Saraiva, 1986, 143-145.

² La autodeterminación, señala María de la Válgoma, “se fija en el desarrollo mental, en la madurez, en la capacidad de ‘conocer y querer’.” (DE LA VÁLGOMA, M., “Edades ciertas e inciertas en derecho”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2006, 227).

³ La expresión “heteroprotección” es empleada por María de la Válgoma como sinónimo de “*representación legal*” (Ibid., 237).

capacidad de gozo o de derecho, “expresión de la personalidad”,¹ constituye aptitud genérica para tener derechos.² En este sentido, quien no la posee, persona no lo es. Quien no puede, por sí, practicar los actos de la vida civil es persona, posee capacidad de derecho, aunque desposeído de la capacidad de hecho.

Con el fin de distinguir sujeto de derecho y personalidad jurídica, se presentan dos propuestas. La primera, más temprana, viene de Gustavo Tepedino y Milena Oliva Donato,³ en la que tratan de la diferencia entre persona jurídica y persona humana. La segunda, presentada por Thadeu Andrade Cunha,⁴ que aparta la persona jurídica y las otras entidades destituidas de personalidad jurídica.

Tepedino y Donato señalan la inconveniencia del empleo de la expresión personalidad de la forma en la que se vienen utilizando, pues sirve para designar, a la vez, el “conjunto de características y atributos de la persona humana, considerada como objeto de protección prioritaria por el ordenamiento”⁵ y la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones.⁶ Para los autores, la noción de personalidad, en sentido subjetivo, se encuentra vinculada a la idea de sujeto de derecho, o sea, presupuesto subjetivo de la estructura de la relación jurídica, en la que pueden figurar tanto la persona natural como la persona jurídica, motivo por el que proponen guardar el término *personalidad* para las personas naturales – en el sentido de “conjunto de características y atributos” y emplear la expresión *subjetividad* para indicar “una cualidad, es decir, la aptitud para ser sujeto de derecho”.⁷

Andrade Cunha considera equivocado “afirmar la equivalencia entre persona y sujeto de derecho”.⁸ De hecho, hay entidades desposeídas de personalidad que están autorizados a practicar ciertos actos de la vida civil. Pongamos el caso del régimen de propiedad horizontal,⁹ que es diferente de la persona jurídica, dotada de personalidad (o subjetividad) y que es apta a ejercer

¹ DA SILVA PEREIRA, C., *Introdução ao direito civil*, 33ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2020, 223.

² GOMES, O., *Introdução ao direito civil*, 22ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, 93.

³ TEPEDINO, G. e DONATO OLIVA, M., *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2020, 108.

⁴ ANDRADE CUNHA, T., “A dimensão temporal do conceito de pessoa jurídica e sua crise”, en *Revista de informação legislativa*, vol. 33, nº 132, 231-244, 1997, disponible en: [\[http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176512\]](http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176512) [consultado el 28 octubre 2021].

⁵ TEPEDINO, G. e DONATO OLIVA, M., ob. cit., 108.

⁶ Escriben Gustavo Tepedino y Milena Donato Oliva: - “Por consiguiente, la subjetividad, la personalidad ya no es atribuida a las personas jurídicas. En contrapartida, solamente las personas naturales son dotadas de personalidad (en el sentido objetivo) y, por lo tanto, se vuelven objeto de protección máxima por el ordenamiento. [Traducción libre]. (Ibid., 108).

⁷ Ibid., 108.

⁸ Ibid.

⁹ En el sentido inverso, es decir, por el reconocimiento de personalidad jurídica a la propiedad horizontal, consultar los enunciados 90 y 246 de la Jornada de Derecho Civil. Enunciados nº 90: - “Art. 1.331: Debe ser reconocida personalidad jurídica en régimen de propiedad horizontal en las relaciones jurídicas inherentes a las actividades de su interés peculiar”, posteriormente superado por el Enunciado nº 246: - “Debe ser reconocida personalidad jurídica en régimen de propiedad horizontal”.

todos los actos de la vida civil. Para el autor, la autorización amplia concedida a las personas jurídicas, por medio de “régimen jurídico particularmente benéfico para el ejercicio asociativo de la actividad económica”,¹ constituye una sanción positiva, verdadera técnica de facilitación, en el sentido presentado por Bobbio.²

Orlando Gomes sostiene que el fenómeno de la personalización proviene de la exigencia de hecho asociativo, “para que se pueda proceder como unidad, participando del comercio jurídico con individualidad”³ y⁴ es decir, con personalidad jurídica autónoma y distintas de las personas naturales que la compone.

2 UNA BREVE HISTORIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN

Max Kaser⁵ observa que la antigüedad no conoció la idea de que entidades formadas por reunión de personas con derechos distintos e independientes de sus miembros fueran capaces de derechos y deberes, pues esta materia solo quedó desarrollada sincrónicamente “de la teoría de la capacidad jurídica y a partir de principios más antiguos por la ciencia del siglo XIX.”⁶ aunque no escapara de la inteligencia de los romanos la existencia de pluralidad de personas dotadas de voluntad y patrimonio propios y distintos de sus integrantes.⁷

Fruto de la ciencia del Siglo XIX, los varios proyectos de codificación en Brasil cuidaron en acoger la teoría de la persona jurídica,⁸ cuyo análisis, en el presente estudio, sirve de breve esbozo histórico y de presentación del estado

¹ Ibid.

² Escribo Bobbio: - “Por técnica de facilitación entiendo el conjunto de expedientes con los que un grupo social organizado ejerce un determinado tipo de control sobre los comportamientos de sus miembros (en este caso, se trata del control que consiste en promover la actividad en la dirección deseada), no por el establecimiento de una recompensa a la acción deseada, después que esta haya sido realizada, mas actuando de modo que su realización se vuelva más fácil o menos difícil.” [Traducción libre]. (BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, BECCACCIA VERSIANI, D. (trad.), Barueri, Manole, 2007, 30).

³ Traducción libre.

⁴ GOMES, O., ob. cit., 134.

⁵ KASER, M., *Direito privado romano*, RODRIGUES, S. y HÄMMERLE, F. (trad.), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, 115-116.

⁶ No obstante, prosigue Kaser, “los Romanos no ven en estas asociaciones un sujeto de derecho [...], antes entienden como titular de derecho a globalidad de los respectivos miembros.” El autor se refiere a las asociaciones, de naturaleza de derecho público o sacral, a quien el pretor reconoce “como capaces de tener derechos privados (p. ex., en el patrimonio como *res communis*, Gai. D. 3, 4, 1, 1) y como partes en el proceso civil.” [Traducción libre]. (Ibid., 118)

⁷ Conforme Juan Iglesias, “En el derecho romano antiguo, la personalidad jurídica presenta características que fácilmente escapan a la comprensión de los modernos. Hace falta allí el concepto de persona jurídica y, de otra parte, la persona singular no se concretiza en el individuo, sino en el *paterfamilias*. En la genuina concepción romana no hay individuos.” [Relieve del original, traducción libre]. (IGLESIAS, J., *Derecho romano*, DE MIRANDA AVENA, C. (trad.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, 227).

⁸ En el presente estudio, serán considerados los proyectos Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício Santos Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Reale.

del arte en cuanto a la designación, concepto y clasificación, poniendo énfasis en las personas jurídicas privadas.

Para empezar, tenemos el Esbozo de Teixeira de Freitas,¹ en el que las personas son consideradas “entidades susceptibles de adquisición de derechos” (art. 16, Esboço).² y ³ Entre las entidades con aptitud para la práctica de los actos de la vida civil, se figuran las “personas de existencia ideal” (art. 17, Esboço), clasificadas en públicas o privadas (Esboço, art. 273).⁴

En el Proyecto Nabuco de Araújo,⁵ fruto del contrato celebrado entre el gobierno imperial y el senador Thomas Nabuco de Araújo,⁶ las personas jurídicas son consideradas “entidades de razón susceptibles de derechos relativos a los bienes” (art. 3º), agrupadas en personas jurídicas privadas y personas jurídicas públicas (art. 149).

El Proyecto Felício Santos no presenta una definición de persona jurídica, aunque acoja la dicotomía personas naturales y personas jurídicas. El autor atribuye a las dos la capacidad general para adquisición y ejercicio de derechos (arts. 77 e 78) y añade que las personas jurídicas “son solamente las corporaciones de personas naturales y los establecimientos públicos”.

Nascido en la hacienda Boqueirão, en Oeiras, la primera capital de la provincia de Piauí⁷ y vinculado a la “generación 70” de la Escuela de Recife,⁸ Antônio Coelho Rodrigues no se alejó de sus predecesores en materia de teoría de las personas jurídicas. Al delimitar el objeto del Derecho Civil,⁹ el autor establece que la ley reglamenta las relaciones entre “personas naturales” y “personas jurídicas”, en atención a los bienes, propiedad y crédito. (art. 1º, §§ 2º e 3º). Las personas jurídicas son agrupadas en políticas y civiles (art. 7º). Son

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, A. A., *Código Civil – Esboço*, Rio de Janeiro, Typographya Universal de Laemmert, 1860.

² Nota al artículo 16: - “Como pues formar la synthese de toda la existencia de las *personas*, sin que se diga que *entes* son? Además de la idea del *ente humano* no hay otra idea superior sino la de *ente*.”. [Relieve del original]. (Ibid., 16).

³ DOS SANTOS CUNHA, A., “A teoria das pessoas de Teixeira de Freitas: entre individualismo e humanismo”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 18, 2000, 15-23, disponible en [https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71197/40411] [consultado el 25 abril 2021].

⁴ Para el autor, las personas públicas son designadas “personas jurídicas”, especie del género personas de existencia ideal, agrupadas por desempeñar “servicios análogos a los de la administración del Estado” y por el objetivo de un fin común. (TEIXEIRA DE FREITAS, A. A., ob. cit., nota al art. 276, 188-189).

⁵ Conforme Clóvis Beviláqua, se trata de “fragmento de proyecto” que no permite formar “un juicio seguro sobre el conjunto de la obra.”. [Traducción libre]. (BEVILÁQUA, C., ob. cit., 15).

⁶ NABUCO DE ARAÚJO, J. T., *Projecto do Código Civil. Trabalho apresentado ao Governo Imperial pela família do falecido Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo, que se achava encarregado do mesmo*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.

⁷ DE ANDRADE BRANDÃO, W., “Antônio Coelho Rodrigues: Ensaio de biografia e crítica”, en BARROS COELHO, C. (org.) *Coelho Rodrigues e o Código Civil. Comemoração do sesquicentenário de nascimento*, Teresina, Gráfica do Povo, 1998, 32.

⁸ COSTA FILHO, V. T., “Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel? Ruptura e continuidade na transição da monarquia para a república no Brasil”, en *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, nº 203, 2014, 55.

⁹ Sobre el tema, escribe Clóvis Beviláqua: - “El primer artículo, como en el Proyecto Coelho Rodrigues, tiene por objetivo determinar, en una fórmula general, el objeto del Código Civil, haciendo a veces de una definición que sería impropia en este lugar.”. [Traducción libre]. (BEVILÁQUA, C., ob. cit., 15).

personas jurídicas de naturaleza civil “cualquier agregado de personas naturales, que goce de capacidad civil”, cuyo rol se encuentra en el Capítulo II, Título II, Libro I, bajo el epígrafe “De las personas jurídicas civilmente constituidas”, a saber: sociedades civiles, sociedades comerciales, compañías o asociaciones, corporaciones y fundaciones (art. 18, §§ 1º al 5º).

Robustamente inspirado en el Proyecto del autor de Piauí, por revelarse “más conforme a la doctrina vigente en los mejores centros científicos y más simples”,¹ el Proyecto Clóvis Beviláqua acoge la división propuesta por Coelho Rodrigues, en la que las personas jurídicas son de derecho público y de derecho privado, estas últimas reunidas en dos subclases: sociedades civiles y organizaciones.

El Proyecto Revisado² mantuvo la propuesta de reunión de las personas jurídicas en dos grandes grupos – personas jurídicas de derecho público y de derecho privado (art. 18) y distinguió tres subclases de personas jurídicas de derecho privado: sociedades civiles, fundaciones y sociedades comerciales (art. 20).³

3 LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1916 Y EN LOS PROYECTOS DE REFORMA A LO LARGO DEL SIGLO XX.

Suscitado del Proyecto Clóvis Beviláqua, el Código Civil brasileño de 1916 (en adelante, CC/1916)⁴ no conceptuó a persona jurídica, acogió la dicotomía “personas naturales” y “personas jurídicas” y, con respecto a las especies, adoptó la siguiente clasificación:

- a) Las personas jurídicas son de derecho público, interno o externo, y de derecho privado;
- b) La unión, los estados, el distrito federal y los municipios son personas jurídicas de derecho público interno;
- c) Son personas jurídicas de derecho privado: las sociedades, civiles o mercantiles, y las fundaciones.

El Siglo XX se mostró impiedoso con el Código Civil de 1916. Afianzados a la “idea de reforma legislativa como esencial para la adecuación

¹ Ibid., 41.

² Comisión revisora compuesta por Eptácio Pessoa (Presidente), Manoel Antônio Duarte de Azevedo, Olegário Herculano de Aquino e Castro, João Evangelista Sayão de Bulhões Carvalho e Francisco de Paula Lacerda de Almeida. (PESSÔA, E., “Exposição de Motivos”, en *Código Civil brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, 651).

³ Torres Netto lanza duras notas en disfavor de la clasificación adoptada en el Proyecto Revisado, y prefiere el Proyecto Coelho Rodrigues, aunque esté al tanto de que “Este [el proyecto Coelho Rodrigues], si no luce por la forma, si en el fondo merece arreglos, no se volvió por lo menos ambiguo con respecto a la clasificación de las personas jurídicas; bien distinguió la sociedad de la corporación, y no se introdujo en la parte general a regular aquella, [...]. Además elegiría el referido Proyecto Dr. Coelho Rodrigues en lo referente a lo que está dispuesto sobre fundaciones.”. [Traducción libre]. (RODRIGUES TORRES NETO, A. J., “Parecer”, en *Código Civil brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, 321).

⁴ BRASIL. Ley n° 3.071, de 1º de enero de 1916. Código Civil de los Estados Unidos de Brasil.

del Derecho a los cambios implicados en un nuevo proyecto político”,¹ los dos primeros intentos de reforma surgieron en Vargas, ambos nacidos muertos. El primer intento surgió en 1931 con la constitución de la “Comisión Revisora” integrada por Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola y Epiácio Pessoa.² El segundo intento, de 1941, desembocó en el “Anteproyecto de Código de Obligaciones” de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo y Hahnemann Guimarães, con el esfuerzo de unificación del derecho privado nacional.³

El gobierno de Jânio Quadros, por medio del Decreto n° 51.005, de 20 de julio de 1961, instituyó, en el Ministerio de Justicia, el “Servicio de Reformas de Códigos”. La reforma del Código Civil de 1916,⁴ acerca de la teoría de la persona jurídica, estuvo a cargo de Orlando Gomes, a quien se incumbió la misión de elaborar el anteproyecto de Código Civil, por medio de contrato de locación de servicio celebrado, tras la renuncia de Jânio Quadros, en el gobierno João Goulart.

En el Proyecto Orlando Gomes, se mantuvo “la orientación del proyecto Nonato, Azevedo y Guimarães de separación del Derecho de las Obligaciones del Código Civil y de ausencia de Parte General”, y fueron descartadas las personas jurídicas de derecho público. A tenor de la norma proyectada, se entiende por persona jurídica la organización de personas o de bienes para determinados fines, cuya personalidad se adquiere al atestar las condiciones exigidas en ley (art. 64). Del Título II –“De las Personas Jurídicas”, constan tres capítulos. El primer capítulo trata de disposiciones comunes a las diferentes personas jurídicas; el segundo dedicado a las asociaciones y el tercero a las fundaciones.

Después del trabajo de la Comisión Revisora, compuesta por Orozimbo Nonato (presidente), Orlando Gomes y Caio Mário da Silva Pereira, el

¹ FONTOURA DE BARCELLOS, D. S., “Um balanço das tentativas de reforma do Código Civil na era Vargas”, en *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012, 11899.

² Según el Decreto n° 19.459/30, la comisión legislativa, bajo la presidencia de Oswaldo Aranha, tenía por finalidad “elaborar los proyectos de revisión o reforma de la legislación civil, comercial, penal, procesal de la justicia federal [...]”. [Traducción libre]. (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto n° 19.459, de 6 de dezembro de 1930, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 10 dez. 1930, 22052). Para la reforma o revisión del Código Civil, la Subcomisión del Código Civil fue compuesta, originariamente, por Clóvis Beviláqua, Alfredo Bernardes da Silva y Eduardo Spínola (art. 2º, n° 1º, do Decreto n° 19.684/31) La composición fue cambiada en el año siguiente, con la inclusión de Epiácio da Silva Pessoa en sustitución a Alfredo Bernardes da Silva (art. 1º, n° 1º, Decreto n° 21.894/32). (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto n° 19.684, de 10 de fevereiro de 1931, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 12 fev. 1931, 2146).

³ NONATO DA SILVA, O., PHILADELFO DE BARROS AZEVEDO, J. y GUIMARÃES, H., *Ante-projeto de Código de obrigações*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1941.

⁴ Según el Decreto n° 51.005/61, o Código Civil se quedaría bipartido: Código Civil y Código de las Obligaciones. Para Daniela Barcellos, “Al hacer la división entre Código Civil y Código de las Obligaciones, el gobierno optó por tener en un instrumento legislativo aparte la regulación de los contratos y de la responsabilidad civil. Habiendo sido reclutado para redactar este documento, Gomes empiezo la elaboración del anteproyecto de Código Civil, exceptuándose la parte referente al Código das Obligaciones, cuya tarea había sido confiada al profesor Caio Mario da Silva Pereira.” [Traducción libre]. (FONTOURA DE BARCELLOS, D. S., *Código Civil: Professores entre as faculdades de direito e o governo federal*, 2011. 371 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 146).

anteproyecto elaborado por Orlando Gomes se convirtió en “Proyecto de Código Civil”, habiendo sido enviado al Congreso Nacional en el gobierno Castello Branco,¹ en el que fue actuado como Proyecto de Ley n° 3.263 de 1965.² En el “Informe”, la Comisión subraya los principales cambios en el Libro de las Personas:

Atención especial se dedica, igualmente, a la regencia de las personas jurídicas que se constituyen bajo la forma de asociación (Arts. 68 a 76). En general, los Códigos no contienen normas relativas a la estructura y al funcionamiento de estos grupos personalizados particularmente en lo que concierne a los derechos y deberes de los socios y a los poderes de sus órganos administrativos. Se vuelve ineludible, sin embargo, la ordenación de estos derechos y poderes, dada la importancia que, en la variedad de sus fines, asumieron las asociaciones en la sociedad hodierna.³

Tras el acogimiento “del plan general de reforma de los Códigos”⁴ al lado del proyecto de Código Civil, tramitó el Proyecto de Ley n° 3.264 de 1965,⁵ acerca del Código de Obligaciones.⁶ Merece atención la tercera parte del Proyecto de Ley n° 3.264/65 que disciplina las sociedades con fines económicos,⁷ abarcando, más allá de las disposiciones comunes, aquellas que versan sobre sociedades no personificadas: sociedad en común y sociedad en cuentas de participación.⁸ Por lo que se refiere a las personificadas, el proyecto reglamenta la sociedad simple, sociedad en nombre colectivo, sociedad comanditaria simple, sociedad limitada, sociedad cooperativa, sociedad

¹ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem n° 804, de 12 de outubro de 1965. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento, 28.

² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n° 3.263, de 1965. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento, 1-28.

³ NONATO DA SILVA, O., GOMES, O. y DA SILVA PEREIRA, C. M., “Relatório”, en *Projeto de Código Civil*. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento, 30.

⁴ NONATO DA SILVA, O., GOMES, O. y DA SILVA PEREIRA, C. M., DE AZEREDO SANTOS, T., MARCONDES MACHADO, S. y GUEIROS, N., “Relatório”, en *Projeto de Código de Obrigações*. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento, p. 83.

⁵ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n° 3.264, de 1965. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento, 33-82.

⁶ El Proyecto de Código de Obligaciones es fruto de la reunión de tres distintos anteproyectos: - “El punto de arranque se encuentra en el Anteproyecto elaborado por el Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que formuló la asignatura del *Negocio Jurídico*, la *Parte General* de las *Obligaciones*, el ordenamiento de los *Contratos*, la fijación de la *Declaración Unilateral de Voluntad*, los principios de la *Gestión de Negocios*, la determinación de la *Responsabilidad Civil* y la sistematización del *enriquecimiento sin Causa*. El Profesor THEOPHILO AZEREDO SANTOS se encargó de redactar la parte relativa a los *Títulos de Crédito*, y al Profesor SYLVIO MARCONDES fue confiada la elaboración de la parte que comprende las actividades mercantiles con el Anteproyecto relativo a los *Empresarios* y a las *Sociedades*.” [Realces en el original, traducción libre]. (NONATO DA SILVA, O., GOMES, O. y DA SILVA PEREIRA, C. M., DE AZEREDO SANTOS, T., MARCONDES MACHADO, S. y GUEIROS, N., ob. cit., 83).

⁷ Projeto de Lei n° 3.264/65, art. 1.119: - “Celebran contrato de sociedad las personas que reciprocamente se obligan a contribuir. Con bienes o servicios, para el ejercicio de actividad económica, de interés común.”

⁸ NONATO DA SILVA, O., GOMES, O. y DA SILVA PEREIRA, C. M., DE AZEREDO SANTOS, T., MARCONDES MACHADO, S. y GUEIROS, N., ob. cit., 83.

anónima, sociedad comanditaria por acciones y sociedades dependientes de autorización.

El “Anteproyecto de Código Civil” empezó sus trabajos en mayo de 1969,¹ bajo la coordinación del Prof. Miguel Reale. Se envió la propuesta al Congreso Nacional² y se convirtió en el Proyecto de Ley nº 634 de 1975 (en adelante, PL 634/75).³ Conforme Proyecto Reale,⁴ las personas se clasifican en físicas y en jurídicas, éstas en personas jurídicas de derecho público, interno o externo, y de derecho privado. Las personas jurídicas de derecho privado son las asociaciones, las sociedades y las fundaciones. Las sociedades vinieron disciplinadas en el Libro II, dedicado a la actividad de negocio, entendidas como la reunión de “personas que recíprocamente se obligan a contribuir, con bienes o servicios, para el ejercicio de actividad económica y la partición, entre sí, de los resultados.” (PL 634/75, art. 1.018). Las asociaciones derivan de la unión de personas que se organizan para fines no económicos, y las fundaciones de la reunión de bienes para fines religiosos, morales, culturales o de asistencia.

Diferentemente del Código Civil de 1916, el PL 634/75 prestó nuevo tratamiento a las personas jurídicas,⁵ al distinguir las personas jurídicas de fines económicos (sociedades simples y mercantiles) y las de fines no económicos (asociaciones y fundaciones), aplicando a aquellas las disposiciones relativas a las asociaciones.⁶ La parte común, “reformadora de la vida asociativa en general”, según el Prof. Reale, presenta “disposiciones especiales sobre las causas y la forma de exclusión de asociados”,⁷ además de posibilitar la desconsideración de la personalidad jurídica, y por fin, le predice a las personas jurídicas la aplicación de la protección de los derechos de la personalidad (art. 50, PL 634/75).

¹ REALE, M., “Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil”, en *Projeto de Lei nº 634, de 1975. Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975, Seção 1, nº 061, Suplemento “B”, 107.

² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 634, de 1975. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975. Seção 1, nº 061, Suplemento “B”, 2-104.

³ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975. Seção 1, nº 061, Suplemento “B”, 105.

⁴ Conforme Reale, el Anteproyecto, en cuanto a la unificación de las obligaciones, se asemeja “con los modelos suizo e italiano”, y la ordenación de la materia, es decir, organizado en una parte general y otra especial, obedece la orientación propuesta por el “más genial de nuestros jurisconsultos”, Teixeira de Freitas. (REALE, M., “Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil”, cit., 112).

⁵ Moreira Alves se ha encargado de la redacción de la Parte General del Anteproyecto Reale, advierte que el Código Civil de 1916 “no distingue apenas la asociación de la sociedad”. (MOREIRA ALVES, J. C., “Inovações do novo Anteprojeto de Código Civil”, en *Revista de Informação Legislativa*, vol. 10, nº 40, 8).

⁶ Esta innovación restó consignada por Reale, al escribir: - “e) Tratamiento nuevo fue dado al tema de las personas jurídicas, uno de los puntos en que el Código Civil actual se revela omiso y vacilante. Fundamental, por su repercusión en todo el sistema, es una precisa distinción entre las personas jurídicas de fines no económicos (asociaciones y fundaciones) y las de objetivo económico (sociedad simple e sociedad empresaria), aplicándose a estas, cuando pueda, las disposiciones concernientes a las asociaciones. Todo el capítulo fue revisado relativo a las fundaciones, restringiéndose su destinación a fines religiosos, morales, culturales, o de asistencia.”. [Destaques do original, tradução livre]. (REALE, M., “Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil”, en *Projeto de Lei nº 634, de 1975. Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975, Seção 1, nº 061, Suplemento “B”, 115).

⁷ REALE, M., “Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil”, cit., 115.

4 LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 2002

El PL 634/74, después de casi tres décadas en tramitación en el Congreso Nacional, se convirtió en la Ley n° 10.406, de 10 de enero de 2002, que instituye el actual Código Civil (en adelante, CC/2002).¹ Sin alteración sustancial de la noción de persona jurídica en materia de categorización, el CC/2002 adopta la dicotomía “personas naturales” y “personas jurídicas”, clasificando, estas últimas, en personas jurídicas de derecho público, interno o externo y de derecho privado.

El carácter novedoso proviene del agrupamiento de las asociaciones y fundaciones en la Parte General, quedando las sociedades, personificadas o no, en la parte especial en el Libro II bajo el título Derecho de la Empresa. Relativamente a las sociedades, no más subsiste la antigua distinción entre sociedad mercantiles y civiles, hoy reunidas bajo la rubrica sociedad mercantil. Conforme el nuevo Código Civil, son personas jurídicas de derecho privado: las asociaciones; las sociedades; las fundaciones; las organizaciones religiosas;² y los partidos políticos.³ El dispositivo que preveía las empresas individuales de responsabilidad limitada (inc. VI do art. 44, do CC/2002)⁴ fue recientemente revocado por la Medida Provisoria n° 1.085, de 27 de diciembre de 2021.⁵

Las asociaciones derivan de la unión de personas que se organicen para fines no económicos, no habiendo, entre los asociados, derechos y obligaciones recíprocos. Las sociedades provienen de la reunión de dos o más personas que recíprocamente se obligan a contribuir, con actividad o bienes, para el ejercicio de actividad económica y la división de los resultados obtenidos.

Las fundaciones resultan de la destinación de bienes, por el instituidor, para fines de asistencia social; cultura, defensa y conservación del patrimonio histórico y artístico; educación; salud; seguridad alimentar y nutricional; defensa, preservación y conservación del medio ambiente y promoción del desarrollo sostenible; investigación científica, desarrollo de

¹ Prof. Miguel Reale hizo la defensa de la actualidad del nuevo Código Civil (CC/2002), rebatiendo, una-a-una, las tres principales críticas lanzadas en disfavor do CC/2002. (REALE, M., “O novo Código Civil e seus críticos”, en *Estudos preliminares do Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, 21-25).

² Las organizaciones religiosas fueron incluidas en el rol art. 44, do CC/2002, por fuerza de la Ley n° 10.825/2003.

³ De carácter asociativo, el partido político posee naturaleza de persona jurídica de derecho privado, teniendo por objetivo asegurar, en el interés del régimen democrático, la autenticidad del sistema representativo y la defensa de los derechos fundamentales. Para André Ramos Tavares, “los partidos políticos son cuerpos formados a partir del tejido social que desempeñan la función de canalizar las aspiraciones y proyectos políticos de determinada gama de individuos, organizándolos para el fin de alcanzar el ejercicio directo del poder.”. [Traducción libre]. (RAMOS TAVARES, André, *Curso de derecho constitucional*, 18ª. ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020, 874).

⁴ Incluidas en el art. 44, do Código Civil, por la Ley n° 12.441/2011.

⁵ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Medida Provisória n° 1.085, de 27 de dezembro de 2021. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 dez. 2021. Seção 1, n° 244, 2-6.

tecnologías alternativas, modernización de sistemas de gestión, producción y divulgación de informaciones y conocimientos técnicos y científicos; promoción de la ética, de la ciudadanía, de la democracia y de los derechos humanos; y actividades religiosas.

Las personas jurídicas se caracterizan por la (i) personalidad, (ii) sede, (iii) autonomía patrimonial, (iv) organización e (v) responsabilidad. En primer lugar, hay que atentarse que la libertad de creación de agrupamientos sociales para la consecución de fines humanos¹ y la libertad de ejercicio de cualquier actividad económica² son garantías constitucionales de la República, que le confieren a la persona jurídica personalidad (subjetividad), atributo común de los sujetos sociales personificados.

La persona jurídica posee una oficina central, es decir, un local donde ejerce los actos de la vida civil. Ese punto de referencia espacial debe estar expresado en el acto constitutivo o estatuto y, en caso de silencio, la ley hace coincidir el domicilio de la persona jurídica con el sitio donde funcionan los respectivos directorios y administraciones. En el caso de la persona jurídica poseer establecimientos en distintos sitios, cada uno es considerado domicilio para los actos en él practicados.

La personalización de la persona jurídica presupone independencia patrimonial en razón de las personas naturales que la componen, afianzada en la llamada autonomía patrimonial. La Ley n° 13.874/2019, que instituyó la Declaración de Derechos de Libertad Económica (Ley de Libertad Económica), cambió el Código Civil para incluir dos declaraciones de derechos de la persona jurídica. La introducción del art. 49-A consagra,³ de modo expreso, la autonomía patrimonial al predecir que “La persona jurídica no se confunde con sus socios, asociados, instituidores o administradores.”⁴ y ⁵ El párrafo único, del art. 49-A, proporciona funcionalidad al establecer que la autonomía patrimonial de las personas jurídicas es un instrumento lícito de

¹ Constitución Federal, art. 5º, inciso XVII: - “es plena la libertad de asociación para fines lícitos, vedada la de carácter paramilitar;”.

² Constitución Federal, art. 170, § único: - “Es asegurado a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, independientemente de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en ley.”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada a 5 de outubro de 1988*, Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988).

³ Sobre el tema, Floriano Peixoto Marques Neto, Otávio Luiz Rodrigues Jr. y Rodrigo Xavier Leonardo leccionan: - “Este dispositivo [art. 49-A], que no contraria la comprensión doctrinaria sobre el tema de los últimos 150 años, recuperó el texto do art. 20 del Código Civil de 1916: As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. [Traducción libre]. (MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JR., O.; LEONARDO XAVIER, R., “A autonomia da pessoa jurídica – alteração do art. 49-A do Código Civil: art. 7º”, en *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. Edição do Kindle.)

⁴ Traducción libre.

⁵ Para Marques Neto, Rodrigues Jr. y Xavier Leonardo, “La noción de una persona jurídica abstractamente considerada y distinta de la existencia de sus miembros y fundadores corresponde al máximo grado del proceso de reificación. Se dio, sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el comienzo de una crítica sistemática a ese modelo, la cual posee nombres representativos como los de Fábio Konder Comparato y José Lamartine Correia de Oliveira.”. (Ibid.).

ubicación y segregación de riesgos, establecido por la ley con la finalidad de estimular emprendimientos, para la generación de empleos, tributo, renta e innovación en merced de todos.¹

Es libre la forma para establecer la estructura organizativa y el funcionamiento de los órganos de representación, aunque deba contener del acto constitutivo el modo por el que se administra y representa, activa y pasivamente, judicial y extrajudicialmente (CC/2020, art. 46, III).² En las sociedades, el contrato social debe perfilar el reglamento de las relaciones internas, y, en lo que atañe a la administración, la toma de decisión compite a aquel que se encuentra investido en las funciones gerenciales. El acto constitutivo de las asociaciones debe prever los derechos y deberes de los asociados. En lo que concierne a los órganos, en general las asociaciones poseen una asamblea general, un consejo deliberativo y la dirección,³ esta última, en la condición de órgano ejecutivo, encargada de cumplir las deliberaciones formalizadas en asamblea general o por el consejo deliberativo.

CONCLUSIÓN

Desde el principio, Brasil mantiene firme la dicotomía entre “personas naturales” y “personas jurídicas”, *cuñadas en el Proyecto Coelho Rodrigues*, y, entre estas, es estable, en el cuerpo del Código Civil, la clasificación “personas jurídicas de derecho privado” y “personas jurídicas de derecho público.” Las personas jurídicas se caracterizan por la reunión de personalidad, sede, autonomía patrimonial, organización y responsabilidad.

La gran novedad del actual Código Civil es resultado de la reunión de las asociaciones y fundaciones en la Parte General, quedando las sociedades, personificadas o no, en la parte especial en el Libro II, bajo el título Derecho de la Empresa.

Con relación a las sociedades, no más subsiste la antigua distinción entre sociedad mercantiles y civiles, hoy reunidas bajo la rubrica sociedad mercantil. Consonante al nuevo Código Civil, son personas jurídicas de derecho privado: las asociaciones; las sociedades; las fundaciones; las organizaciones religiosas y los partidos políticos.

¹ Sobre la autonomía patrimonial constituir instrumento de segregación de riesgos, se advierte, con Marques Neto, Rodrigues Jr. y Xavier Leonardo, que tal declaración “no genera, por sí, limitación de responsabilidad” (Ibid.).

² Destaca Caio Mário da Silva Pereira que: - “En algunos tipos de personas jurídicas hay coincidencia entre los órganos deliberativos y los de representación; en otros, el representante participa de aquel; en otros todavía la ley distingue con toda nitidez el órgano deliberativo (asamblea general) del órgano ejecutivo o de representación (dirección), facultando que de este hagan parte personas extrañas al cuerpo de asociados.” (DA SILVA PEREIRA, C. M., ob. cit., 266).

³ GOMES, O., ob. cit., 145.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE CUNHA, T., “A dimensão temporal do conceito de persona jurídica e sua crise”, en *Revista de informação legislativa*, vol. 33, nº 132, 231-244, 1997, disponível en: [<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176512>] [consultado el 28 octubre 2021].
- BEVILÁQUA, C., “Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro”, en *Código Civil brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.
- BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do derecho*, BECCACCIA VERSIANI, D. (trad.), Barueri, Manole, 2007.
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 3.263, de 1965. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento.
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 3.264, de 1965. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento.
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 634, de 1975. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975. Seção 1, nº 061, Suplemento “B”.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada a 5 de outubro de 1988*, Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto nº 19.459, de 6 de dezembro de 1930, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 10 dez. 1930, 22052).
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto nº 19.684, de 10 de fevereiro de 1931, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 12 fev. 1931, 2146).
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Medida Provisória nº 1.085, de 27 de dezembro de 2021. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 dez. 2021. Seção 1, nº 244.
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975. Seção 1, nº 061, Suplemento “B”.
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem nº 804, de 12 de outubro de 1965. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento.
- COSTA FILHO, V. T., “Antônio Coelho Rodrigues: um súdito fiel? Ruptura e continuidade na transição da monarquia para a república no Brasil”, en *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, nº 203, 2014.
- DA SILVA PEREIRA, C., *Introdução ao derecho civil*, 33ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2020.
- DE ANDRADE BRANDÃO, W., “Antônio Coelho Rodrigues: Ensaio de biografia e crítica”, en BARROS COELHO, C. (org.) *Coelho Rodrigues e o Código*

- Civil. Comemoração do sesquicentenário de nascimento*, Teresina, Gráfica do Povo, 1998.
- DE LA VÁLGOMA, M., “Edades ciertas e incertas en derecho”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2006.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Derecho civil: teoria geral*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- DOS SANTOS CUNHA, A., “A teoria das personas de Teixeira de Freitas: entre individualismo e humanismo”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 18, 2000, 15-23, disponible en [<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71197/40411>] [consultado el 25 abril 2021].
- FONTOURA DE BARCELLOS, D. S., “Um balanço das tentativas de reforma do Código Civil na era Vargas”, en *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012.
- FONTOURA DE BARCELLOS, D. S., *Código Civil: Professores entre as faculdades de derecho e o governo federal*, 2011. 371 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul).
- GOMES, O., *Introdução ao derecho civil*, 22ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano*, DE MIRANDA AVENA, C. (trad.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A., *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, Saraiva, 1986.
- KASER, M., *Derecho privado romano*, RODRIGUES, S. y HÄMMERLE, F. (trad.), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JR., O.; LEONARDO XAVIER, R., “A autonomia da persona jurídica – alteração do art. 49-A do Código Civil: art. 7º”, en *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. Edição do Kindle.
- MOREIRA ALVES, J. C., “Inovações do novo Anteprojeto de Código Civil”, en *Revista de Informação Legislativa*, vol. 10, nº 40.
- NABUCO DE ARAÚJO, J. T., *Projecto do Código Civil. Trabalho apresentado ao Governo Imperial pela família do falecido Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo, que se achava encarregado do mesmo*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.
- NONATO DA SILVA, O., GOMES, O. y DA SILVA PEREIRA, C. M., “Relatório”, en *Projeto de Código Civil. Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento.
- NONATO DA SILVA, O., GOMES, O. y DA SILVA PEREIRA, C. M., DE AZEREDO SANTOS, T., MARCONDES MACHADO, S. y GUEIROS, N., “Relatório”, en *Projeto de Código de Obligaciones. Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 30 out. 1965. Seção 1, Suplemento.

- NONATO DA SILVA, O., PHILADELFO DE BARROS AZEVEDO, J. y GUIMARÃES, H., *Ante-projeto de Código de obligaciones*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1941.
- PESSÔA, E., “Exposição de Motivos”, en *Código Civil brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.
- RAMOS TAVARES, André, *Curso de derecho constitucional*, 18ª. ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020.
- REALE, M., “Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil”, en *Projeto de Lei nº 634, de 1975. Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 13 jun. 1975, Seção 1, nº 061, Suplemento “B”.
- REALE, M., “O novo Código Civil e seus críticos”, en *Estudos preliminares do Código Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- RODRIGUES TORRES NETO, A. J., “Parecer”, en *Código Civil brasileiro: Trabalhos relativos à sua elaboração*, vol. 1, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917.
- TEIXEIRA DE FREITAS, A. A., *Código Civil – Esboço*, Rio de Janeiro, Typographya Universal de Laemmert, 1860.
- TEPEDINO, G. e DONATO OLIVA, M., *Fundamentos do derecho civil: teoria geral do derecho civil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

CLASSIFICAÇÃO DE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS UTILIZANDO PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL

AUTOMATIC CLASSIFICATION OF JUDICIAL STATEMENTS USING NATURAL LANGUAGE PROCESSING

Fernando Maurilio Bento

Mestrando em Computação Aplicada na Universidade do Vale do Itajaí
<http://lattes.cnpq.br/0098491037950843>

Alexandre Moraes da Rosa

Doutor pela Universidade Federal do Paraná
Professor da Universidade do Vale do Itajaí
<http://lattes.cnpq.br/4049394828751754>

Raimundo Celeste Ghizoni Teive

Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina
Professor da Universidade do Vale do Itajaí
<http://lattes.cnpq.br/6094793991932450>

Resumo: Processamento de Linguagem Natural (PLN) tem sido aplicado à área jurídica como uma forma de otimizar recursos, utilizando a Inteligência Artificial para executar tarefas que até pouco tempo eram feitas apenas por humanos. Na área jurídica, composta basicamente por textos não estruturados, a classificação pode ser um aliado na organização e na gestão destes documentos. Neste trabalho, foram classificados pronunciamentos judiciais nas classes previstas no artigo 203 do Código de Processo Civil: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. A principal contribuição deste artigo reside na demonstração que o desempenho do classificador está diretamente relacionado com a seleção prévia de palavras e o balanceamento de classes utilizadas. Resultados preliminares apontam aumento em mais de 20% da acurácia, quando é considerada a representatividade de cada palavra no corpus e a frequência da palavra em cada classe, alcançando resultados superiores a 80%.

Palavras-chave: Classificação de textos jurídicos. Processamento de linguagem natural. Inteligência artificial.

Abstract: Natural Language Processing (NLP) has been applied to the legal field as a way of optimizing resources, using Artificial Intelligence to perform tasks that until recently were only done by humans. In the legal area, basically composed of unstructured texts, classification can be an ally in the organization and management of these documents. In this work, judicial pronouncements were classified in the classes provided for in article 203 of the civil procedure code: sentences, interlocutory decisions and orders. The main contribution of this article lies in the demonstration that the performance of the classifier is directly related to the previous selection of words and the balancing of classes used. Preliminary results point to an increase of more than 20% in accuracy, when considering the representativeness of each word in the corpus and the frequency of the word in each class, reaching results above 80%.

Keywords: Legal texts classification. Natural language processing. Artificial intelligence.

Submetido em 12 de dezembro de 2022. Aprovado em novembro de 2023.

1 INTRODUÇÃO

Segundo Alves (2017), pronunciamentos judiciais são declarações verbais e públicas de juízes no intuito de resolver questões, de fato ou direito, ou, simplesmente, sem nada decidir, impulsionam a marcha processual para frente até a solução definitiva da controvérsia. Conforme o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, atos decisórios, tratados neste trabalho como pronunciamentos judiciais, consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Considerando que todo o sistema recursal é dependente da interpretação correta de um pronunciamento judicial, a classificação entre os três tipos previstos no Código de Processo Civil é crucial para o bom andamento de um processo, especialmente porque há restrição recursal e incidência do fenômeno preclusivo no caso de inércia da parte.

A classificação de textos, além de outras diversas atividades, que, segundo Araújo e Simioni (2021) têm sido substituídas pela Inteligência Artificial, passou a ser uma das finalidades do Processamento de Linguagem Natural (PLN). PLN é conhecido como a tecnologia que estuda os problemas da geração e compreensão automática de línguas humanas naturais pelos dispositivos tecnológicos. Segundo Mcroy (2021), PLN é a disciplina de projeto e uso de programas de computador para analisar ou gerar linguagem humana.

Na área jurídica, o PLN, dentre outras finalidades, tem sido utilizado para classificação de documentos, ou seja, com base em um texto, é possível que o computador identifique qual é a sua classe ou categoria, a exemplo do trabalho de Polo, Ciochetti e Bertolo (2021). Considerando que documentos jurídicos não são estruturados, a exemplo de leis, decisões judiciais e petições, a aplicação do PLN pode ser um importante aliado na otimização de recursos, agilizando tarefas.

A utilização de modelos preditivos no domínio do Direito é aspiração relativamente antiga, conforme Lawlor (1963), com o impulso decorrente da ampliação de acesso aos dados conferida pela internet e a web, associada à capacidade de processamento das máquinas, tanto no ocidente, quanto no oriente, especialmente na China consoante indicam XU, Jianfeng; SUN, Fuhui; CHEN, Qiwei; WANG, Yingfei; YU, Jia; LIU, Zhenyu. Segundo Hartmann Peixoto, os modelos de Inteligência Artificial incidentes no domínio do Poder Judiciário foram regulamentados pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 332/2020, reconhecendo-se apenas modelos supervisionados de classificação ou de regressão. A preocupação quanto aos aspectos éticos das decisões judiciais, centradas na dignidade da pessoa humana, levam em consideração questões de transparência algorítmica e explicabilidade dos provimentos jurisdicionais.

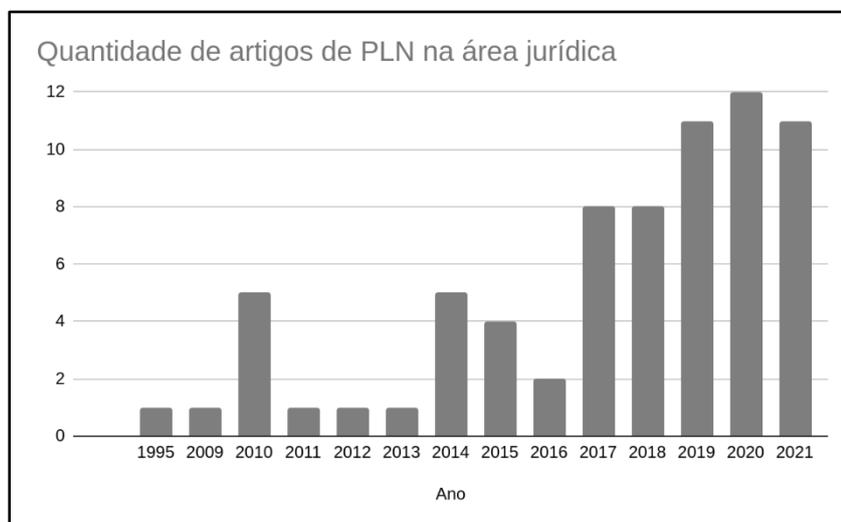
Neste contexto, o objetivo deste estudo é explorar as etapas e técnicas de PLN para classificar, de forma automática, pronunciamentos judiciais,

resultando nos tipos possíveis: sentença, decisão interlocutória e despacho. As próximas seções apresentarão os trabalhos relacionados, os procedimentos metodológicos, a base de dados, as etapas de pré-processamento e treinamento, a análise dos resultados e as conclusões.

2 TRABALHOS RELACIONADOS

Conforme observado nas bases de dados indexadas pelo Portal de Periódicos da CAPES, pesquisas aplicando PLN na área jurídica vêm sendo realizadas desde 1995. Desde então, o tema foi explorado de forma esporádica até final de 2016, quando então passou a figurar em maior volume e consistência a partir de 2017, em especial a partir de 2019, apresentando claramente uma tendência de crescimento de pesquisa sobre o tema, conforme ilustrado pelo gráfico 1.

Gráfico 1: Evolução de trabalhos científicos do PLN aplicado à área jurídica



Os trabalhos relacionados agrupam-se com objetivos distintos, podendo ser diferenciados pelas aplicações que podem ser dadas para o PLN. Galani et al (2015), Aletras (2016), Katz (2017), Shulayeva (2017), Petrovic (2018), Medvedeva (2019), Ji (2020) I, Li (2021) e Polo, Ciochetti e Bertolo (2021) trabalharam com classificação, em geral, buscando prever decisões judiciais em processos judiciais. Fernandes (2019), Ji (2020) II, Adewoyin (2020) e Trias (2021) trabalharam sobre a extração de informação, transformando textos em dados. Anand (2019) trabalhou em sumarização, reduzindo textos aos seus conteúdos mais relevantes. Por fim, as pesquisas de Wagh (2020), Huang (2021) e El Jelali (2015) trataram sobre a similaridade entre processos.

Também é possível agrupar os trabalhos correlatos pelas técnicas e algoritmos utilizados, sendo Bidirectional Long Short-Term Memory (Bi-

LSTM), Support Vector Machine (SVM) e algoritmos baseados em Transformers as tecnologias mais utilizadas. Deste grupo vale destacar que o ano mais recente, 2021, foi marcado pela utilização de algoritmos baseados em Transformers, indicando um possível novo estado da arte no que diz respeito ao PLN.

Em linhas gerais, os resultados encontrados nestes trabalhos de pesquisa são positivos, demonstrando que há espaço para aprimoramento das abordagens utilizadas, num tema de pesquisa que apresenta uma tendência de alta no seu volume de pesquisas.

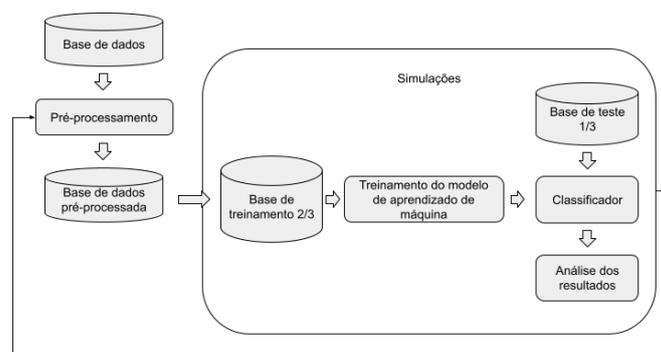
3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Esta seção apresenta como o trabalho foi desenvolvido para atingir os seus objetivos.

- Inicialmente, foi aplicado o pré-processamento em toda a base de dados, originando a base de dados pré-processada para a aplicação dos algoritmos;
- A base pré-processada, ordenada em uma sequência aleatória, foi distribuída para suportar três simulações, sendo $\frac{2}{3}$ dos dados utilizados para treinamento e $\frac{1}{3}$ para teste, de forma que a base de teste não tivesse nenhum registro repetido entre as simulações;
- Foram então aplicadas as três simulações;
- Após a análise dos resultados, novos ciclos de pré-processamento foram realizados, utilizando critérios para seleção das características consideradas no treinamento dos modelos, até que os critérios não produzissem melhora nos resultados em pelo menos um algoritmo.
- Por fim, realizou-se o comparativo entre os resultados antes e depois da aplicação dos critérios de seleção.

A figura 1 ilustra o encadeamento entre os procedimentos e as bases de dados geradas ao longo do trabalho.

Figura 1. Procedimento metodológico



4 BASE DE DADOS

A base de dados utilizada para este estudo, em PLN também conhecida como Corpus, significa um conjunto de textos ou documentos, composta por pronunciamentos judiciais de diversos Tribunais. A base de dados foi obtida diretamente dos Tribunais por meio de *web crawling*. Aleatoriamente foram selecionados 235 pronunciamentos judiciais de diversos órgãos julgadores, conforme exemplificado no quadro 1.

Quadro 1. Exemplos de pronunciamentos judiciais

Exemplo 1 (Decisão Interlocutória):

“Sr. Advogado, TRIBUNAL DE JUSTICA DE SANTA CATARINA - COMARCA DE JOINVILLE JUÍZO DE DIREITO DA VARA CÍVEL JUIZ(A) DE DIREITO C.T. ESCRIVÃ(O) JUDICIAL S.F. EDITAL DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADOS RELAÇÃO N.9 - ADV: J.C, M.M., B.C., P.M. Processo - Procedimento Sumário - Acidente de Trânsito - Requerido: S.S. Autor: G.A. Réu: M.P. - Isso posto, defiro o pedido da ré S.S. e determino a reunião destes autos ao processo de n. 799-8.6.8, em trâmite nesta Vara Cível. Em consequência: I - Translade-se esta decisão para os autos mencionados. II - Publique-se, com prazo de dias para eventual manifestação das partes. III - Decorrido, dê-se vista dos autos ao Ministério Público pelo prazo de (quinze) dias, haja vista haver interesse de incapaz relativamente aos autos de n. 799-8.6.8. (CPC, art. 78, II). IV - Com o retorno, venham ambos os feitos conclusos para sentença”.

Exemplo 2 (Despacho):

“Sr. Advogado, Notificação - Processo N. ROT- Relator R. M. RECORRENTE O.B. S/A ADVOGADO B.T. RECORRENTE A.E. ADVOGADO H.J. ADVOGADO V.P. RECORRIDO G.C. ADVOGADO F.M. TERCEIRO INTERESSADO J.D. Intimado(s)/Citado(s): - A.E. Destinatário: A.E. Fica(m) intimado(s) o(s) agravado(s) para contraminutar(em) o(s) agravo(s) de instrumento e contrarrazoar(em) o(s) recurso(s) de revista conforme a Instrução Normativa n. 6 do TST. Em 9/10/2019. Secretaria de Apoio Jurisprudencial e Recursal”.

Exemplo 3 (Sentença):

“ADV: R.S.F.Processo - Procedimento do Juizado Especial Cível / Juizado Especial Cível - Autora : N. Z - Réu : U. F.- Isso posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial da AÇÃO DE RESSARCIMENTO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ajuizada por N. Z. em desfavor de U.F. para, em consequência, DECLARAR nula de pleno direito a Cláusula , alínea do contrato de assistência à saúde perfectibilizado pelas partes no específico caso concreto impingido nos autos; e CONDENAR a demandada a arcar com o importe equivalente a R\$ 3.888,9 (três mil oitocentos e oitenta e oito reais e noventa e cinco centavos), com incidência de correção monetária a fluir a partir de 01/04/2020 e juros moratórios a contar da citação. Sem custas e honorários advocatícios. P. R. I. Oportunamente, ao arquivo”.

Como classes para realização da classificação, selecionou-se o tipo de publicação, seguindo uma definição formal contida no artigo 203 do Código de Processo Civil, que classifica os pronunciamentos do juiz entre decisões interlocutórias, despachos e sentenças. Ressalvadas as disposições expressas dos

procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, com ou sem julgamento de mérito. Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre como sentença, resolvendo questão incidental. Despachos são todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

As 235 publicações selecionadas foram submetidas a uma classificação, realizada por uma profissional da área do direito, resultando em um Corpus com a seguinte distribuição de classes.

Tabela 1. Registros da base de dados

Classe	Registros	%
Decisão Interlocutória	32	13,62%
Despacho	137	58,30%
Sentença	66	28,09%
Total	235	100,00%

Tabela 1. Registros da base de dados

5 PRÉ-PROCESSAMENTO

No PLN, a etapa de pré-processamento tem a finalidade de criar um conjunto de palavras que terão alguma relevância para criação do modelo de classificação e é dividida em algumas tarefas sequenciais, conforme apresentado nos próximos itens. Esta técnica de separar e contar as palavras dos textos é conhecida como *bag of words* (sacola de palavras). Como exemplo, para ilustrar a transformação que o texto sobre após cada tarefa, será utilizada a frase “Edital de intimação de sentença da vítima Fulano. Prazo do EDITAL: 30 (trinta) dias”.

a) Tokenização: Transformação de caracteres para minúsculos, troca de caracteres acentuados pelo mesmo caractere sem a acentuação e retirada de caracteres que não sejam letras, além da exclusão dos números. Com a execução destas tarefas, o texto fica “edital de intimacao de sentenca da vitima fulano de tal prazo do edital trinta dias”.

b) Remoção de *stopwords*: Remoção de palavras irrelevantes para a classificação, como as preposições, por exemplo; remoção de nomes próprios e remoção de palavras com menos de 3 caracteres. Com a execução destas

tarefas, o texto fica “edital intimacao sentenca vitima prazo edital dias”.

c) Stemming: Redução das palavras ao seu radical, mantendo apenas a parte mais significativa de cada palavra. Como exemplo, as palavras “intimacao”, “intimo” e “intimamos”, passa a se apresentar apenas como “intim”. Com a execução destas tarefas, o texto fica “edit intim sentenc vitim prazo edit dia”.

6 TREINAMENTO

A etapa de treinamento consiste na aplicação do algoritmo escolhido para criação dos modelos de aprendizado de máquina, para os quais foi possível a aplicação dos classificadores e análise dos resultados, conforme já ilustrado na figura 1. Neste trabalho foi utilizado o algoritmo Naive Bayes, o qual já tinha apresentado resultados melhores em trabalhos anteriores dos autores referenciados.

6.1 Divisão da base de dados: Treinamento e Teste

Para treinamento e teste dos modelos foi utilizada a técnica de *holdout*, separando aleatoriamente 2/3 da base principal para treinamento e 1/3 para testes. O processo foi repetido por três vezes, alternando os registros de forma que a base de testes fosse completamente distinta a cada simulação. As quantidades de registros para cada simulação são apresentadas na tabela 2.

Tabela 2. Registros da base de dados

Classe	Simulação 1		Simulação 2		Simulação 3	
	Base de Treino	Base de Teste	Base de Treino	Base de Teste	Base de Treino	Base de Teste
Decisão Interlocutória	18 11,46	14 17,95%	24 15,29%	8 10,26%	22 14,01%	10 12,82%
Despacho	96 61,15%	41 52,56%	86 54,78%	51 65,38%	92 58,60%	45 57,69%
Sentença	43 27,39%	23 29,49%	47 29,94%	19 24,3	43 27,39%	23 29,49%
Total	157 100%	78 100%	157 100%	78 100%	157 100%	78 100%

6.2 Algoritmo Naive Bayes

Naive Bayes é um classificador probabilístico baseado na Regra de Bayes, que pressupõe a independência entre os dados, sendo essa a sua principal vantagem, pois consegue obter bons resultados com poucos dados. Conforme Raschka (2014), a fórmula que rege a Regra de Bayes é:

$$P(\text{classe} | \text{características}) = \frac{P(\text{classe}) \times P(\text{características} | \text{classe})}{P(\text{características})}$$

Onde lê-se que a probabilidade de um texto ser de uma determinada classe dado um conjunto de palavras é igual ao produto da probabilidade geral da classe pela probabilidade de ocorrer o mesmo conjunto de palavras dada a classe, dividido pela probabilidade de ocorrer o mesmo conjunto de palavras.

6.3 Aplicação dos algoritmos: treinamento dos modelos e classificação

Para verificar o resultado dos algoritmos foram utilizadas as métricas de acurácia, precisão, recall e F β -Score. A acurácia é a medida geral de desempenho do algoritmo, sendo a divisão dos acertos pela quantidade total de registros classificados. Precisão é a taxa de textos corretamente classificados como positivos de cada classe. Recall é a relação entre a quantidade de exemplos classificados corretamente como positivos e o número total de exemplos de cada classe. O F β -Score é a média harmônica entre precisão e recall. O resultado apresentado é a média ponderada dos resultados, considerando o peso de cada classe.

Tabela 3. Resultados obtidos com Naive Bayes

Simulação 1				Simulação 2				Simulação 3			
Matriz confusão				Matriz confusão				Matriz confusão			
	DI	DE	SE		DI	DE	SE		DI	DE	SE
DI	5	5	4	DI	.	7	1	DI	.	6	4
DE	4	33	4	DE	1	48	2	DE	.	45	.
SE	.	11	12	SE	1	11	7	SE	.	9	14
Acurácia: 64,10% Precisão: 63,06% Recall: 64,10% Fβ-Score: 62,81%				Acurácia: 70,51% Precisão: 64,60% Recall: 70,51% Fβ-Score: 65,41%				Acurácia: 75,64% Precisão: 66,20% Recall: 75,64% Fβ-Score: 69,59%			

Após treinamento e classificação do algoritmo Naive Bayes foram obtidos os resultados apresentados na tabela 3. As classes estão representadas por siglas, para melhorar a forma de visualização, sendo Decisão Interlocutória = DI, Despacho = DE e Sentença = SE.

6.4 Ajuste na seleção das palavras (aplicação de critérios de seleção)

Após a execução das simulações, foi levantada a hipótese de que o desequilíbrio entre a quantidade de registros para cada classe pudesse estar influenciando negativamente os resultados. No intuito de equilibrar a quantidade de características, visando melhorar os resultados obtidos, os modelos foram gerados novamente, agora com novos critérios de seleção das características para geração dos modelos. Em 2005, Doam e Horiguchi, haviam constatado em seu artigo que a aplicação de um ranking, considerando multicritérios de seleção, podem reduzir o número de termos e melhorar a performance do classificador.

Além dos tratamentos que já haviam sido executados na etapa de pré-processamento, foi levando em consideração a representatividade de cada palavra no total de palavras e a frequência da palavra em cada classe. O critério estipulado de forma arbitrária para o experimento foi de que para fazer parte das características do modelo a palavra deveria constar apenas em uma das classes. O resultado foi uma redução da matriz de palavras, conforme apresentado na tabela 4.

Tabela 4. Redução da matriz de palavras

Classe	Palavras antes da aplicação do critério de seleção	Palavras após da aplicação do critério de seleção
Decisão Interlocutória	396	4
Despacho	1198	6
Sentença	1297	103
Total	2891	113

Considerando a nova matriz de termos, os modelos foram gerados novamente, gerando os resultados apresentados na tabela 5.

Tabela 5. Resultados obtidos com Naive Bayes após aplicação de critérios de seleção

Simulação 1	Simulação 2	Simulação 3																																																
<p>Matriz confusão</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>DI</th> <th>DE</th> <th>SE</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <th>DI</th> <td>8</td> <td>6</td> <td>.</td> </tr> <tr> <th>DE</th> <td>.</td> <td>40</td> <td>1</td> </tr> <tr> <th>SE</th> <td>.</td> <td>5</td> <td>18</td> </tr> </tbody> </table> <p>Acurácia: 84,62% Precisão: 87,11% Recall: 84,62% Fβ-Score: 84,04%</p>		DI	DE	SE	DI	8	6	.	DE	.	40	1	SE	.	5	18	<p>Matriz confusão</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>DI</th> <th>DE</th> <th>SE</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <th>DI</th> <td>4</td> <td>4</td> <td>.</td> </tr> <tr> <th>DE</th> <td>1</td> <td>49</td> <td>1</td> </tr> <tr> <th>SE</th> <td>.</td> <td>7</td> <td>12</td> </tr> </tbody> </table> <p>Acurácia: 83,33% Precisão: 84,09% Recall: 83,33% Fβ-Score: 82,31%</p>		DI	DE	SE	DI	4	4	.	DE	1	49	1	SE	.	7	12	<p>Matriz confusão</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>DI</th> <th>DE</th> <th>SE</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <th>DI</th> <td>5</td> <td>5</td> <td>.</td> </tr> <tr> <th>DE</th> <td>.</td> <td>45</td> <td>.</td> </tr> <tr> <th>SE</th> <td>.</td> <td>6</td> <td>17</td> </tr> </tbody> </table> <p>Acurácia: 85,90% Precisão: 88,67% Recall: 85,90% Fβ-Score: 85,02%</p>		DI	DE	SE	DI	5	5	.	DE	.	45	.	SE	.	6	17
	DI	DE	SE																																															
DI	8	6	.																																															
DE	.	40	1																																															
SE	.	5	18																																															
	DI	DE	SE																																															
DI	4	4	.																																															
DE	1	49	1																																															
SE	.	7	12																																															
	DI	DE	SE																																															
DI	5	5	.																																															
DE	.	45	.																																															
SE	.	6	17																																															

7 ANÁLISE DOS RESULTADOS

A análise dos resultados foi feita com base em dois principais eixos: um comparativo entre os algoritmos e um comparativo antes e depois da aplicação do critério de seleção de características para geração dos modelos. Os resultados apresentados na tabela 6 são as médias aritméticas entre as iterações de cada caso.

Tabela 6. Resultados gerais

	Resultado antes da aplicação do critério de seleção	Resultados após a aplicação do critério de seleção
Acurácia	70,09%	84,62%
Precisão	64,62%	86,62%
Recall	70,09%	84,62%
Fβ-Score	65,94%	83,79%

Na comparação entre a aplicação do algoritmo, pôde-se registrar uma melhora significativa nos resultados, chegando o Naive Bayes a 84,62% de acurácia, ou seja, um resultado 20,73% melhor que o resultado obtido sem a aplicação dos critérios.

CONCLUSÃO

Com estes experimentos, concluímos que é possível criar classificadores com acurácia acima de 80% para pronunciamentos judiciais, identificando de forma automática, por meio do PLN, decisões interlocutórias, sentenças e despachos, tendo o algoritmo Naive Bayes demonstrado uma melhora significativa após a aplicação de critérios de seleção de características. Também é possível afirmar que o desequilíbrio entre a quantidade de classes na base de treinamento pode implicar em um viés nos resultados, sendo a aplicação de critérios para seleção de palavras, conforme demonstrado neste trabalho, uma alternativa para melhorar a acurácia dos algoritmos.

Uma hipótese com relação a essa melhora nos resultados após a aplicação de critérios de seleção, é o desequilíbrio entre a quantidade de registros de cada classe no corpus original, que é eliminada ao realizar-se a seleção. O teste desta hipótese pode ser objeto de estudo em trabalhos futuros.

REFERÊNCIAS

- ADEWOYIN, Oluwande; PADAYACHY, Thashen; SCHOLTZ, Brenda. Pilot Testing of an Information Extraction (IE) Prototype for Legal Research. **The African Journal of Information and Communication** 2020.25. 2020.
- ALETRAS, Nikolaos; TSARAPATSANIS, Dimitrios; PREOȚIUC-PIETRO, Daniel; LAMPOS, Vasileios. **Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective**. PeerJ. Computer Science 2. 2016.
- ALVES, Rodrigo Lucas da Silva Pereira da Gama. **O conteúdo do pronunciamento judicial como elemento de harmonia do sistema recursal brasileiro**. 2017. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- ANAND, Deepa; WAGH, Rupali; Effective Deep Learning Approaches for Summarization of Legal Texts. Journal of King Saud University. **Computer and Information Sciences**. 2019.
- ARAÚJO, Erik da Silva; SIMIONI, Rafael Larazzotto. A inteligência artificial e ponderação: o procedimentalismo de robert alexy na forma de algoritmo. In: **Arquivo Jurídico - Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí**, Volume 8, N1. 2021.
- DOAN, Son; Horiguchi, Susumu. An efficient feature selection using multi-criteria in text categorization for Naïve Bayes classifier”. In: **Fourth International Conference on Hybrid Intelligent Systems**. 2005.
- EL JELALI, Soufiane; FERSINI, Elisabetta; MESSINA, Enza. Legal Retrieval as Support to EMediation: Matching Disputant’s Case and Court Decisions. **Artificial Intelligence and Law** 23.1. 2015.
- FERNANDES, William Paulo Ducca; SILVA, Luiz José Schirmer; FRAJHOF, Isabella Zalcborg; DE ALMEIDA, Guilherme Da Franca Couto Fernandes; KONDER, Carlos Nelson; NASSER, Rafael Barbosa; DE CARVALHO, Gustavo Robichez; BARBOSA, Simone Diniz Junqueira; LOPES, Hélio Côrtes Vieira. Appellate Court Modifications Extraction for Portuguese. In: **Artificial Intelligence and Law**. 2019.
- GALGANI, Filippo; COMPTON, Paul; HOFFMAN, Achim. LEXA: Building Knowledge Bases for Automatic Legal Citation Classification. **Expert Systems with Applications** 42.17-18. 2015.
- HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Direito e Inteligência Artificial**. Coleção Inteligência Artificial e Jurisdição. Volume 2. DR.IA. Brasília, 2020.
- HUANG, Zihan; LOW, Charles; TENG, Mengqiu, ZHANG, Zhang; HO, Daniel E.; KRASS, Mark S.; GRABMAIR, Matthias. Context-Aware Legal Citation Recommendation Using Deep Learning. Association for Computing Machinery. 2021.

JI, Donghong; GAO, Jun; FEI, Hao; TENG, Chong; REN, Yafeng. **A Deep Neural Network Model for Speakers Coreference Resolution in Legal Texts**. Information Processing & Management. 2020.

JI, Donghong; TAO, Peng; FEI, Hao; REN, Yafeng. **An End-to-end Joint Model for Evidence Information Extraction from Court Record Document**. Information Processing & Management. 2020.

LAWLOR, Reed C. What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions. **American Bar Association Journal**, vol. 49, n. 4, april 1963, p. 337-344 (<https://www.jstor.org/stable/25722338>)

KATZ, Daniel Martin; BOMMARITO 2nd, Michael J.; BLACKMAN, Josh. **A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States**. PloS One. 2017.

LI, Jiamin; LIU, Xingbo; NIE, Xiushan; MA, Lele; LI, Peng; ZHANG, Kai; YIN, Yilong. Weighted-Attribute Triplet Hashing for Large-Scale Similar Judicial Case Matching. **Computational Intelligence and Neuroscience**. 2021.

MCROY, Susan. **Principles of Natural Language Processing**. 2021.

MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. sing Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights. **Artificial Intelligence and Law** 28.2. 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. A questão digital: o impacto da inteligência artificial no Direito. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 2, p. 1- 18, jul./dez. 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, Distrito Federal, v. 285, n. 43, p. 1-19, nov. 2018.

PETROVIC, Djordje; STANKOVIC, Milena. Use of Linguistic Forms Mining in the Link Analysis of Legal Documents. **Computer Science and Information Systems** 15.2. 2018.

POLO, Felipe Maia; CIOCHETTI, Itamar; BERTOLO, Emerson. Predicting legal proceedings status: approaches based on sequential text data. In: **Anais da the Eighteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law**. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 264–265. 2021.

RASCHKA, Sebastian. Naive Bayes and Text Classification I - Introduction and Theory. **ArXiv** abs/1410.5329. 2014.

SHULAYEVA, Olga; SIDDHARTHAN, Advait; WYNER, Adam. Recognizing Cited Facts and Principles in **Legal Judgements**. **Artificial Intelligence and Law** 25.1. 2017.

TRIAS, Fernando. **Temporal Social Network Analysis Using Harvard Caselaw Access Project**. 2021.

WAGH, Rupali; ANAND, Deepa; Legal Document Similarity: A Multi-criteria Decision-making Perspective. PeerJ. **Computer Science** 6. 2020.

XU, Jianfeng; SUN, Fuhui; CHEN, Qiwei; WANG, Yingfei; YU, Jia; LIU, Zhenyu. Uma nova estrutura de padrões e práticas inovadoras no projeto de engenharia do sistema de sistemas de quadra inteligente da China. **Estudo Estratégico da Academia Chinesa de Engenharia**, 2022, 24(4): 105\u20122012120 <https://doi.org/10.15302/J-SSCAE-2022.04.005>.

A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DO ART. 489, § 2º, DO CPC, E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DAS DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS

THE APPLYING THE WEIGHTING TECHNIQUE OF ART. 489, § 2, OF THE CPC, AND THE DUTY TO SUBSTANTIATE JUDICIAL DECISIONS IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE PLENARY OF THE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS (COURT OF JUSTICE OF TOCANTINS)

Francisco dos Santos Oliveira Soares

*Especialista pelo Centro Universitário UNIFTEC
Professor da Escola Superior da Polícia Civil do Tocantins
<http://lattes.cnpq.br/8206998135248795>*

Naima Worm

*Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie
Professora do Universidade Federal do Tocantins
<http://lattes.cnpq.br/739088896240163>*

Resumo: Este artigo analisa o problema da aplicação da técnica da ponderação à luz das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins a partir de normas, em especial a do art. 489 do CPC, que consolidam o dever de fundamentação das decisões judiciais. Para isso, foi examinada a dinâmica de interação entre regras e princípios, com ênfase aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Disso, entende-se que a carência de requisitos objetivos na ponderação de normas é algo que compromete a fundamentação das decisões judiciais e possibilita que ocorra manifestações em busca de satisfações pessoais. Nesse sentido, ao ocorrer colisão entre normas válidas, a solução deve utilizar instrumentos capazes de proporcionar controle interno e externo. Por isso, buscou-se no âmbito de abrangência desse estudo, averiguar se as decisões que trilharam esse caminho possuem ou não esses requisitos de validade, necessários para torná-las fundamentadas conforme exigido pela legislação. Dessa forma, a ponderação entre normas não pode

Abstract: This article analyzes the problem of applying the weighting technique in the light of the decisions of the Plenary of the Tribunal de Justiça do Tocantins (Court of Justice of Tocantins) based on norms, in particular that of art. 489 of the CPC, which consolidate the duty to substantiate judicial decisions. Thus, the dynamics of interaction between rules and principles was examined, with emphasis on the postulates of proportionality and reasonableness. From this, it is understood that the lack of objective requirements in the weighting of norms is something that compromises the reasoning of judicial decisions and allows manifestations to occur in search of personal satisfaction. Hence, when valid norms collide, the solution must use instruments capable of providing internal and external control. Therefore, within the scope of this study, it was sought to find out whether or not the decisions that follow this path have these validity requirements, necessary to make them substantiated as required by legislation. Thus, the balance between norms cannot provide margins

fornecer margens ao subjetivismo, o intérprete deve obrigatoriamente demonstrar de forma objetiva e clara os motivos que o levaram a escolher o direito sobrelevado.

Palavras-chave: Decisões. Fundamentação. Normas. Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins. Ponderação.

to subjectivism, the interpreter must demonstrate objectively and clearly the reasons that led him to choose the higher law.

Keywords: Decisions. Rationale. Norms. Plenary of the Tribunal de Justiça do Tocantins. Weighting.

Submetido em 6 de junho de 2023. Aprovado em novembro de 2023.

1 INTRODUÇÃO

A partir da atual Constituição Federal, foi dada grande relevância às figuras jurídicas abertas, com destaque especial para os princípios, considerados como pilares do sistema jurídico nacional.

Esse sistema imposto pela nova realidade constitucional, apresenta a grande vantagem de possuir normas que podem alcançar diversas situações distintas a partir da interpretação extraída. A inserção de instrumentos jurídicos que têm o objetivo de proporcionar a abertura do sistema tem causado intensas discussões em relação à distinção entre regras e princípios, o que resulta, conseqüentemente, nas argumentações quanto a possibilidade de maior ou menor espectro de incidência de determinado dispositivo.

Por outro lado, a mesma base que proporciona vantagens ao ordenamento jurídico mais suscetível de adaptação à realidade a alcançar, traz a desvantagem de fornecer ao intérprete possibilidades de manipulações capazes de direcionar um mesmo dispositivo na direção das regras ou dos princípios, variando de acordo com a conveniência do caso concreto.

A outra vertente também possível não é adequada à realidade atual, pois, ao alcançar-se o Estado de Direito, a sociedade supera o paradigma da cega observância às regras postas e busca um vetor axiológico de moral nas normas que regem as relações sociais.

Nesse sentido, a dogmática constitucional elegeu valores capazes de fornecer mecanismos jurídicos que superam a tradicional concepção de que as regras têm aplicação rígida, enquanto os princípios apenas servem para expressar valores. Antes disso, havia a peremptória afirmação da distinção entre regras e princípios. Àquelas, estavam para definições de deveres definitivos e ao entrar em conflito, uma deveria perecer. Já os princípios, estabeleciam normas preliminares, com capacidade de permanecer vívidos quando em conflito, ocorrendo apenas o robustecimento de um em face do outro, de acordo com o caso concreto, sem sofrer redução de seu conteúdo valorativo. Essa era uma das concepções possíveis que fundamentava a ideia de que para as regras haveria necessariamente apenas interpretação, enquanto para os princípios, a ponderação.

Essa diretriz orientava o intérprete quando da fundamentação das decisões judiciais. Porém, o ordenamento evoluiu e adquiriu dispositivos que conseguem transitar entre as duas extremidades, efervescendo a doutrina ao ponto de cindir opiniões quanto às categorias já consolidadas, alcançando a propositura de novas, a exemplo dos postulados normativos aplicativos (ÁVILA, 2021, p. 47).

É nesse cenário que cabe ao intérprete despir-se de seus desejos pessoais para encontrar alicerces na base nuclear das conexões valorativas do dispositivo as razões da fundamentação jurídica aplicada ao caso. O

fortalecimento dessa concepção fez com que o legislador buscasse afastar pseudo-argumentações ou aqueles tão frágeis que não possuem a solidez necessária para sustentar a decisão aplicada.

A mudança de paradigma espraiou-se em diversos diplomas normativos que têm a missão de extirpar do ordenamento decisões mal fundamentadas ou que apenas aparentam ter fundamentação¹. Nessa perspectiva, ainda no século passado, a Constituição Federal implantou essa semente ao estipular que o Poder Judiciário deveria fundamentar suas decisões, o que foi seguido pela legislação infraconstitucional posterior.

A questão a ser enfrentada na presente pesquisa tem razão na necessidade de fundamentação das decisões judiciais quando da aplicação da técnica da ponderação do art. 489, § 2º, CPC, que envolve normas colidentes (princípio e regras), sob o crivo dos parâmetros positivados no art. 489, I, § 1º, do mesmo diploma legal.

Dessa forma, utiliza-se nesta pesquisa uma abordagem qualitativa para investigação da utilização da supramencionada técnica, em que fora aplicada, implícita ou expressamente, nas decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, em processos selecionados entre os anos de 2019 e 2021. Foram realizadas, como substrato às fontes de abordagem e tratamento do objeto, pesquisas bibliográficas e exploratórias, e pesquisas explicativas quanto aos objetivos.

Para alcançar o desiderato, investiga-se primeiro a aplicação da técnica da ponderação quando da ocorrência de conflitos entre normas, sejam regras ou princípios. Em segundo lugar, será analisada a aplicação dessa técnica quando do dever de fundamentação das decisões judiciais. E, por fim, estudar-se-á o fenômeno jurídico no âmbito das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins, com a finalidade de averiguar se, ao ocorrê-lo, as decisões estão sendo devidamente fundamentadas.

2 CONFLITOS ENTRE NORMAS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

O dispositivo legal é o ponto de partida para se chegar à norma jurídica aplicada ao caso, porém, por dedução lógica, não se confunde com ele, em que, após sua elaboração, “a norma jurídica continua sua vida própria, numa integração entre fatos e valores” (DINIZ, 2009, p. 351). Dessa forma, o julgador parte daquilo posto pelo legislador, em exercício de interpretação, para alcançar a solução aplicável ao problema que lhe foi apresentado.

¹ À margem das discussões doutrinárias referentes às diferenças ou não quanto à fundamentação e motivação, esse trabalho não se propõe a adentrar nessa contenda, pois foge ao seu objetivo, sendo, portanto, empregado os dois termos sem distinção.

A norma que surge nesses termos é fruto do conjunto da atuação do legislador e do intérprete, com sua moldura estabelecida nas conexões semânticas e sintéticas do dispositivo e esculpida para se compatibilizar ao fato da vida real. Isso tem importância na medida em que é observada extensão limítrofe da interpretação. Se há margem para qualquer tipo de interpretação, o aplicador pode utilizar de subjetivismo extremo e autoritário, fazendo de suas vontades a solução única a ser aplicada. Por outro lado, se os limites são muito estreitos, a resolução pode resultar em situação de injustiça, que, em vias de fato, não se configurará em solução.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado) O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2021, p. 50).

Por isso, o ordenamento jurídico disponibiliza normas de diversas espécies, para que possibilite a aplicação ao nível individual em coerência ao sistema como um todo. Nesse sentido, é possível concluir que a norma não se confunde com o dispositivo, porém, é vinculada a ele à medida que finca os alicerces e estabelece a moldura para que o intérprete chegue à norma aplicável, como explica Humberto Ávila.

Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto (ÁVILA, 2021, p. 54).

A margem de amplitude quanto à possibilidade de interpretação dependerá da espécie normativa em questão. Mesmo partindo de vetores ligados à sintática e semântica do dispositivo, o intérprete poderá aplicar métodos diferentes de acordo com a natureza da norma jurídica, que, em linhas gerais, pode ser tida como regra ou princípio. Além disso, mesmo não sendo o

objetivo imediato aqui perseguido, é importante esclarecer que os postulados jurídicos são normas metódicas que orientam o intérprete quanto à aplicação de princípios e regras, conduzindo-o aos fundamentos da própria existência do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 62-63).

Nesse sentido, deduz-se que o intérprete poderá fazer uso das regras e princípios de acordo com o caso que pretende resolver. Quando estiver na presença de uma regra, a margem interpretativa é bem restrita, pois o próprio dispositivo já apresenta um delineamento abstrato da situação. Porém, encontrando-se frente a um princípio será necessário um exercício hermenêutico mais elaborado para obter a norma de incidência. É nesse momento que aflora a possibilidade de o exercício da subjetividade alcançar o autoritarismo. Para afastar tal possibilidade, a fundamentação deve encontrar respaldo em estruturas que fundam a própria essência da existência das normas jurídicas, como princípios gerais (em sentido amplo) a serem perseguidos quando da aplicação do direito, conferindo coerência e justificação ao ordenamento jurídico (DWORKIN, 2002, p. 66).

A distinção entre as espécies normativas não pode ser tida como algo apriorístico, mas surge no momento da incidência ao fato gerador. Assim, ao observar que há uma norma essencialmente descritiva, que reproduz abstratamente o fato e tem a pretensão de decidibilidade, tem-se que se trata de uma regra. Porém, de outro modo, se a norma tem a pretensão de estabelecer mecanismos para promoção de algo à frente de sua existência, em mandamento de otimização, que visam um fim, tratar-se-á de um princípio. Sobre o assunto, Robert Alexy aponta que existem diversos critérios para distinguir regras de princípios, mas destaque o seguinte como sendo o mais adequado:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (Grifo do autor. ALEXY, 2015, p. 90).

A distinção é importante porque ambas partem de pontos comuns para decisões individuais, sendo, portanto, a distinção estabelecida no plano lógico (NERY JR.; ABBOUD, 2017, p. 126). E isso terá especial relevância em caso de conflito de normas, pois, dependendo da espécie, os caminhos percorridos para a solução serão diferentes. Contudo, independentemente da situação, a aplicação do direito ao caso deve possuir um ideal de legitimação social, caso

contrário, incorre-se em violação aos fundamentos de existência das ciências jurídicas (CARLI, 2014, p. 19).

A organização do ordenamento jurídico escalona as estruturas normativas em planos dispostos vertical e horizontalmente, proporcionando harmonia no momento da aplicação de determinada norma. De forma geral, os princípios e as regras pertencerão a diversos planos, dependendo de onde e como foram postos no sistema. Porém, como qualquer análise comparativa, só é possível falar em nivelamento se existir a possibilidade de comparação entre as espécies. Assim, uma norma presente em um diploma normativo ordinário encontra-se em plano verticalmente inferior a outra presente no plano constitucional, por exemplo. Além disso, existem aquelas que estão sobrepostas e contém diretrizes a guiar o intérprete na busca pela interpretação face ao caso concreto.

Quando ocorre colisão entre essas espécies normativas deve-se averiguar em primeiro lugar o nível entre elas. Se estão em níveis diferentes, deve prevalecer aquela de maior hierarquia; porém, se estiverem no mesmo nível hierárquico, haverá a necessidade de fundamentar o afastamento de uma delas em critérios que promovam a integridade do sistema.

Há na doutrina divergência quanto à possibilidade de ponderação entre regras e princípios. Para alguns o afastamento de regras válidas quando em colisão com princípios caracteriza uma situação de derrotabilidade ou superabilidade, reservando a ponderação apenas para conflitos entre princípios (NOVELINO, 2020, p. 151). Outros consideram que as regras são essenciais para estabelecer mecanismos mais rígidos ao sistema e evitam práticas autoritárias dissimuladas em exercício interpretativo. Como estabelecem mandamentos comportamentais, as regras criam parâmetros de condutas que coordenam o sistema e impedem que sejam manipuladas em benefício de interesses individuais, tornam o afastamento de regra válida um fenômeno excepcional que deve ser subsidiado por requisitos muito mais rigorosos que os aplicados na colisão entre princípios, mas, nesse ínterim, aceita-se a utilização da ponderação entre regras (ÁVILA, 2021, p. 74).

A ponderação encontra sua razão de ser na busca pela solução juridicamente mais adequada quando ocorre a incidência de normas válidas e a necessidade de proeminência de uma delas. Como dito, pode ocorrer entre qualquer espécie normativa, porém, os critérios de afastamento serão tanto mais rígidos quando mais prescritiva for a norma aplicável. Isso decorre do fato de que o ordenamento apresenta dentro de um largo espectro de normas que variam desde o extremo da prescrição imediata de condutas àquelas que estabelecem um estado de coisa a ser alcançado (SOUZA NETO; SARMENTO, 2021, p. 513).

De tudo isso extrai-se que:

As normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica. Enunciam-se quatro razões para isto: (1) a vagueza da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma (ALEXY, 2020, p. 248).

A carência de parâmetros objetivos conduz ao decisionismo, circunstância que corrói o ordenamento e promove a elevação de decisões incongruentes para casos semelhantes. Para exemplificar, a situação de construção de moradia em área de preservação permanente – colisão entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental à preservação ambiental – foi julgado pelo TRF da 3ª Região no sentido de não agravar a situação ambiental que já estava consolidada (AC 0012717-93.2007.4.03.6106, de 31.05.2022). Já o TRF da 4ª Região julgou, em exercícios de ponderação, das duas formas, partindo de critérios como a hipossuficiência ou não da pessoa que exerce o direito à moradia, concluiu, em alguns casos, pesar pelo direito à preservação ambiental e, em outros, pela prevalência moradia (AC 5014076-20.2011.4.04.7200, de 17.10.2017 e AC 5016263-16.2014.4.04.7200, de 17.10.2017). De forma diversa, o TRF da 1ª Região julgou o conflito no sentido de demolir a residência que estava em área protegida e resguardar o direito à preservação ambiental (Ag 0036984-08.2006.4.01.0000, de 04.07.2011).

Por isso, o exercício de ponderação de normas deve ser pautado em critérios objetivos e claros, de forma a legitimar decisões judiciais que constituirão jurisprudência dentro do sistema jurídico que pretende consolidar precedentes. Para tanto, a fundamentação da decisão possui conotação de essencialidade e não pode ser considerada apenas mera formalidade. Fugir disso é distorcer a técnica que tem o propósito de integração e violar o dever de fundamentação, como explicam Georges Abboud e Júlio César Rossi.

A conclusão a que chegamos é a de que os esforços lançados por parcela da comunidade jurídica no sentido de efetivamente combater e controlar o arbítrio judicial, por meio da exigência de esmerada fundamentação das decisões judiciais, corre sérios riscos de não alterar o atual estado de coisas vivenciados no dia a dia, ou seja, a proliferação de decisões genéricas, desfundamentadas e desconcatenadas do caso concreto continuarão a serem proferidas, lastreadas tanto na jurisprudência defensiva criada pelos Tribunais Superiores, ao arrepio do artigo 489, § 1º, quanto ancoradas na inconstitucional ponderação (à brasileira) de normas previstas no artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil (ABBOUD; ROSSI, 2017, p. 110).

Apesar das críticas, o desenvolvimento da supracitada técnica pode ser de grande valia à integridade do ordenamento, porém, é preciso que haja meios de controle do subjetivismo exacerbado, obrigando o intérprete a seguir caminhos previamente traçados por requisitos objetivos no intuito de fundamentar a decisão. Não se trata de engessar, mas estabelecer mecanismos que garantam a segurança jurídica (REIS, 2010, p. 166).

Por outro lado, se bem aplicada, a teoria da ponderação, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio como técnica, promove o Estado Democrático de Direito à medida que possibilitará resultados mais claros e a eliminação de incertezas jurídicas, sobrepujando a harmonia (AUGSBERG, 2016, p. 23).

Como recurso a evitar distorções da ponderação, tem-se utilizado a proporcionalidade e a razoabilidade como vetores para que a fundamentação possa alcançar os princípios constitucionais fundamentais necessários a validá-la (GONÇALVES, p.39).

Entendidos em sentido amplo, a solução dada ao caso concreto, quando estruturada com base nesses princípios (postulados), mesmo não fazendo referência expressa, encontra respaldo de validade na constituição (STRECK, 2007, p. 378-379).

Segundo Humberto Ávila (2021, p. 190-191), a sistemática de validação da ponderação deve ser analisada nas fases de preparação, realização e reconstrução. Para isso, o julgador observará os fins a serem alcançados baseados em valores que florescem da concordância prática e da proibição de excesso.

No tocante ao princípio da proporcionalidade – a jurisprudência tem usado de forma indistinta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade –, pode-se considerá-lo, inclusive, como mandamento de otimização à promoção dos direitos fundamentais, ramificando-se em três subprincípios a serem observadas no processo de aplicação (GUERRA FILHO, 2016, p. 191-192).

Inclusive foi nesse sentido que Robert Alexy (2015) tratou do assunto ao discorrer sobre a escolha do objetivo e dos meios como forma de atingir os fins legitimamente protegidos, elegendo a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como forma de validação do sopesamento.

A adequação diz respeito ao meio utilizado para alcançar a finalidade pretendida, isto é, entre todos disponíveis, deve-se optar por aquele que melhor corresponda ao fim que se almeja alcançar. A necessidade obriga a escolha da melhor medida possível. Para isso, faz-se um juízo de valor entre as opções no sentido de obter a medida menos gravosa aos direitos fundamentais afetados. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito traz ínsito a obrigatoriedade de averiguar o nível de afetação do direito sacrificado, isto é, o bem jurídico

perseguido deverá valer, em juízo de custo e benefício, o sacrifício suportado quanto à análise de efeitos positivos e negativos sofridos pelos valores constitucionais em jogo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

Seguindo esse modelo, é possível chegar à conclusão se o uso da técnica da ponderação está em conformidade com o dever de fundamentação das decisões judiciais, pois, como já foi exposto, a jurisprudência tem tratado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como expressões sinônimas, apesar de que este tem mais relação com a harmonização do sistema. Mesmo assim, se a técnica da ponderação envolvendo qualquer modalidade de norma (regra ou princípio) é aplicada com fundamento nos pressupostos constitucionais e em observância às metanormas, é possível concluir que cumpre os requisitos necessários à fundamentação.

3 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O dever de fundamentação das decisões judiciais é, antes de mais nada, corolário da existência de um Estado Democrático de Direito. Desse postulado normativo, derivam diversas razões de ser para obrigar o Poder Judiciário a legitimar suas decisões (GRECO, 2015, p. 296). Não basta o argumento de autoridade, é essencial que toda manifestação seja devidamente construída sobre pilares sólidos e que possibilitem o controle social, em promoção a princípios constitucionais, como a segurança jurídica e o devido processo legal.

O juiz que relata com clareza os principais acontecimentos do processo e desenvolve fundamentos apoiados nesses elementos e nos preceitos ditados pelo direito, para afinal decidir de acordo com o raciocínio assim desenvolvido, está ao mesmo tempo dando demonstração de seriedade no exame da causa e favorecendo o exame crítico da própria sentença pelas partes e pelos tribunais. Como toda exigência formal com relação aos atos do Poder Público em geral, a imposição desses três requisitos estruturais da sentença constitui também um penhor de *segurança jurídica* inerente ao devido processo legal (Grifo do autor. DINAMARCO, 2019, p. 766).

O ordenamento impõe em diversos dispositivos estruturados vertical e horizontalmente o dever de motivar as decisões, como forma de reforçar a importância desse ato e desmotivar qualquer manobra em sentido contrário. No mais alto degrau normativo relacionado ao tema está o princípio da motivação das decisões, com assento no art. 93, IX, da CF/88, que apresenta o vetor básico a ser seguido no intuito de alcançar o fim desejado. Em virtude de sua envergadura, a norma constitucional atinge diretamente a esfera endoprocessual, mas irradia-se para além e tem efeitos gerais, pois a motivação “permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez

que permite o controle da decisão por toda a coletividade” (NEVES, 2019, p. 186).

Nesse aspecto, considerando a noção de postulado normativo, o Código de Processo Civil destacou normas gerais quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais, seguindo o preceito constitucional em obediência ao ordenamento organizado em nível hierarquizado. Endogenamente, o diploma processual consagrou expressamente os postulados normativos da razoabilidade e proporcionalidade (art. 8º), integridade e coerência (art. 926), e a ponderação (art. 489, § 2º).

Além disso, o CPC/2015 apresenta como regra específica à fundamentação das decisões o art. 489, em que discorre sobre os elementos essenciais e, de forma exemplificativa, apresenta critérios que ensejam uma decisão não fundamentada (SA, 2021, p. 788).

Fora da lei processual, o assunto ganhou relevante destaque com as modificações que consolidaram o Decreto-Lei nº 4.657/42 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). No que diz respeito ao tema, o art. 20 da LINDB prevê duas normas de incidência ao tema, o postulado normativo de observância das consequências práticas da decisão (*caput*) e a regra específica que impõe ao juiz a obrigatoriedade de motivá-las, norma constante no parágrafo único do artigo em questão (GONÇALVES, 2020, p. 91-92).

A fundamentação torna-se ainda mais relevante em um sistema em que ela própria se constitui em norma. É nesse mister que surgem as questões analisadas no corpo da motivação, que de acordo com sua essência, serão consideradas como *117bter dictum* e *ratio decidendi*. A partir dessa concepção, é possível se utilizar das técnicas do *distinguishing*, em caso de distinção quanto à norma extraída do precedente, quanto do *overruling*, quando ocorre uma superação no tocante aos motivos que resultaram na norma, como ensina Robert Alexy.

O uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente. “O direito do precedente é também um Direito de normas”. A questão é o que se deve considerar como norma, do ponto de vista do precedente. Com este propósito, construíram-se numerosas teorias para distinguir entre *ratio decidendi* e *117bter dictum*. A formulação limitada que aqui se segue permite, em lugar de entrar na discussão destas teorias, apontar unicamente dois fatores: a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling*. A técnica do *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético a este caso. Com isso, o precedente continua sendo respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente. No entanto, para esta análise, só interessa o seguinte: tanto o

distinguishing quanto o *overruling* devem ser fundamentados (ALEXY, 2020, p. 241).

O alicerce construído pela fundamentação possibilitará a aplicação de técnicas que buscam controlar a legitimidade dos atos do Poder Judiciário. A ausência de critérios quanto a utilização de uma teoria, isto é, utilizar com fundamento qualquer motivo, em conceitos jurídicos indeterminados ou qualquer outro artifício sem demonstrar sua relação direta com o caso ou a questão decidida é violar o preceito normativo imposto pela lei processual. Um exemplo disso foi a aplicação da técnica da derrotabilidade das regras (*defeasibility*) pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que a utilizou de forma desvirtuada como controle de constitucionalidade (FONTELES, 2019, p. 116-118).

Por isso, o uso de técnicas incorporadas ao ordenamento no plano legislativo deve ser ainda mais criterioso, pois pode abrir margem para o decisionismo judicial. A outra vertente é engessar o sistema de tal maneira que inviabilize a promoção dos fins almejados pelo próprio direito (BREYNER, 2021, p. 113).

Ao incorporar a técnica da ponderação no art. 489, § 2º, do CPC, o legislador antecipou, com já foi exposto, uma série de prerrogativas necessárias para que a decisão judicial possa adquira validade, bem como demonstrou, de forma exemplificativa, algumas situações em que ela não é considerada fundamentada. Além disso, para alcançar o *status* almejado, a decisão deve guardar estrita observância dos valores constitucionais e, como consequência direta disso, guiar-se aos fins pretendidos pelas diretrizes do ordenamento.

As situações mais comuns de aplicação da técnica da ponderação estão voltadas para a colisão entre normas-princípios, porém, em alguns casos excepcionais, poderá envolver normas-regras. Como já foi exposto, quanto maior o mandamento de definição de uma norma, mais exigente será o critério de fundamentação a ser aplicado.

Cumpra apenas frisar que o legislador teve a cautela de se referir a ponderação “entre normas”, ao invés de ponderação “entre princípios”, com o objetivo de englobar também a ponderação entre regras e princípios. Trata-se de hipótese excepcionalíssima, aceita nas raríssimas ocasiões e quem, concomitantemente, (i) a aplicação da regra deixa de atender a finalidade pretendida pelo legislador e (ii) a prevalência do princípio não gera *absolutamente nenhuma* segurança jurídica. As razões apresentadas para a superação da regra devem ser universais e passíveis de serem seguidas em todo caso análogo (v. 11.5, acima). E em nenhuma hipótese a superação de uma regra pode servir como instrumento da realização do senso de justiça pessoal do julgador, em detrimento da justiça institucional erigida democraticamente pelo povo e para o povo (LUCCA, 2019, p. 242).

Uma das maneiras de solucionar esse problema é averiguar se houve observância quanto à aplicação dos postulados da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. Para isso, o intérprete poderá realizar atividades em momentos antecedentes, concomitantes e subsequentes à aplicação da técnica do art. 489, § 2º, do CPC. No primeiro momento, ocorrerá o agrupamento de todas as normas conflitantes que incidem sobre o caso, o que deve ser feito, inclusive, com a participação das partes, mandamento do princípio da cooperação. Em seguida, serão analisadas todas as circunstâncias que resultam em maior ou menor grau em efeitos favoráveis e desfavoráveis. E, por fim, a repercussão da decisão quanto aos demais casos semelhantes e sua harmonia em relação à estrutura valorativa do ordenamento jurídico. Esse conjunto de decisões pode ser utilizado em seu conteúdo e bem orientar a aplicação da técnica quanto aos instrumentos metodológicos aplicados, como explica Ana Paula de Barcellos.

Da mesma forma, a observação e a contínua experiência com a interpretação e aplicação desses dispositivos produz uma espécie de banco de dados formado por situações típicas e elementos de fato relevantes, em função dos quais é possível, mesmo em tese, isto é, independentemente de um caso concreto específico, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor parâmetros (BARCELLOS, 2005, p.149).

Portanto, a fundamentação da decisão quando ocorrer a aplicação da técnica da ponderação, além de ser um requisito de validade, é extremamente valiosa para consolidar a norma do art. 489, § 2º, do CPC. Isso induz à necessidade de constante observação à prática, pois, do contrário, a própria integridade do ordenamento estará comprometida.

5 A APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NAS DECISÕES DO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS

A utilização prática da técnica da ponderação foi averiguada no âmbito das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Para isso, realizou-se uma pesquisa inicial no sítio eletrônico do Tribunal, na aba “pesquisa jurisprudência” utilizando as palavras chaves “ponderação”, “489, § 2º”, “colisão de normas”, “proporcionalidade” e “razoabilidade”, com recorte temporal aos anos de 2019 a 2021. À medida que surgiam os resultados, foram sendo selecionados aqueles que, de forma expressa ou não, demonstravam ter sido utilizada a técnica da ponderação.

Quanto ao período escolhido, constatou-se que, por se tratar de técnica que busca solucionar problemas de conflitos de normas válidas, não tem seu

fundamento na quantidade de casos – é de pouca incidência –, mas sim na repercussão que isso resulta para o sistema como um todo. Além disso, o sistema de busca de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal possui limitações que inviabilizam a pesquisa em lapsos temporais mais remotos. Dessa forma, priorizou-se as decisões mais recentes.

A análise dos julgados tem relevância na busca por padrões decisórios, pois, a ausência de critérios na aplicação da técnica conduz a atuação jurisdicional, quando da resolução de conflitos de normas válidas, a modelo estocástico¹, em que cada decisão utilizará aleatoriamente as motivações que entender adequadas.

Por tudo isso, em decorrência da envergadura do órgão escolhido, cada decisão, seja monocrática ou acórdão, tem reflexos significativos na formação da jurisprudência local.

Quanto aos termos da pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Tocantins, optou-se pela diversidade – e não apenas pelo uso da palavra *ponderação* – pois, observou-se a polissemia no emprego das palavras e expressões e isso decorre da própria essência da variedade conceitual dos valores linguísticos assumidos no processo de linguagem (SAUSSURE, 2006, p. 89-93).

Para exemplificar, o próprio termo “ponderação” pode ter significados diversos, em que pode ser utilizado como “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses (ÁVILA, 2021, p. 188).

Dessa forma, a pesquisa inicial foi realizada, conforme metodologia exposta, a partir dos termos indicados acima, em que se obteve vinte e dois resultados para o termo “ponderação”, cinco para “colisão de normas”, quarenta e cinco para “proporcionalidade”, sessenta para “razoabilidade” e nenhum resultado para “489, § 2º”.

Após análise e separação dos julgados encontrados conforme resultado da pesquisa, foram selecionados e agrupados os que, de forma direta ou indireta, têm relação com a técnica da ponderação, os quais constituem objeto de estudo quanto à aplicação da técnica e o dever de motivação das decisões judiciais, enquanto os demais foram excluídos. Disso, resta esclarecer que não será discutido o mérito da decisão, mas apenas se preenche os requisitos necessários e suficientes para ser considerada fundamentada.

Após a averiguação do conteúdo da decisão, foi realizada a separação em blocos, que resultaram da escolha seguida pelo intérprete quanto da fundamentação. Disso, resultou em conjuntos de julgados que tinham como objeto conflitos normativos diversos, mas que apresentavam a mesma essência quanto à motivação.

¹ Aqueles que ocorrem de forma aleatória, sem padrão básico de repetição.

Nessa toada, nos casos de obrigação de fazer, onde se exige o direito à saúde, a questão é colocada ao crivo do judiciário, que parte do pressuposto do não cabimento da alegação de separação dos poderes nas ingerências em políticas públicas. Nesse aspecto, o intérprete desconsiderou, preliminarmente, a opção política orçamentária para determinar o remanejamento de verba no sentido de atender o direito fundamental pleiteado. Esse foi o caminho seguido nos processos Apelação Cível nº 0001931-88.2021.8.27.2713/TO, de 09.03.2022, Apelação em Remessa Necessária nº 0019189-63.2021.8.27.2729/TO, de 11.05.2022, Apelação em Remessa Necessária nº 0053819-19.2019.8.27.2729/TO, de 09.02.2022, Remessa Necessária cível nº 0014642-83.2020.8.27.2706/TO, de 23.06.2021, Apelação Cível nº 0016816-51.2019.8.27.2722/TO, de 10.02.2021, e em outros que seguem a mesma linha de raciocínio, nos quais o Tribunal entende que “[n]ão há que se falar em lesão ao princípio da separação dos poderes, já que o Poder Judiciário limitou-se a dar aplicabilidade à norma constitucional que garante o acesso universal aos serviços de saúde a todo e qualquer cidadão que dele necessitar”, como consta no acórdão da Apelação Cível nº 0009667-56.2019.8.27.2737/TO, de 30.09.2020.

No Mandado de Segurança Cível nº 0003813-27.2021.8.27.2700/TO, que tratava de ação movida com intuito de garantir o direito ao fornecimento de medicamento de elevado valor, na mesma toada dos citados acima, o Des. Relator considerou entre os fundamentos da decisão, no voto do acórdão, trecho repetido na ementa, que:

Por ser a saúde um direito subjetivo assim reconhecido pela ordem jurídica brasileira, havendo omissão dos entes estatais na sua prestação, quem dela necessitar poderá acionar o Judiciário exigindo a sua efetivação, não havendo se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, seja porque tal princípio, em ponderação, não deve sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso, XXXV, da CF) (TJTO, Mandado de Segurança Cível n. 0003813-27.2021.8.27.2700/TO, Rel. Des. Adolfo Amaro Mendes. J. 17.02.2022).

A ponderação utilizada para afastar o princípio da separação dos poderes em elevação ao princípio da dignidade da pessoa humana foi realizada pela simples alegação de que um se sobrepõe ao outro, isto é, limitou-se à consideração genérica de que as normas em questão são preliminarmente sopesadas, afastando, assim, a vinculação ao caso concreto e desconsiderando, de antemão, a escolha política de investimento público. É, inclusive, essa a maior crítica doutrinária quanto à utilização da técnica, pois, da forma exposta, é aplicável indistintamente a qualquer situação.

Por outro caminho, o Tribunal utilizou a técnica da ponderação ao julgar caso envolvendo a colisão de normas quanto ao direito à impenhorabilidade da remuneração (art. 833, IV, CPC) em conflito à satisfação executiva (art. 139, IV, CPC), resultante de ação que buscava a indenização em virtude de dano patrimonial¹ (art. 927, CC), e, ao constatar a incidência de duas normas válidas, não sendo possível solucionar a questão a partir da aplicação das regras de conflito aparente, buscou-se aplicar a norma do art. 489, §2º, do CPC (TJTO, 1ª Câmara Cível, Ag n. 0000911-24.2019.827.0000/TO, Rel. Des. Maysa Vendramini Rosal. J. 16.04.2019).

A Relatora buscou utilizar-se da proporcionalidade, de forma implícita, ao dispor que a tentativa de penhora de outros bens foi infrutífera (subprincípio da adequação) e o desconto de parcela de remuneração era medida que satisfazia a pretensão do autor sem causar danos insuportáveis à parte contrária (subprincípio da necessidade).

Porém, apesar das alegações elencadas no voto vencedor, o entendimento não foi unânime. No voto-vista, a Des. Etelvina Maria Sampaio Felipe, defendeu que a penhora só poderá incidir sobre a remuneração para satisfazer crédito resultante de prestação alimentícia, fora da hipótese do art. 833, §2º, do CPC, fundamentando que é tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destaca-se uma passagem do voto vencedor, em que houve citação expressa da ponderação em trecho de jurisprudência do STJ, processo iniciado na vigência do CPC/73, que não fazia nenhuma menção à técnica. Mesmo assim, o caso foi julgado na Corte Superior quando da vigência da atual norma processualista e a Min. Nancy Andrighi enfatizou a importância da não generalização, afirmando que a ponderação deveria ser aplicada a partir da análise circunstancial de cada caso.

No agravo de instrumento sob análise, foi constatado que a aplicação da técnica art. 489, §2º, do CPC, não ocorreu de forma adequada. Apesar da tentativa de aplicação do postulado da proporcionalidade, a fundamentação foi insuficiente, pois não demonstrou categoricamente a adequação e necessidade da medida, além de ter ignorado a proporcionalidade em sentido estrito, pois, em nenhum momento, realizou um juízo quanto ao grau de afetação real do bem jurídico afastado em prol daquele tutelado, isto é, faltou a análise comparativa entre os custos e benefícios – efeitos positivos e negativos – da medida adotada.

Da mesma forma, o Tribunal utilizou a ponderação envolvendo o direito à satisfação executiva quando colidente com o direito à impenhorabilidade da remuneração no Ag n. 0000386-22.2021.8.27.2700/TO,

¹ A ação tinha como objeto indenização por danos materiais e morais, porém, a sentença que deu origem ao agravo de instrumento analisado foi parcialmente procedente, conferindo ao autor a tutela referente apenas aos danos patrimoniais.

de 07.09.2021, no Ag n. 0013081-42.2020.8.27.2700/TO, de 10.03.2021, no Ag n. 0017624-74.2019.8.27.0000/TO, de 15.04.2020, no Ag n. 0005322-27.2020.8.27.2700/TO, de 25.06.2020, no Ag n. 0012719-06.2021.8.27.2700/TO, de 01.12.2021, e Ag. N. 0006982-56.2020.8.27.2700/TO, de 18.08.2020. Em todos esses casos a ponderação de normas foi realizada de forma ampla e sem a devida aplicação ao caso concreto, servindo de fundamento genérico da decisão, quando seria adequado seguir o caminho da preparação, realização e reconstrução da técnica, com a finalidade de averiguar qual direito atenderia melhor o postulado normativo da proporcionalidade.

Importa destacar que em alguns casos a aplicação da norma é patente, o que afasta de imediato a discussão quanto a validade da norma aparentemente em conflito. A exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Tocantins afastou a decisão de primeiro grau que mitigava a impenhorabilidade da remuneração em prol da efetividade da prestação jurisdicional em evidente violação ao princípio da proporcionalidade, pois, impôs desconto em remuneração que constituía pouco mais de três salários mínimos, fato a justificar a fundamentação que “referida regra de impenhorabilidade não é absoluta, contudo, é vedada sua mitigação quando a mesma possa representar risco de lesão à subsistência do executado e de sua família.” (TJTO, Ag n. 0003809-24.2020.8.27.2700/TO, Rel. Des. Jacqueline Adorno de La Cruz Barbosa. J. 21.02.2020).

Nesse caso, não houve conflito normativo, pois, a norma incide plenamente na situação analisada. Essa linha de interpretação foi seguida nos julgados Ag n. 0003546-89.2020.8.27.2700/TO, de 09.06.2021, Ag n. 0002027-45.2021.8.27.2700/TO, de 09.06.2021, 0028898-35.2019.8.27.0000/TO, de 14.04.2020, Ag n. 0007126-30.2020.8.27.2700/TO, de 26.08.2020.

Quando se trata de matéria criminal, a discussão quanto à ponderação alcança outros contornos¹. O fato é interessante porque, com o advento do pacote anticrime instituído pela Lei 13.964/2019, ocorreu mudanças substanciais no art. 315 do CPP, trazendo expressamente que a decisão judicial que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada, inclusive com repetição, no § 2º do supracitado artigo, das normas do art. 489, § 1º, do CPC. Contudo, apesar de o dispositivo estar voltado para as prisões preventivas, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, conforme o comando constitucional e à garantida da própria jurisdição (LIMA, 2020, p. 1092).

Ao julgar a petição criminal abaixo exposta, chegou-se à conclusão que a melhor técnica para solucionar a questão era a aplicação da ponderação. Nesse

¹ A natureza da decisão não influenciará de forma preponderante no que tange à aplicação da ponderação, pois, apesar de positivada no ordenamento dentro do diploma processual civil, seguindo pela linha da Teoria Geral do Processo, e, principalmente, pela envergadura constitucional dos postulados normativos utilizados como vetores de interpretação, é possível utilizar a ponderação em qualquer tipo de processo.

caso, apesar de não haver muita profundidade nas bases que servem de motivação da decisão, observou-se maior preocupação na aplicação da técnica, como visto no trecho abaixo, no qual o relator asseverou que:

No juízo de ponderação, exige-se que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema (Adequação – Geeignetheit), que não haja outro meio menos danoso e igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendido (Necessidade – Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) e que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução (Proporcionalidade em Sentido Estrito – Stimmigkeitskontrolle).

Entendo que a medida é devidamente adequada, uma vez que esta é perfeitamente útil para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Também é necessária, por ser, dentro dos limites do caso concreto, a forma menos gravosa para garantir o resultado almejado, não havendo outra medida com igual eficácia (TJTO, Petição Criminal n. 0022506-79.2019.827.0000, Rel. Des. Eurípedes Lamounier. J. 25.11.2019).

Esse mesmo modelo de fundamentação foi repetido nos julgados HC n. 0031564-54.2019.827.9200/TO, de 13.12.2019, HC nº 0006083-58.2020.8.27.2700/TO, de 09.06.2020 e Ag nº 0005609-87.2020.8.27.2700/TO, de 02.09.2020, isto é, a proporcionalidade foi aplicada e invocadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito como motivação da decisão.

Assim, mesmo fazendo uso do postulado da proporcionalidade, a técnica da ponderação foi aplicada com fundamentos genéricos, deixando de lado a preparação, realização e reconstrução da ponderação. A simples menção à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não é capaz de constituir alicerce à decisão. O que se exige é que o intérprete adentre em cada um desses pontos e demonstre a compatibilidade fática que permite afastar essa ou aquela norma, pois “a interpretação nunca está ligada à vontade única do intérprete, mesmo se fosse ele o titular de um poder supremo” (GROSSI, 2021, p. 9).

Na seara criminal, a motivação pode ser mitigada, pois, a própria doutrina sustenta que, em relação à pena, sendo essa fixada no mínimo, a carência de motivação não resultará em nulidade, pois não haverá prejuízo. Porém, mesmo assim, ao utilizar o princípio da proporcionalidade, que tem vasta aplicação ao sistema processual como um todo, o intérprete deve observar a adequação entre os meios e fins, de modo a explicitar no caso concreto os motivos que o levaram ao caminho percorrido (DINARMCO, BADARÓ, LOPES, 2020, p. 102 – 107).

Dessa forma, os fundamentos da decisão não podem se resumir às alegações que decorrem da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito sem estabelecer um vínculo com a situação fática, pois, não basta o simulacro de fundamentação, “não é qualquer palavreado do julgador que se pode ter, para o Código, como fundamento da decisão judicial. A sentença só será havida como fundamentada quando sua motivação se apresentar como *adequada* lógica e juridicamente” (Grifo do autor. THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 1332).

Por tudo isso, dentre os julgados analisados, dos quais se extrai que foi utilizada a técnica da ponderação de normas, observou-se a insuficiência de elementos capazes de tornar essas decisões fundamentadas de acordo com o que determina a lei processual.

A ponderação de normas (regras e princípios) foi criada para solucionar um problema jurídico que emergiu com o pós-positivismo, buscando estabelecer alicerces seguros para que o intérprete possa fornecer ao caso concreto uma solução adequada sem incorrer em autoritarismo e, também, criar mecanismos de controle endo e extraprocessual. Contudo, se utilizada de forma inadequada, a técnica pode servir apenas de engodo aos ditames pessoais.

Assim, a partir de um juízo indutivo, pode-se dizer que a utilização da ponderação de normas no âmbito no Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins, seguindo a diretriz do art. 489, §2º, do CPC, não está ocorrendo de forma a proporcionar a segurança jurídica e o Estado de Direito, isto é, apesar de nítida percepção de esforços na construção de bases para aplicá-la, a exemplo do que foi observado com o postulado da proporcionalidade, ainda carecem de mecanismos objetivos que possam de fato estabelecer a dissociação da matriz jurídica aplicada em cada situação concreta, de forma a legitimá-la.

Como visto, as decisões buscam fundamentos nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como sopesam normas e elegem princípios como de maior relevância. Tudo isso segue as diretrizes básicas da ponderação, porém, a falta de individualização exigida para superação dos requisitos mínimos da técnica, afastam as fundamentações judiciais analisadas do que é estipulado pelo ordenamento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, ao florescer da aurora jurídica dos novos tempos, festejamos, no ordenamento brasileiro, a proeminência dos princípios em meio ao sistema outrora hermético da *civil law*.

Porém, na mesma intensidade que chegam os benefícios da abertura do sistema proporcionada pelo *status* de normatização dos princípios, a amplitude do alcance dessas normas pode resultar em problemas de segurança jurídica e afetar as bases do ordenamento.

A existência do Estado de Direito e a ideia de jurisdição pressupõe a integralidade e confiança no sistema jurídico, que, por sua vez, deriva da consolidação social das normas, dentro da concepção genérica que engloba princípios e regras, constituindo, assim, o vetor básico para fazer valer a própria constituição da sociedade organizada.

Esse ciclo deve ser contínuo e íntegro, pois, ao sofrer rupturas em sua formação, sofrerá dissonâncias que podem desestabilizar os mecanismos constitutivos da sociedade e ensejar na falência das instituições.

É essa integração entre normas com espectro variado de abertura que estabilizam o sistema jurídico a ponto de poder corresponder às expectativas sociais. Porém, para situações de conflito, o legislador positivou a técnica da ponderação, que já era defendida pela doutrina e utilizada pela jurisprudência.

Assim, o Poder Judiciário passou a utilizar a mencionada técnica, desde a vigência da atual legislação processual civil, nos moldes estabelecido no art. 489, §2º, do CPC. É desse artigo que se extrai a obrigação de fundamentação das decisões judiciais, em consonância com a norma dos art. 93, IX, da CF/88 e art. 20 da LINDB.

A análise da utilização dessa técnica no âmbito das decisões do Pleno do Tribunal de Justiça do Tocantins, demonstrou que não há uniformidade dos alicerces que resultam na motivação dessas decisões.

Como foi exposto ao longo desse trabalho, uma das formas de corrigir os problemas relacionados quanto à ponderação é a aplicação de princípios constitucionais densificados ao caso concreto, a exemplo da proporcionalidade e da razoabilidade.

Observou-se que nas decisões analisadas ocorreu apenas a genérica menção a postulados normativos, sem que houvesse uma demonstração efetiva com a situação concreta, ensejando apenas a utilização do argumento de autoridade de que um direito tem mais importância que outro.

A ponderação entre normas não pode ser resumida à alegação de que no caso concreto é proporcional e razoável aquela ou esta decisão. É crucial que a fundamentação considere a situação fática e todas as consequências jurídicas que conduzem ao fim pretendido, esse, inclusive, é o espírito que deve conduzir o intérprete no sopesamento entre razões e contrarrazões.

No caso específico das decisões analisadas, mesmo constatando que em algumas delas foi utilizado expressamente como fundamento o postulado da proporcionalidade, inclusive com menção à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a decisão não preenchia os requisitos necessários para ser considerada fundamentada, pois, não havia a compatibilização dos argumentos elencados com a situação fática posta.

É nesse sentido que se afirma a importância acerca das discussões em relação aos requisitos necessários à validade da aplicação da técnica da ponderação. É um mecanismo poderoso à disposição do intérprete, pois

possibilita grande possibilidade de interpretação em situações difíceis, porém, sem balizas e requisitos objetivos que permitam o controle da atuação jurisdicional, pode resultar em autoritarismo, passando de eficaz remédio à veneno mortal.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. **Revista de Processo**. vol. 269, p. 109 – 138, jun. 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como fundamentação jurídica. 5 ed., Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. téc. e apresentação Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed., 4 tir., Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. Col. Teoria & Direito Público.
- AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes: a teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. Trad. Pedro Henrique Ribeiro. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). CAMPOS, Ricardo (Org. Trad.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. 19-35 p.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Agravo de instrumento n. 0000911-24.2019.827.0000/TO**, Rel. Des. Maysa Vendramini Rosal. J. 16.04.2019).
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Agravo de instrumento nº 0003809-24.2020.8.27.2700/TO**, Rel. Des. Jacqueline Adorno de La Cruz Barbosa. J. 24.06.2020).
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Mandado de Segurança Cível n. 0003813-27.2021.8.27.2700/TO**, Rel. Des. Adolfo Amaro Mendes. J. 17.02.2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Petição Criminal n. 0022506-79.2019.827.0000**, Rel. Des. Eurípedes Lamounier. J. 25.11.2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0036984-08.2006.4.01.0000**, Quinta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian. Dje. 04.07.2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível n. 0012717-93.2007.4.03.6106/SP**, 6ª Turma, Rel. Min. Luís Antônio Johansom Di Salvo. Dje. 31.05.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5014076-20.2011.4.04.7200**, Terceira Turma, Rel. Min.ª Marga Inge Barth Tessler. Dje. 17.10.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5016263-16.2014.4.04.7200**, Terceira Turma, Rel. Min.ª Marga Inge Barth Tessler. Dje. 17.10.2017.

BREYNER, Frederico Menezes. Confiar e interpretar: a manutenção das expectativas normativas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. vol. 13, n. 1, p. 110 – 122, jan./abr. 2021.

CARLI, Vilma Maria Inocência. **Teoria do direito: um conceito em evolução**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. v. III.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 1, parte geral**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II.

GROSSI, Paolo. Da interpretação como invenção: a redescoberta pósmoderna do papel inventivo da interpretação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. vol. 13, n. 1, p. 02 – 10, jan./abr. 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais. In: MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de (Org.). **Hermenêutica constitucional: desafios para uma interpretação efetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 173-199 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Único v.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019 (Coleção Eduardo Espíndola, Org. Fredie Didier Jr.)

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. A segurança jurídica nos tempos do neoconstitucionalismo. In: AZAR FILHO, Celso Martins; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da (Org.). **Direito constitucional no terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010. 155-185 p.

SA, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. BALLY, Charles; SECHEHAYE Albert (Org.), RIEDLINGER, Albert (Colb.). Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed., 7. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Doglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Org.). **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2007. 327-398 p. (Coleção Direito, Política e Cidadania).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Volume I.

ABRIR CAMINHOS PARA UM PENSAMENTO RADICAL

PAVING THE WAY FOR RADICAL THINKING

Fransuelen Geremia Silva

*Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/6351562217259198>*

Resumo: Este ensaio discute a relação entre método e pesquisa no contexto de uma sociedade fluida, contextual e contingente, a partir da desconstrução de Jacques Derrida e da filosofia radical de Andityas Matos (2015). Questiona-se a aplicação de métodos universais na compreensão da realidade social, argumentando que pesquisas baseadas em conclusões fixas e replicáveis não podem capturar a pluralidade e a fluidez social. Destaca-se a dificuldade dos métodos de pesquisa tradicionais em lidar com novas formas de atuação, como a singularidade, a diferença e a utopia proposta pela filosofia radical. Nesse sentido, propõe-se uma abordagem radical que questiona os métodos estabelecidos e sugere-se o pluralismo metodológico como alternativa. Acredita-se que uma *escritura na-árquica* seja uma das estratégias para desafiar as normas acadêmicas e abrir espaço para diferenças e potencialidades utópicas. O objetivo é promover um pensamento não convencional e uma produção de conhecimento que abranja a singularidade, a fluidez e a contingência.

Palavras-chave: método; pesquisa; desconstrução; pluralismo metodológico, *escritura na-árquica*

Abstract: This essay discusses the relationship between method and research in the context of a fluid, contextual and contingent society, based on the deconstruction of Jacques Derrida and the radical philosophy of Andityas Matos (2015). It questions the application of universal methods in the understanding of social reality, arguing that research based on fixed and replicable conclusions cannot capture plurality and social fluidity. The difficulty of traditional research methods in dealing with new forms of action, such as singularity, difference and the utopia proposed by radical philosophy, is highlighted. In this sense, a radical approach is proposed that questions the established methods and suggests methodological pluralism as an alternative. It is believed that a writing in the archic is one of the strategies to challenge academic norms and make room for utopian differences and potentialities. The goal is to promote unconventional thinking and knowledge production that encompasses uniqueness, fluidity, and contingency.

Keywords: method; research; deconstruction; Methodological pluralism, inarchic writing

Submetido em 30 de julho de 2023. Aprovado em novembro de 2023.

1 É URGENTE (DES)FUNDAMENTAR O MUNDO

Em meio a um mundo cada vez mais opressor que busca ditar como devemos agir em nome de certos fundamentos, parece que estamos caminhando em direção à necessidade de um pensamento do tempo presente que visa não apenas analisar-lo, mas transformá-lo a partir de um processo de (des)fundamentação. Essa parece ser uma das apostas que alguns “pós-estruturalistas” têm feito. Apesar de ser problemático usar o termo “pós-estruturalismo”¹, é possível observar, para fins didáticos, um conjunto de escritos, cada qual ao seu modo, rejeitando as tendências universalistas, estruturais e racionalistas da filosofia moderna, ou procurando distanciar-se dessas concepções para destituir as raízes de seus fundamentos, como observado por Koch:

Inspirado por Nietzsche e pela filosofia linguística, o movimento do pós-estruturalismo no final do século XX continua a desafiar a epistemologia do Iluminismo. As obras de Jacques Derrida, Michel Foucault e Jean-François Lyotard, como três dos membros mais notáveis do movimento pós-estruturalista, todas indicam uma ruptura com o que eles percebem como uma epistemologia baseada em ideias fixas. Esses autores e outros pós-estruturalistas refletem uma mudança longe do caráter ontológico do discurso humano que dominou os séculos XVIII e XIX (KOCH, 2011, p. 30, *tradução minha*).²

Os “pós-estruturalistas” propõem modos de pensar que, ao atacarem esses pressupostos e um sistema fechado de entendimento, buscam estabelecer um pensamento de singularidade, da diferença e da contingência para entender o mundo que nos cerca, seja pelo viés da ciência, da economia, da cultura e da política. Nesse sentido, a visão linear do conhecimento é substituída por uma pluralidade de *epistemes* que variam de acordo com seus contextos, seus modos de apreensão e elaboração a partir das práticas de poder envolvidas. Podemos dizer, portanto, que são pensamentos que propõem um modo elaborar

¹ Devemos questionar o que significa esse “pós”, afinal, o uso da palavra “pós” implica uma noção linear e progressiva de tempo, sugerindo que algo vem depois de outra coisa em uma ordem cronológica, o que não condiz com os autores normalmente citados como pós-estruturalistas. Jacques Derrida, por exemplo, argumenta que a noção de “pós” pode reforçar e perpetuar hierarquias e dualismos, dividindo o mundo em categorias binárias como superior/inferior, antigo/novo, passado/futuro. Além disso, os nomeados “pós-estruturalistas” criticam a tendência de generalizar e classificar todos os autores e autoras dentro de uma mesma classificação. Eles enfatizam a importância de reconhecer a diversidade de perspectivas e vozes individuais, e resistem à simplificação e à categorização excessiva.

² Inspired by Nietzsche and linguistic philosophy, the movement of post- structuralism in the late twentieth century continues to challenge the Enlightenment epistemology. The works of Jacques Derrida, Michel Foucault and Jean-François Lyotard, as three of the most notable members of the post-structuralist movement, all signify a break with what they perceive to be an epistemology based on the fixed idea. These authors and other post- structuralists reflect a shift away from the ontological character of the human discourse that dominated the eighteenth and nineteenth centuries (KOCH, 2011, p. 30).

problemas que fogem aos princípios pressupostos de uma filosofia principiológica ou essencialista. E, por causa disso, o “pós-estruturalismo” tem recebido críticas equivocadas por minar não apenas uma verdade estática, mas também a política e a moralidade tal como pensadas pela via da representação de uma presença ideal.

Uma infinidade de pensadoras e pensadores têm se dedicado a refletir sobre essas questões. No entanto, neste ensaio, gostaria de chamar a atenção para um filósofo franco-magrebino chamado Jacques Derrida. Não apenas acredito na potência de seu pensamento, mas também considero a desconstrução como uma abordagem importante para pensar as construções envolvidas em nossa produção de conhecimento atual e para expor a violência de construir uma verdade estática.

Os primeiros trabalhos de Jacques Derrida concentraram-se na filosofia da linguagem, especialmente na crítica à linguística moderna. Ele procurou defender a ideia de que a linguagem não é apenas um mero veículo para comunicação e representação, mas sim uma estrutura que molda nossa percepção e compreensão do mundo. Por esse motivo, ele foi considerado um dos precursores do “pós-estruturalismo” por desenvolver uma estratégia de pensamento chamada desconstrução (*déconstruction*), que pode ser compreendida como a “desmontagem” ou “desarticulação” de estruturas, como ele explica em *Lettre à un ami japonais* (DERRIDA, 1987).

2 QUE APOSTA É ESSA DE DESCONSTRUIR O PENSAMENTO?

Mas decompor e desarticular quais estruturas? De modo geral, tenho compreendido a desconstrução como um modo de pensar e atuar no mundo, destituído os fundamentos do nosso ser, as genealogias, os conceitos, os pressupostos de toda a história da filosofia. Isso nos revela não apenas a inexistência de fundamentos para o mundo tal como nos é apresentado, mas também que esse mundo é construído e, portanto, passível de ser desconstruído de diversas maneiras. Tal movimento se estende desde as coisas mais complexas do pensamento, como também as coisas mais simples do nosso cotidiano. Nesse sentido, embora as discussões sobre a desconstrução de Jacques Derrida muitas vezes se restrinjam ao âmbito acadêmico, ela não é apenas um gesto teórico, mas também leva em consideração todas as instituições, nossas práticas sociais e a cultura política e artística estabelecida e herdada ao longo da história da filosofia.

Além disso, podemos afirmar que a desconstrução é uma abordagem afirmativa e provisória que não se trata de uma doutrina com regras e limites pré-estabelecidos. Ela busca denunciar e decompor as estruturas do pensamento que se baseiam binaridades e hierarquias em nome de uma origem ou presença primeira, tais como bem/mal, razão/emoção, homem/mulher,

entre outros. Em *De la grammatologie* (1967^a), Derrida traz à tona a problemática da centralidade do *logos* a partir daquilo que ele chamou de história da filosofia ocidental (a história da metafísica da presença) que é uma história que não se resume de Platão a Hegel, inclui todos aqueles que estão além desses limites, tais como os pré-socráticos e Heidegger. Para Derrida, apesar das diferentes perspectivas de abordagem, a origem da verdade ou a possibilidade da verdade sempre foi pensada em relação ao *logos*, enquanto um significado presente em si, que constitui toda e qualquer fundamentação de significação, isto é, o pensamento ocidental seria *logocêntrico* (centramento da *logos* que, na metafísica, é inseparável da *phoné*¹), conforme ele aponta:

No entanto, nesse *logos*, o vínculo originário e essencial com a *phonè* nunca foi rompido. Seria fácil demonstrar isso e tentaremos esclarecer mais adiante. Conforme foi determinado de forma mais ou menos implícita, a essência da *phonè* estaria imediatamente próxima daquilo que, no “pensar” como *logos*, se relaciona ao “sentido”, o produz, o recebe, o diz, o “reúne”. Para Aristóteles, por exemplo, os sons emitidos pela voz (...) dos primeiros símbolos têm uma relação essencial e imediata com a alma. Como produtora do primeiro significante, ela não é apenas um mero significante entre outros. Ela significa o “estado de alma”, que, por sua vez, reflete ou reflete as coisas por semelhança natural. Entre o ser e a alma, as coisas e as afecções, haveria uma relação de tradução ou de significação natural; entre a alma e o *logos*, uma relação de simbolização convencional (DERRIDA, 1967^a, p. 21, *tradução minha*).²

Um tipo de pensamento que concebe o *logos* como primeiro e independente da linguagem, e, portanto, concebe à linguagem a função de expressar, comunicar, revelar o significado – este que transcenderia a linguagem. Essa é a condição da própria ideia de verdade que foi concebido na filosofia

¹ Como lembra Derrida (1967a), a autoridade do *logos* na cultura grega caminha junto com a autoridade da *phoné*, a pensar na forma que especifica que isso respiga na cultura ocidental, já que no início havia o *Logos*, traduzida em geral por *verbo*: “no início era verbo, e o verbo estava com Deus, e o Deus era verbo” (Evangelho de João). Tal estrutura de privilégio ao *logos* teria ligado a cultura grega a uma escrita alfabética, isto é, uma escrita fonética associada a palavra falada. Cabe pensar também na teoria dos dois mundos, de Platão, que colocou, de um lado, as ideias – perfeitas, imutáveis, que guardam a verdade, e, de outro lado, as coisas, cópias imperfeitas e corruptíveis, de forma que o mundo das ideias é colocado num lugar hierarquicamente superior e antecedente ao das coisas, só podendo ser acessado pela razão e traduzido pela fala.

² Or dans ce *logos*, le lien originnaire et essentiel à la *phonè* n'a jamais été rompu. Il serait facile de le montrer et nous essaierons de le préciser plus loin. Telle qu'on l'a plus ou moins implicitement déterminée, l'essence de la *phonè* serait immédiatement proche de ce qui dans la « pensée » comme *logos* a rapport au « sens », le produit, le reçoit, le dit, le « rassemble ». Si, pour Aristote, par exemple, « les sons émis par la voix (...) des premiers symboles, a un rapport de proximité essentielle et immédiate avec l'âme. Productrice du premier signifiant, elle n'est pas un simple signifiant parmi d'autres. Elle signifie l'« état d'âme » qui lui-même reflète ou réfléchit les choses par ressemblance naturelle. Entre l'être et l'âme, les choses et les affections, il y aurait un rapport de traduction ou de signification naturelle ; entre l'âme et le *logos*, un rapport de symbolisation conventionnelle. (DERRIDA, 1967a, p. 21)

ocidental, lembra Derrida, por meio de diferentes nomes – *eidōs*, *télos*, essência, existência, substância, sujeito, *atletheia*, consciência, Deus, homem etc., como a determinação do ser como presença em geral. Apesar dessas variações, haveria sempre a valorização em torno de um centro da presença ou aquilo que se apresenta (seja a acessibilidade do objeto à pessoa ou à consciência, da pessoa ou da consciência a si mesma, em um momento simultaneamente presente a si¹). Dessa forma, estabeleceu-se uma série de oposições entre aquilo que contém a presença e aquilo que é rebaixado por não ter essa presença .

Nesse sentido, a desconstrução acontece, de forma conjunta e simultânea, em um duplo movimento. Por um lado, existe, no pensamento desconstrutivo, a fase da inversão dos conceitos. Nesse momento, tudo aquilo que foi reprimido pela filosofia ocidental, em nome de uma presença em geral, é enfatizado e colocado em posição superior e, desse modo, dá-se em um olhar especial à escrita, ao significante, à literatura, ao animal, à emoção etc., em detrimento de tudo que foi enaltecido pela metafísica da presença: a fala, o significado, o texto filosófico, o ser humano, a razão, assim por diante. Por outro lado, acontece o deslocamento, isto é, busca-se desconstruir as oposições binárias da metafísica, de modo a propor um pensamento que neutralize essas oposições. Nessa fase, busca-se novo “conceito”, ou melhor, um *quase-conceito*², que não se deixa mais compreender dentro na estrutura (binária) do regime anterior. Como exemplo, podemos citar o *quase-conceito* de *escritura*, que não se resume à escrita em oposição à fala.

Na tradição logocêntrica, a escrita é uma mera extensão da linguagem falada, porque ela é uma mera representação do que é real, enquanto a fala é o acesso direto ao *logos*. No entanto, Derrida aponta que, na verdade, a escrita é uma *escritura*, uma trama de remetimentos a que ela se submete no momento mesmo que se inscreve, de modo que, o que quer que possamos reconhecer como sendo o seu “em si mesmo”, na fala ou na escrita, não é outra coisa senão o efeito ou a resultante de um sistema de diferenças entre os termos que estruturam o discurso. Nesse processo de remetimentos, a significação de uma frase, por exemplo, o significante não é capaz de operar isoladamente, mas só pode ser compreendido em relação a uma cadeia de outros significantes que o cercam. Quando um significante é retirado da frase e analisado por si só, ele se torna indeterminado e não possui um significado fixo. Da mesma forma, ao buscarmos o significado de uma palavra no dicionário, nos deparamos com uma série de outras palavras que podem ser utilizadas para expressar aquele mesmo conceito. Se buscarmos a palavra “anarquia”, poderemos encontrar definições como “ausência de governo”, “organização social sem hierarquia”, “rejeição do

¹ Conforme apontado por SERRA (2016).

² Os *quase-conceitos* se inserem naquilo que Derrida denomina de indecidíveis (aquilo sobre o qual não se pode decidir), pois não permitem uma definição precisa. No entanto, são termos que não implicam a ausência de significação, impedindo que se possa falar ou escrever, mas sim, apontam para uma permanente vigília crítica da suposta presença de um sentido originário (DUQUE- ESTRADA, 2002).

Estado”, “livre associação”, “autogestão”, entre outras. Isso evidencia que cada significante é definido pela sua relação com outros significantes, e não por um significado absoluto em si mesmo. Por isso não há conceitos fixos, mas *quase-conceitos*, que estão funcionando na economia do texto.

E, por isso, se bebermos da desconstrução de Jacques Derrida compreendemos como o mundo é construído, como nomeamos as coisas e, em especial, como arbitrariamente fazemos a separação entre verdade e ficção. Uma vez que aquilo que se constitui como verdade remete, como numa teia de aranha (HADDOCK-LOBO, 2019), a diferentes discursos e práticas que, muitas vezes, inclusive, podem não ser visíveis. Ou seja, aquilo que se constitui como verdadeiro ou ficcional, na verdade, está determinado por circunstâncias sociais-políticas-jurídicas e outras específicas em constante interação com diferentes textos e contextos sempre abertos às interrogações. É preciso, portanto, sempre se manter crítico nas nossas leituras de mundo, nas leituras dos textos, dos modos culturais e sociais que nos organizamos, de tal forma que as contradições e os pressupostos sejam explicitados como um elo entre a linguagem, a produção da verdade e as instituições de poder.

3 EIS QUE O MUNDO É AN-ÁRQUICO

Apesar dos meus estudos se concentrarem em Derrida, na verdade, o movimento do “pós-estruturalismo” (Butler, Foucault, Deleuze, Agamben, etc.), em suas singularidades, ao desconstruir que verdade não é algo a ser descoberto ou revelado, mas algo que é produzido, nos permite refletir com maior precisão o carácter contingente e relativo do conhecimento e, conseqüentemente, a sociedade começa a ser vista como aquela que contém uma pluralidade de linguagens e modos de ser (ou ausentes de qualquer ser). Neste ponto, a quem ataque os “pós-estruturalistas” como negacionistas ou relativistas, afinal, se não há possibilidade de verdade; há apenas verdades contingentes. No entanto, tal verdade contingente, aberta e não fundante, é afastada de qualquer negacionismo ou relativismo, porque ela assume o jogo de significantes para acontecer dentro de uma contextualidade, isto é, ela reconhece que toda e qualquer verdade, na verdade, se constitui em uma cadeia de tantos outros significantes para atuar como produtora de significação. E, por se inserir e se constituir num jogo de significação, qualquer verdade ou pretensão de verdade já nasce ausente de um significado, sem fundamentos legitimadores e estáticos na forma como a sociedade se organiza.

Tudo caminha para reconhecer que o mundo social e político não é dado naturalmente. A verdade sobre a política não está apenas “lá fora”, mas construída pelas interações humanas na sociedade por meio da história, da cultura e da linguagem. Em outras palavras, a ordem política existente é gerada a partir de uma linguagem de representação que é específica do contexto. E por

isso, tenho pensado que esse movimento desconstrutor contemporâneo, em especial, aquele proposto por Jacques Derrida, na verdade, vai ao encontro do reconhecimento da estrutura da sociedade como an-árquica ("an", que significa "sem", e "arkhos", que pode ser traduzido como *arquê*), entendida aqui, como ausência de fundamento último. Tal sociedade, conforme apontado por Andityas Matos:

não é descritível sob a forma geral de um plano que, por se traduzir em diversos objetivos “alcançáveis” e previsões “razoáveis”, poderia ser executado com sucesso. Da mesma maneira, tal comunidade não pode ser lida apenas enquanto projeto a se realizar em um futuro mais ou menos distante, perdendo-se em abstrações típicas dos sonhos sociais de uma nova Cocanha. A díade conceitual real/ideal representa um poderoso dispositivo da ideologia ocidental cuja função é impedir o pensamento de chegar às últimas consequências. Para desativar esse mecanismo é necessário reconhecer o papel da potência, como tem feito Agamben insistentemente nas últimas três décadas. A comunidade an-árquica é uma comunidade em potência que existe já e desde sempre; ela só não se atualiza graças às medidas conservadoras efetivadas pelo poder dominante. Para vir a ser, a an-arquia deve continuamente desativá-lo (MATOS, 2015, p.169).

Para que essa comunidade anárquica possa se atualizar e se tornar uma realidade concreta, é necessário desativar o mecanismo ideológico que impede o pensamento de chegar às últimas consequências e abrir espaços para a potência, ou seja, a possibilidade de transformação que sempre esteve presente. Daí me parece que precisamos de uma filosofia radical (a desconstrução de Jacques Derrida se insere nela), no sentido de buscar a raiz, a origem e os fundamentos das questões analisadas para desativá-los. Afinal, assumir essa posição significa reconhecer que os fundamentos que nos envolvem são precários. Assim:

Para um discurso radical, não há sentido nas afirmações ontologizadas dos modernos. Trata-se de um artefato capaz de se movimentar em cenários caracterizados pela imanência, a singularidade e a diferença. Por seu turno, a dialética se apresenta como lógica central e única, dotada de um sentido racional – e por que não dizer: europeu, branco e masculino? – que se articula mediante as ideias-chave da dominação, superação e absorção, reduzindo a multiplicidade das diferenças reais a oposições binárias ideais, finalmente englobáveis em uma ordem pretensamente unitária e artificial. (MATOS, 2015, p. 25)

Em outras palavras, a filosofia radical busca romper com os padrões estabelecidos e questionar as bases do conhecimento, a fim de promover uma

“na qual ser e práxis, pensar e fazer, discussão e decisão [...] integrem uma única realidade” (MATOS, 2015, p. 248). Afinal, quando ouvimos a palavra “fundamento” um limite se delinea e quando um limite é fixado, a norma e o interdito não demoram a aparecer. O fundamento, na verdade, escorde a diversidade, a complexidade e a fluidez das identidades e das relações sociais. Nesse sentido, a filosofia radical, “pouco importa a descrição pragmática dos detalhes ‘reais’ de instituições, normas e costumes, dado que se pretende denunciar e superar a estrutura autoritária de tempo histórico que os sustenta” (MATOS, 2015, p. 169). Ou seja, um tipo de filosofia que, em sua radicalidade, é insubmissa.

A eliminação de uma verdade fixa, de um fundamento estático, nos revela que o por vir imprevisto pode acontecer e abalar as estruturas de poder existentes nas relações sociais. Tal movimento se constrói em busca de trazer à cena a diferença, a pluralidade e o *por vir* (abertura) que se expressam não apenas enquanto compromissados com as demandas do presente, mas, também, com outras formas de construir um mundo outro, dando lugar àquilo que Andityas Matos (2015) nomeia como utopia. Segundo Andityas Matos (2015, p.15) “aquí utopia não significa sonho inconsequente ou delírio escapista, mas sim projeto real de refundação da sociedade, baseado nas múltiplas possibilidades que o horizonte de indeterminação social em que vivemos abre à prática comunitária”.

Do mesmo modo que há reconhecimento, enquanto potência utópica, do caráter contingente da sociedade, as invenções e as experimentações de soluções para problemas político-jurídicos não estão vinculadas ao mundo já consolidado e posto. Para usar um termo derridiano, não há, na filosofia radical, um compromisso fiel/infiel com o construído (a tradição, as instituições) ou, para usar um termo de Agamben, a filosofia radical quer pensar os anticampos do espaço social. Em resumo, filosofia radical, influenciada pelo pós-estruturalismo, oferece uma visão crítica e reflexiva da sociedade que enfatiza a diversidade, a complexidade e a fluidez das identidades e das relações sociais, e que questiona as noções essencialistas e universalistas.

4 EXISTE UM MÉTODO PARA COMPREENDER UM MUNDO AN-ÁRQUICO?

Nesse sentido, se a sociedade é fluida, contextual e contingente, me parece que precisamos repensar a relação entre método e pesquisa, afinal o método que constitui um conjunto de procedimentos universais para compreender uma realidade. Por outro lado, isso se torna impossível para uma compreender uma realidade sem uma arquetica comum; não podemos reduzir a diferença e a fluidez social às lentes de pesquisas universais e fundantes (que nos leve a conclusões fixas baseadas em dados observáveis e verificáveis e que possam ser testados e replicados por outros pesquisadores). Por extensão,

aqueles que se dedicam a estudar os problemas sociais que geram essa pluralidade (Estou pensando aqui nos autores mencionados no ensaio Derrida, Agamben, Andityas Matos etc.) têm reivindicações legítimas contra a ciência racional, que, pela sua natureza, se empenha tanto como doutrina das formas quanto como coisas em si. Afinal, tornou-se importante mudar a pergunta de "o que é a verdade?" para "como é que estudamos essa verdade que é plural, contingente e fluída?)

Uma pesquisa que se dedique à desconstrução provocada por essa radicalidade de compreender o mundo não pode seguir padrões gerais. Ela depende, em determinado momento, de estratégias provisórias, precárias e contingentes. Nesse sentido, uma questão importante que precisa ser feita, como parte da filosofia radical, é: existe um método para elaborar um pensamento radical? E qual a consequência da existência ou ausência de um método de pesquisa para a elaboração e percepção dos problemas político-jurídicos marginalizados na tradição ocidental? Há uma real dificuldade e insuficiência dos métodos de pesquisa tradicionais ou concebidos pela tradição filosófica ocidental para atender às demandas desses novos modos de atuação que permeiam a pesquisa radical, como a singularidade, a diferença e a utopia, colocando em cena tudo aquilo que foi reprimido da história da filosofia ocidental.

Essa pergunta se torna importante principalmente quando buscamos compreender o que significa método. Método (*methodos*) é uma palavra que provém do termo grego *odos* ("caminho" ou "via"), que se refere ao meio utilizado para chegar a um fim (*meta*). Quem utiliza um método percorre um caminho não só sabendo que chegará a um fim, mas que precisa chegar a um fim reaplicável. E esse fim é conduzido por um caminho pré-concebido principiológicos como a objetividade, a replicabilidade e a verificabilidade. E tal caminho pré-concebido é visto a partir de um conjunto de regras próprias que levam o nome de discursos racionais, ao mesmo tempo que convalida apenas os conhecimentos ou saberes que percorrem o "caminho" de tais regras. Em outras palavras, o conhecimento "racional" indica todos os procedimentos lógicos *a priori* que um campo específico se dispõe a validar.

Isso foi perfeitamente formalizado por Karl Popper em seu livro *A lógica da pesquisa científica* (1975). Segundo o autor, é necessário propor regras que assegurem a possibilidade de submeter à prova os enunciados científicos, pois tais regras são o que orientam o pesquisador na descoberta do objetivo pesquisado. Assim, um método objetivo deve ser estabelecido para produzir ciência. Além disso, segundo Popper, a ciência se baseia na lógica da justificação sobre as evidências observáveis e repousa seu pensamento no critério de falsificabilidade. Isso significa que apenas declarações que podem, em princípio, ser falsificadas são científicas. Por outro lado, declarações infalsificáveis não são científicas porque são imprecisas e nunca podem ser provadas falsas. Em outras

palavras, uma teoria científica deve ser formulada de tal maneira que seja possível conceber observações ou experimentos que possam refutá-la¹.

E, por isso, segundo Paul Feyerabend (2011, p. 21), ao propor uma crítica ao método racional, “os cientistas são como arquitetos que constroem edifícios de diferentes tamanhos e diferentes formas, que podem ser avaliados somente depois do evento, isto é, só depois de terem concluído sua estrutura”. Consequentemente, talvez sua estrutura de pensamento se sustente, talvez não. Esses edifícios, segundo o austríaco, constroem-se, dentre outras teorias, a partir da “condição de consistência”. Em síntese, trata-se de uma perspectiva segundo a qual uma nova teoria só deve ser introduzida se for consistente com o atual estado do conhecimento teórico. Nesse sentido, uma nova teoria só pode substituir outra se ela introduz novo conteúdo empírico que a antiga teoria não dá conta de explicar e se, além disso, essa nova teoria for capaz de explicar a razão pela qual a teoria antiga falhou. Sob esse aspecto, como aponta Feyerabend (2011, p. 50), esse efeito da condição de coerência contribui para a preservação do que é antigo e familiar, “não porque seja portador de qualquer inerente vantagem — não porque esteja melhor fundamentado na observação do que a alternativa de sugestão recente ou porque seja mais elegante — mas apenas por ser mais antigo e familiar”.

Assim, parece-me que, sob a ótica da “condição de consistência”, qualquer ação crítica e questionadora, característica da filosofia radical, é impossibilitada de ganhar cena no debate acadêmico ou universitário, uma vez que a “condição de consistência” torna impossível “o acréscimo de fatos novos ao caudal aparentemente neutro da ‘realidade objetiva’ descrita pela teoria dominante” (MATOS, 2015, p. 30). Acreditamos que o principal problema parece não ser só a impossibilidade de pensar uma filosofia radical a partir de uma “condição de consistência” como também a partir de qualquer método. Não se pode obedecer a um procedimento definido com antecedência ou mesmo durante a análise, quando se quer pensar de uma forma outra inesperada e não previsível no “real”. Tal submissão seria uma forma de controle ou retenção da potencialidade radical. E, conforme aponta Andityas Matos (2015, p. 29), na filosofia radical, “devemos nos desembaraçar de todo o aparato metodológico que pretende nos oferecer uma chave para o real”.

A educação científica, sob a orientação dos metodólogos rotulados de racionalistas, visa hoje inculcar nos pesquisadores um conjunto de regras fixas: regras de “boa conduta”, supostamente universais e imutáveis para obter legitimidade na área da pesquisa. No entanto, tais métodos tradicionais, *logocêntricos*, mostram-se insuficientes para lidar com um pensamento do não dito

¹ É importante ressaltar que o critério de falsificabilidade não implica que uma teoria seja necessariamente falsa ou que todas as teorias falsificáveis sejam falsas. Popper reconhecia que, mesmo quando uma teoria é falsificada, outras circunstâncias podem estar em jogo, como erros experimentais ou a necessidade de ajustes adicionais na teoria. No entanto, a falsificabilidade é considerada um critério essencial para distinguir a ciência de outras formas de conhecimento.

ou ainda *por vir*, utópico, isto é, com as demandas de pesquisas que buscam não só romper, mas, também, trabalhar com as potencialidades do mundo que fogem das temáticas e estruturas de pensamento já consolidadas como científicas e instituídas na filosofia.

Nesse sentido, penso ser urgente criticar tal racionalidade metodológica. Uma vez que, se por um lado, diante do mundo a ser explorado, complexo e desconhecido, os métodos concebidos e válidos como racionais pela ciência ou pela filosofia podem, na melhor das hipóteses, permitir-nos descobrir alguns "fatos" isolados, por outro lado, tais métodos de forma alguma nos permitem descobrir o impensado nas relações político-jurídicas, aquilo que se manifesta em potência, aquilo que é insubmisso. Essa estratégia, conhecida como anarquismo epistemológico, tem em seu cerne a defesa do pluralismo metodológico, uma crítica a um princípio universalmente válido para fazer ciência, como dito por Feyerabend:

É claro, portanto, que a ideia de um método estático ou de uma teoria estática de racionalidade funda-se em uma concepção demasiado ingênua do homem e de sua circunstância social. Os que tomam do rico material da história, sem a preocupação de empobrecê-lo para agradar a seus baixos instintos, a seu anseio de segurança intelectual (que se manifesta como desejo de clareza, precisão, 'objetividade', 'verdade'), esses veem claro que só há um princípio que pode ser defendido em todas as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio: *tudo vale* (FEYERABEND, 2011, p. 21)

A epistemologia anarquista de Feyerabend abre possibilidade para a existência de uma multiplicidade de caminhos que uma pesquisa pode seguir. Segundo o filósofo austríaco, no entanto, não há razão para pensar que esse anarquismo teórico leva ao caos. Na verdade, ele ressalta, "O sistema nervoso humano é demasiado bem-organizado para que isso venha a ocorrer" (FEYERABEND, 2011, p.23). Na verdade, a proposta de Feyerabend é abrir caminho para o pensamento que não se desenvolve a partir de uma cadeia de pensamentos bem planejados, mas de argumentos instigados por encontros acidentais. Segundo o autor, seu principal objetivo, ao ir contra os métodos racionalistas, é promover um gesto humanitário. Um gesto humanitário que perpassa não só pelo desejo de explorar uma grande parte desconhecida pela lógica, mas, também, promover uma democratização do conhecimento, trazendo à cena pessoas e problemas marginalizados.

5 EIS UMA APOSTAR DE ABRIR CAMINHOS

Nesse sentido, parece-me que a filosofia radical muito aproveita do anarquismo epistemológico que, longe de prover relativismo ou negacionismo

no conhecimento, busca não submeter a qualquer ordem preestabelecida que dita o que é “científico” e “não-científico”, “filosófico” e “não-filosófico”, “pensável” e “não-pensável”. A filosofia radical conta com circunstâncias, de acordo com as reações de seu ambiente, permanecendo em alerta, redefinindo continuamente seu programa de ação durante a elaboração de uma pesquisa. Um modo de pesquisa que apostamos, enquanto hipótese sempre muito provisória, impossível de ser definida como método (*methodos*), que sabe aonde chegar. Mas, talvez, um primeiro passo (de muitos outros) seja usar da estratégia da *escritura* (já comentada), que subverte as hierarquias e as normas acadêmicas, questionando as verdades estabelecidas e abrindo caminhos para as diferenças contingentes e para as potências utópicas da sociedade.

Não se pretende, por outro lado, que esse *quase-conceito* seja “adequado” àquilo que a linguagem em sentido estrito não consegue mais, mas, sim, que o *quase-conceito* de *escritura* anuncie uma emancipação da necessidade de uma presença de um significado, de uma regra, isto é, a possibilidade de a produção de conhecimento abarcar aquilo que ainda não está posto. Nesse sentido, não há uma verdade (uma coisa em si ou uma identidade) primeira que guiará a pesquisa, como os métodos tradicionais, aproximando-se, portanto, de uma anarquia metodológica. Além disso, todo pensamento ou ação (de linguagem) é possível dentro dessa *escritura*, porque esse regime de *escritura* reconhece que não haveria uma verdade a ser desvelada, decifrada ou representada no e pelo discurso como acesso a um sentido científico ou verdadeiro. Ela está preocupada com a performance imprevista e precária que essa *escritura* constrói, que se dá sempre de modo singular em cada ato.

Meu principal objetivo com essa discussão é abrir possibilidades para pensamentos não convencionais na academia, sem desmerecer ou rebaixar ideias que não sigam padrões pré-concebidos ou rotulados como científicos. Eu desejo proporcionar caminhos para que a diferença, a singularidade, a fluidez e a contingência não sejam apenas defendidas teoricamente na academia, mas que façam parte das práticas de (des)organização na nossa produção de conhecimento. E se o conhecimento é uma construção da verdade, e a pluralidade epistemológica e ontológica são o pano de fundo da realidade social e política, então um modo de leitura e pesquisa na-árquica se torna uma posição defensável. Uma escrita anárquica, ao negar as pretensões gerais e universais da racionalidade científica moderna, abre espaço para uma epistemologia precária, fluida e contingente.

A principal consequência do pensamento profundamente an-árquico em relação às regras que moldam as pesquisas jurídicas, em nome de um método científico, é a possibilidade de promover debates político-jurídicos marginalizados, considerando suas multiplicidades e singularidades, que escapam ao *logocentrismo*. Não posso fornecer regras específicas sobre como isso deve ser feito. No entanto, ao reconhecer que o método científico racional e

universal não é a única posição válida para produzir conhecimento, e que adotá-lo pode diminuir a importância de questões relevantes para a sociedade, é provável que resistamos à tentação de rejeitar imediatamente a abordagem contingente e singular do saber. Ao reconhecer a diversidade metodológica, espero abrir espaço não para novas regras, mas para modos criativos, precários e desprovidos de *arkhé* nas produções de conhecimento.

REFERÊNCIAS

- DERRIDA, Jacques. **De la gramatologie**. Paris: Éditions de Minuit, 1967a.
- DERRIDA, Jacques. **L'écriture et la différence**. Paris: Éditions du Seuil, 1967b.
- DERRIDA, Jacques. Lettre À Un Ami Japonais. **Psyche: Invention de l'autre** I. Paris: Galilée, pp. 387-394, 1989.
- DUQUE- ESTRADA, Paulo Cesar. Derrida e a escritura. In: **Às margens: a propósito de Derrida**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2002, p. 18.
- FEYERABEND, Paul. **Contra o Método**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- HADDOCK-LOBO, Rafael. **Experiências abissais, ou, Sobre as condições de impossibilidade do real**. -1. Ed. – Rio de Janeiro: Via Verita, 2019.
- HADDOCK-LOBO, Rafael. **Abre-caminho: Assentamentos de Metodologia Cruzadas**. Rio de Janeiro: ApeKu, 2022.
- KOCH, Andrew M. Post-structuralism and the epistemological basis of anarchism. In: EVREN, Süreyya; ROUSSELLE, Duane. **Post-anarchism: a reader**. London: Pluto, pp. 23-40, 2011.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia radical e utopias da inapropriabilidade: uma aposta an-árquica na multidão**. 1. ed. - Belo Horizonte, MG: Fino Traço, 2015.
- POPPER, K. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix - editora da Universidade de São Paulo, 1975.
- SERRA, Alice Mara. Demorar, de Derrida a Blanchot: literatura e rastreamentos. **Trágica: Estudos de filosofia da imanência**. Rio de Janeiro, v 9, p. 136-146, 2016.
- SILVA, Fransuelen Geremias. **A desconstrução entre verdade e ficção literária: o testemunho como escritura em Jacques Derrida**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Departamento de Filosofia, 2022.

RESTRIÇÕES À ADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS E JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: O EMBATE ENTRE O CONDICIONAMENTO POLÍTICO E A REESCRITA DO SISTEMA DE NORMAS

RESTRICTIONS TO THE ADMISSIBILITY OF HABEAS CORPUS AND DEFENSIVE
JURISPRUDENCE: THE CLASH BETWEEN POLITICAL CONDITIONING AND THE
REWRITING OF THE SYSTEM OF NORMS

Rossini Corrêa

*Doutor pela Universidade de Brasília, pela Faculdade de Teologia Antioquia Internacional e pela American World
University*

*Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília
<http://lattes.cnpq.br/1093810077339456>*

Rossini Corrêa Júnior

*Doutorando pela Universidade Católica de Pernambuco
<http://lattes.cnpq.br/7776069948303609>*

Resumo: Esta pesquisa se insere na área do Direito, mais especificamente nos estudos processuais penais sobre decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no bojo de *habeas corpus*. A partir da análise da crescente jurisprudência defensiva nestes Tribunais, de origem estritamente exegetica, e da dificuldade da advocacia criminal em romper as barreiras impostas, verificou-se a necessidade de produção deste trabalho. Para cumprir a finalidade, elencou-se o ordenamento jurídico, a estabilidade do regime de governo e demais condicionamentos metajurídicos, políticos ou operacionais. Para analisar e responder aos questionamentos, a pesquisa emplacou os seguintes procedimentos: levantamento bibliográfico nas searas do Direito Processual Penal e dos Direitos Humanos, referente ao remédio do *habeas corpus*, além de análise qualitativa de súmulas e acórdãos. Os resultados tornam viáveis a conclusão de que as decisões monocráticas e os votos dos ministros continuam a sofrer influência de fatores externos ao exercício da jurisdição, tais como pressão do Executivo e dificuldades operacionais, donde decorre a prática antidemocrática do *writ*.

Abstract: This research is part of the area of Law, more specifically in criminal procedural studies on decisions of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice in the context of *habeas corpus*. From the analysis of the growing defensive jurisprudence in these Courts, of strictly exegetical origin, and the difficulty of criminal law in breaking the imposed barriers, it was verified the need to produce this work. To fulfill the purpose, the legal system, the stability of the government regime and other meta-legal, political or operational constraints were listed. In order to analyze and answer the questions, the research carried out the following procedures: bibliographical survey in the areas of Criminal Procedural Law and Human Rights, referring to the remedy of *habeas corpus*, in addition to qualitative analysis of precedents and judgments. The results support the conclusion that monocratic decisions and ministers' votes continue to be influenced by factors external to the exercise of jurisdiction, such as pressure from the Executive and operational difficulties, from which the undemocratic practice of *writ* derives.

Keywords: *habeas corpus*; defensive jurisprudence; exegetical restriction.

Palavras-chave: habeas corpus; jurisprudência defensiva; restrição exegetica.

Submetido em 31 de agosto de 2023. Aprovado em novembro de 2023.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo serão analisadas as características relevantes das restrições jurisprudenciais levadas a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Cumpre-nos debater o paradoxo do condicionamento político de um regime que se apresenta como democrático ao mesmo tempo em que se cria interpretações de normas jurídicas que cerceiam direitos fundamentais.

A tentativa de jungir as referidas condições, manifestamente contrapostas, desencadeou em criações, cancelamentos, relativizações de súmulas e oscilação nas decisões de um mesmo Tribunal. No caso do Superior Tribunal de Justiça, suas intervenções, extremamente restritivas, causaram reações doutrinárias e, a partir de certo momento, também da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, criou uma jurisprudência consideravelmente causalista.

Nosso argumento consiste no que segue: o condicionamento metajurídico que deságua neste quadro jurisprudencial contraditório, causalista, a depender das violentas paixões do magistrado, é inseguro e irracional dentro de um sistema que deveria se mostrar harmônico e garantista.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: GUARDIÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.

A leitura acerca das restrições jurisprudenciais ao *habeas corpus* perpassa pela alta demanda destas ações autônomas a ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

A insatisfação dos Ministros ultrapassa as egrégias turmas e o sacrossanto plenário, a ter espaço, ainda, nos meios de comunicação, como se vê da seguinte matéria publicada pelo jornal Estadão (Sartori, 2018):

Com mais de 13,5 mil pedidos até o dia 20 deste mês, o número de habeas corpus apresentados ao Supremo Tribunal Federal (STF) bateu recorde em 2018. Os dados confirmam uma tendência de crescimento desse instrumento constitucional, que já havia dobrado de 2016 para 2017, ao ultrapassar a marca de 11 mil.

Verifica-se que o aumento do número de *habeas corpus* vem sendo questionado ano a ano, de forma desenfreada, como se este dado fosse a causa da pane operacional do Poder Judiciário na seara processual penal. Segue mais uma matéria jornalística sobre o tema, esta publicada pela Agência Brasil (Mello, 2019):

O crescente número de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) causa preocupação aos ministros da Corte e juristas. “Os números indicam, em especial no campo penal, que nós estamos caminhando para uma situação trágica”, enfatizou o ministro do STJ Sebastião Reis, ao participar de seminário promovido hoje (27) pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

Outrossim, o tema é controverso na doutrina, com duas correntes a duelar hermeneuticamente, conforme simplifica Deborah Jullyane Rocha Brandão (2015, p. 7):

E no que diz respeito às discussões de maior relevo sobre a matéria, observa-se uma concentração no modo de utilização e de aplicação desse writ pelos operadores do direito. As opiniões divergem, e podem ser separadas em duas correntes de pensamento: a primeira defende a não restrição no uso do Habeas Corpus em atenção à concretude máxima do direito de defesa; e, a segunda combate o uso abusivo e indiscriminado desse remédio constitucional – uma vez que acabaria por promover a banalização do instituto e o enfraquecimento do próprio sistema jurídico.

Todavia, é de se considerar que, nesta vasta história do *habeas corpus* nas Cortes Superiores, há inúmeras mudanças de entendimento e, inclusive, casos de inconstitucionalidade reconhecida, no bojo do *writ*, a demonstrar sua importância para o mundo jurídico e, sobretudo, para a sociedade, que tem esperança em um meio célere para correção de ilegalidades envolvendo um direito tão caro ao ser humano: a liberdade de locomoção.

Há de se lembrar, por exemplo, do *Habeas Corpus* n.º 82.959, responsável por admitir a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, a famosa Lei dos Crimes Hediondos:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (Brasil, 2006).

Insta ressaltar, inclusive, que este *habeas corpus* fora impetrado pelo próprio sentenciado. Dessarte, constata-se que, nestes pequenos casos, cotidianos no mister dos Ministros e, portanto, enfadonhos, estão as louváveis teses capazes de alterar o rumo da jurisprudência das principais Cortes do país.

Retorna-se, destarte, ao clássico *As Misérias do Processo Penal*, na qual Francesco Carnelutti (2013, p. 19-20) já alertava que:

A toga, sem dúvida, convida ao recolhimento. Infelizmente hoje sempre mais, sob este aspecto, a função judiciária está ameaçada pelos opostos perigos da indiferença ou do clamor: indiferença pelos processos pequenos, clamor pelos processos célebres. Naqueles a toga parece um instrumento inútil.

A retomar o caminho lógico, é imperioso afirmar, além do belo serviço prestado aos cidadãos envolvidos no drama jurídico, há um caráter disciplinar no *habeas corpus*, tendo em vista a correção de atos eivados de nulidade e a extirpação de coações à liberdade de quem quer que seja, por vezes cometidas por agentes públicos, tais como membros do Judiciário ou do Ministério Público, além de membros do Poder Executivo.

Ao se iniciar um movimento tendente a afastar estes casos de menor expressão (todavia não de somenos importância) da Corte Suprema o que há, em verdade, é alteração informal manifesta do texto constitucional. A questão principal é a seguinte: é sabido que não se admite mutação constitucional que altere vontade expressa, literal, da Constituição, isto inclui a competência dos órgãos judiciários. Em suma, como alerta Alberto Zacharias Toron (2018, p. 80) “pretender afastar esses “casinhos” do Supremo Tribunal Federal equivale a dizer que a Corte renuncia ao seu papel de guardião dos Direitos Fundamentais no campo do sistema penal”.

Para tamanha alteração na competência, seria imprescindível emendar a Constituição Federal (tendo em vista a plena vigência de seu art. 102, inciso I, alínea “i” e inciso II, alínea “a”), sendo impossível cogitar, ao menos abstratamente, a alteração pela via interpretativa. Ora, o levante operacional (banalização do *writ* e dificuldade em julgar tantos pedidos) não faz frente aos comandos normativos, sobretudo constitucionais.

Adotar posição diversa, a bem da verdade, representaria uma visão consequencialista do direito, a ignorar a coerência do sistema normativo enquanto se preocupa com os efeitos, as externalidades da decisão. Seria transformar a Suprema Corte em instituição política – não jurisdicional.

Ao final, é de se dizer, por imperativo lógico, o alto número de *habeas corpus* deriva do expressivo e insistente desrespeito das instâncias ordinárias aos precedentes do Supremo – que, como fora mencionado, tem adotado as externalidades da decisão para moldá-la, impropriamente: eis o círculo vicioso.

3 SÚMULA Nº 691 DO SUPREMO: RESTRIÇÃO E CAUSAIS EXCEPCIONALIDADES

Superado o imbróglio acerca da possibilidade de concessão de medida liminar no bojo do *habeas corpus*, tornou-se praxe jurídica o requerimento de sua concessão no início da ação.

Todavia, quando indeferida a medida liminar, é automático o pensamento dos causídicos em impetrarem novo *habeas corpus*, desta feita para órgão judiciário superior, até a concessão da ordem ou, ao menos, até que a impetração se dê perante o egrégio Supremo Tribunal Federal.

Processualmente, a técnica se mostra, de certo modo, discutível, entretanto é de se considerar que os advogados se veem forçados a esta estratégia em virtude, principalmente, da lentidão do julgamento do recurso cabível, que se diz se tratar do agravo regimental.

Ocorre, ainda, que o próprio Superior Tribunal de Justiça consolidou posição acerca do não cabimento do Agravo Regimental, pois, no Pedido de Reconsideração no *Habeas Corpus* 489.724-RJ, a Sexta Turma asseverou a jurisprudência pacífica no sentido de não caber agravo regimental contra a decisão de relator que, em HC, defere ou não a liminar, desde que motivadamente.

O recado, indiretamente dado aos causídicos pelos magistrados é o seguinte: esperem o desenrolar do *habeas corpus*. Este é, não obstante, o maior desafio: aguardar meses, por vezes anos, para ter seu pedido de *habeas corpus* concluso e analisado. Nestes momentos, o Poder Judiciário ignora as externalidades da decisão e cria jurisprudência sólida a afastar a própria jurisdição de uma ação constitucional das liberdades.

Não apenas isso, o Supremo Tribunal Federal chegou ao ponto de editar a súmula 691, cujo teor segue: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Inobstante, ensina-se nas cátedras que, poucas semanas após a edição da súmula, chegou ao Supremo o “caso Maluf”, cuja temática estava a ser debatida, tendo, no caso, a magistrada, ao final da produção probatória, negado-se a revogar a prisão provisória por conveniência da instrução criminal, o que foi motivo de impetração do *writ* no Tribunal Regional Federal, que lhe negou a liminar.

Impetrado novo *habeas corpus* ante o Superior Tribunal de Justiça, este, simplesmente, aplicou a súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e arquivou o *habeas corpus*. Com nova impetração diante do Supremo (HC 86.864), em razão da manifesta ilegalidade, afastou-se a aplicação da súmula e se concedeu a ordem.

Ocorre que a solução jurídica encontrada pelo Supremo Tribunal Federal é, de todo, causalista, afinal, o que vem a ser decisão teratológica ou ilegalidade manifesta? A prática judiciária ignora o direito penal (e processual penal) moderno de Cesare Beccaria (2002, p. 22), que alertava:

o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro.

Em termos práticos, a manutenção desta corrente jurisprudencial gera prejuízo à massa de advogados e a seus clientes, tendo em consideração que só se consegue contornar a restrição da súmula quem despacha com os Ministros na Suprema Corte, o que é levado a efeito, em regra, apenas pelos grandes escritórios e pela defensoria pública.

4 BASES DA SÚMULA

A primeira base da súmula está na consideração de que a liminar requerida e o pedido principal da impetração sejam idênticos, o que não ocorre na totalidade das ações de *habeas corpus*.

Esta é, certamente, o primeiro equívoco: generalizar algo que nem sempre ocorre, afinal, há casos em que o pedido é de trancamento da ação penal e a liminar se limita ao pedido de revogação da prisão provisória ou, quiçá, a suspensão da audiência de instrução e julgamento.

Tratar de forma genérica o usual é, em verdade, cercear o direito de alcançar o Judiciário em todas as demais, a saber, naquelas inusuais. Nestas situações mencionadas, nada obstará que o relator no STJ deferisse a liminar para suspender a audiência, por exemplo, enquanto a turma de desembargadores no TJ ou no TRF tratasse de analisar o mérito, a saber, da presença (ou não) de justa causa para a ação penal. Não haveria de se falar em supressão de instância. O campo de análise, o espectro de juízo é distinto.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por exemplo no *Habeas Corpus* 123.339-SP, já admitiu que a concessão de liminar não prejudica ao desenrolar do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça.

Decidiu-se que, por possuírem profundidade de cognição diversas, a concomitância dos *habeas corpus* se dá de forma harmoniosa, processualmente impecável, tanto que o próprio Supremo concluiu na primeira premissa da ementa. Da seguinte maneira, eventual denegação também não traria transtornos à hierarquia entre os tribunais e, por conseguinte, não há falar em ausência de competência para apreciar os feitos postos à mesa.

Ainda sobre a substitutividade, há de se considerar que, caso determinado *habeas corpus* substitutivo seja impetrado ante o Superior Tribunal

de Justiça, com denegação da liminar monocraticamente, com a seguinte impetração perante o Supremo Tribunal Federal, não haverá supressão de instância. Já não se trata mais da decisão do juízo de origem, mas de ordem denegada por órgão de Tribunal Superior.

Entender de maneira contrária resultaria – como acontece, inclusive – em criar restrição a direitos e garantias fundamentais, por meios hermenêuticos, o que fere de modo letal os ensinamentos básicos da exegese. Nestes termos, Alberto Zacharias Toron (2018, p. 87): “não vedando a Constituição o manejo do *habeas corpus* contra o indeferimento da liminar, soa especioso que, pela via exegética, queira-se restringir o alcance da tutela da liberdade do cidadão”.

Nestes termos, urge considerar que o Supremo tem relativizado a aplicação da súmula quando há manifesta ilegalidade ou quando a decisão por claramente contrária à jurisprudência daquela Corte. Destarte, o que o Supremo realizou, a desserviço do direito processual penal, foi colocar sob o mesmo plano os requisitos de admissibilidade com juízo de mérito, juízo de prelibação com cognição exauriente.

Nos presentes termos, a própria admissibilidade do *habeas corpus* já configura decisão monocrática e, portanto, sumária, de mérito, tamanha a falta de sistematização criada por via exegética pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Esta é, em verdade, resultado de uma ameaça à Constituição sem fundamentos jurídicos válidos: do equívoco surge ilogicidade.

5 CRIAÇÃO EXEGÉTICA DE PRESSUPOSTO AO *HABEAS CORPUS*: O JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL

Não bastasse o óbice erigido com a súmula 691, o mesmo Supremo tratou de, exegeticamente, criar restrição ao estipular que a competência do Supremo somente se iniciaria com a prolação de ato do colegiado, conforme decisão no *Habeas Corpus* 117.502-SP.

Noutros termos, há de se iniciar todos os meios recursais cabíveis no tribunal “*a quo*” para, então, impetrar-se o *habeas corpus* no tribunal “*ad quem*”. Lembre-se: o Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe Agravo Regimental diante da denegação da medida liminar, todavia, o Supremo Tribunal Federal sustenta que só passa a ter competência para apreciar o feito, em regra, após o pronunciamento da Turma – e não apenas do relator.

Deste modo, em tese, caso a medida liminar não seja concedida, o cerceado do direito de locomoção deve aguardar que a Turma analise o mérito do *writ*, o que, não raro, leva mais de um ano para ocorrer. Caso a decisão de mérito seja desfavorável, a partir deste momento pode, se assim desejar, impetrar novo *habeas corpus*. Some-se, a menos que se trate de juízo originário

do STJ, meses ou quiçá anos para se alcançar os Tribunais Superiores, seguindo as vias pelos próprios egrégios Tribunais recomendadas.

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal promove jurisprudência defensiva, isto é, em razão de questões operacionais, tenta filtrar – pelas mesmas razões metajurídicas – o número de casos apreciados. Ocorre que a referida estratégia não se propõe a resolver a principal causa do imbróglio, que é a prática desenfreada de ilegalidades ao direito de locomoção.

Pelo contrário, só retarda o próprio diagnóstico, tendo em vista que, nestas condições, as ações em estudo demorarão anos para chegar aos Tribunais Superiores, ainda mais ao Supremo. Não é difícil de imaginar que a coação já haverá se consumado e exaurido, e o pronunciamento dos Tribunais será, tão somente, o que segue: “extinto o *habeas corpus* sem resolução de mérito pela perda do objeto”.

Repise-se, se a própria Constituição Federal não veda a impetração do *writ* tendo como objeto o indeferimento da liminar, mostra-se incompreensível que, por métodos hermenêuticos, cerceie-se o alcance da tutela da liberdade de locomoção, direito tão caro ao cidadão ocidental.

Imperioso destacar, ainda, outra mitigação do alcance da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. No *Habeas Corpus* nº 85.186. O que o Supremo entendeu foi que, quando houver questionamento acerca da validade formal da decisão, *verbi gratia*, caso a fundamentação da decisão judicial não tenha correlação com o caso proposto, poderá, sim, ser impetrado *habeas corpus* em desfavor de decisão liminar lavrada por Relator. Esta exceção poderia, em verdade, ser considerada como manifesta ilegalidade, o que, de forma inclusive didática, poderia ser melhor exposta pelos Ministros.

Em que pese esta relativização, em um plano geral, verifica-se que o Supremo tem se debruçado sobre os *habeas corpus* com uma finalidade: afirmar, com base nos seus próprios interesses (operacionais) – e não na Constituição Federal – tudo aquilo que o *habeas corpus* não pode ser e, como afirma o professor Alberto Zacharias Toron (2018, p. 93), “esqueceu do que ele é na sua essência histórica: um instrumento apto a coibir ilegalidades contra a liberdade do constrangido, sem qualquer entrave burocrático ou formalismo”.

É de estranhar que hoje se negue a substancialidade do direito, sobretudo em matéria de natureza penal, em razão de pormenores processuais que nem sequer encontram fundamento constitucional ou mesmo legal. O princípio da instrumentalidade das formas, mais uma vez, se mostra esquecido quando poderia ser utilizado, então, a fim de garantir direitos. Ora, para que o *habeas corpus* seja adequado, no plano ideal, basta que se aponte a ilegalidade ao direito de ir e vir, o que fora inclusive reconhecido no *Habeas Corpus* 96.864-SP.

Entender de modo diverso ao precedente citado desencadeia na própria execução (leia-se: morte) do remédio heroico em razão de regras infundadas, porém, inflexíveis.

6 VEDAÇÃO DO HC SUBSTITUTIVO DO RECURSO EM HABEAS CORPUS

Embora não seja o mais conveniente, em razão da necessidade digitalizar toda a documentação, boa parte dos advogados opta (se vê obrigada) por impetrar *habeas corpus* substitutivo – no lugar de apresentar Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC).

Todavia, a opção não decorre pura e simplesmente de seu bom alvitre, trata-se de necessidade em virtude da urgência na análise da medida cautelar no bojo do *writ*: resguardar a potencialidade da tutela final.

É que ao impetrar o substitutivo, os causídicos driblam a necessidade de esperar as contrarrazões do órgão ministerial, o importante despacho ordenando a remessa dos autos ao Tribunal de grau superior e, por fim, a publicação desta. Por entraves burocráticos e operacionais, o impetrante aguarda, por vezes preso, lapso temporal de meses só para saber que seu recurso será enviado ao Tribunal “*ad quem*”.

A título de análise histórica e crítica, insta salientar que, durante o regime militar, era perfeitamente possível impetrar *habeas corpus* substitutivo. Alcançava-se a resolução do mérito com celeridade. Contudo, com a decretação do Ato Institucional nº 6 (AI-6) houve alteração no artigo 146 da Constituição Federal (de 1946), passando o comando normativo a contar com a seguinte vedação:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

II – Julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário.

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal tratou de cumprir o novo regramento e, de forma praticamente inflexível, não admitiu mais os *habeas corpus* substitutivos de RHC. Com isto, conforme fora exposto, a tramitação se tornou mais morosa.

O rigor com esta vedação teve impacto direto no número de *habeas corpus* impetrados perante o Supremo. Conforme expõe Fabrícia Cristina de Sá Santos (2008, p. 79):

em 1969, ocorreu uma queda brusca nos processos impetrados simplesmente porque após o AI-5 de 13 de dezembro de 1968, foram suspensos os *habeas-corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Em complemento à autora, é de ressaltar que a vedação alhures mencionada do AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, isto é, no início daquele ano, também é causa da qual decorreu o efeito da queda brusca de impetrações.

A grande questão, a bem da verdade, é que a Constituição Federal de 1988 não replicou a vedação acerca da aceitabilidade da substitutividade do *habeas corpus*. Ora, em matéria de direitos e garantias fundamentais, se houve omissão acerca da manutenção da vedação, a real intenção do constituinte foi permitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo.

Ademais, como se sabe, novamente em matéria de direitos e garantias fundamentais, onde o legislador não fez restrição, não é dado ao intérprete fazê-la. Esta é, sem sombra de dúvidas, a maior causa de questionamentos da advocacia. O posicionamento de que a Constituição não trouxe a vedação perdurou até meados de 2012, oportunidade na qual, no HC 109.956-PR, o Supremo Tribunal Federal, sob pretexto de “evolução” quanto à admissibilidade do substitutivo de *habeas corpus*, decidiu que caberia Recurso Ordinário contra decisão em processo que revelasse HC.

Se fizermos um paralelo com o momento atual, sobretudo com a execução da pena a partir da condenação no plenário do júri – sem necessidade de aguardar recurso ainda que dirigido a instâncias ordinárias – ou mesmo a execução antecipada da pena, após o segundo grau de jurisdição, teremos que, indubitavelmente, o Supremo demonstra preocupação acentuada com a celeridade da efetivação do direito de punir, mas escassa para a correção de ilegalidades e atos nulos, ainda que estes afetem o direito de liberdade de locomoção.

A Segunda Turma, lado outro, possui entendimento diverso do exposto, garantindo a efetividade da garantia fundamental em estudo nos casos de violação direta ao direito de liberdade de locomoção, conforme verificável no HC 112.836-SE.

O que se vê, na prática, é que a Primeira Turma se nega a admitir *habeas corpus* substitutivos e a Segunda, por sua vez, apenas realizou uma troca entre os *writs* substitutivos pelos *habeas corpus* concedidos de ofício. O problema: o elevado número de ilegalidades segue lesionando a liberdade de cidadãos.

Embora possa ser imbuída de boa-fé sob algum prisma interpretativo, esta é, para os acadêmicos em geral, o maior enigma acerca da garantia fundamental em estudo: como se concede de ofício algo que fora expressamente pedido na ação? A parafernália hermenêutica engendrou o seguinte antagonismo: inicialmente, afirma-se que a via eleita é de todo inadequada, razão pela qual a ação nem sequer é conhecida; todavia, quando manifesta a ilegalidade e apresentado o constrangimento ilegal, a ordem é concedida, de ofício, nos correlatos termos em que fora requerida ao Tribunal.

Em uma primeira análise, aparenta não haver mudança no plano jurídico, mas há efeito na praxe judiciária, e é negativo. Afinal, o paciente ou o impetrante

se vê obrigado a demonstrar o constrangimento de forma ainda mais evidente, manifesta, sob pena de, mesmo com ilegalidade, seu pedido nem sequer ser conhecido.

Além de desarrazoado ou ilógico, é perigoso. Ora, a discricionariedade é tamanha que se confunde com a arbitrariedade no momento de conhecer ou não o remédio impetrado. A seleção passa a ser íntima do julgador, o que não se coaduna com o processo penal moderno, na visão do próprio Beccaria (2002, p. 22).

7 VEDAÇÃO DO RHC PARA O SUPREMO EM FACE DE ACÓRDÃO DE RHC DO STJ

Com a vedação abordada no tópico antecessor, o Superior Tribunal de Justiça tratou de replicar o entendimento, isto é, tendo em vista que o Supremo decidiu que não caberia a ele julgar *habeas corpus* substituto no lugar de RHC, o STJ, por sua vez, tratou de não conhecer dos *habeas corpus* substitutivos.

O que acontece é mais da mesma confusão anunciada: em regra, não se conhece das mais distintas ações autônomas de impugnação impetradas, todavia, em casos excepcionais, concedem a ordem de ofício (nos exatos termos requeridos), com fundamentação no art. 654, § 2º, do CPP:

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Todavia, quando não verificam a manifesta ilegalidade, questão de mérito, simplesmente não conhecem do *habeas corpus*. Persiste, como vem sendo pesquisado, a miscelânea entre o juízo de mérito e os pressupostos da ação.

Posto isto, a classe advogada, para não ver seu *habeas corpus* “morto” nos tribunais estaduais e regionais federais, tratou de interpor recursos ordinários das decisões. Eis o início do imbróglcio: cabe mais uma interposição de recurso ordinário, desta vez em face do acórdão lavrado pelo Superior Tribunal de Justiça para o Supremo?

O questionamento surge da redação constitucional do art. 102, inciso II, alínea “d”, que assim reza “o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Com análise do texto constitucional se depreende que é incabível novo Recurso em *Habeas Corpus* contra decisão com origem em Tribunais Superiores advindo de recurso antecessor. A Segunda Turma do Supremo, por exemplo,

assim passou a decidir, tendo como modelo o Recurso em *Habeas Corpus* 161.468-MG.

Por sua vez, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal vai além, pois indica qual caminho a advocacia deve percorrer no que se trata dos graus recursais no bojo do *habeas corpus*, consistente em Recurso Extraordinário contra acórdão lavrado em recurso ordinário em *Habeas Corpus* – HC 128435/TO.

Em outra oportunidade, a Primeira Turma não só manteve seu posicionamento, como avançou no campo restritivo para aduzir que, nos casos de acórdão lavrado por Tribunal Superior em RHC também não cabe impetrar *habeas corpus* substitutivo, o que foi levado a efeito no *Habeas Corpus* 129.162-PA.

Percebe-se, no HC 129.162, que o tema posto à análise é a identidade de situações de corréus no que concerne à revogação da prisão preventiva. Salta aos olhos que a referida narrativa, por estar intrinsecamente ligada à legislação ordinária, especificamente sobre a presença ou não dos requisitos da decretação da prisão preventiva, disciplinados no Código de Processo Penal, não poderá servir como causa de pedir no corpo de um Recurso Extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já tratou de decidir neste sentido de inadmissibilidade – ARE 978751.

Diante de mais um cerceamento expressivo à impetração do remédio sob estudo, poder-se-ia imaginar que, mais uma vez, a saída é arriscar no já dito causal conhecimento da ação mediante impetração de novo *habeas corpus*, afinal, ao menos a Segunda Turma do Supremo segue julgando normalmente os *habeas corpus*.

O entendimento em comento, com objetivo de desobstruir a pauta do Tribunal, vai de encontro ao que preconiza a Constituição no art. 102, inciso I, alínea “f”:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente

(...)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

Ora, conforme o Tribunal Superior negue a ordem, passa ele a ser autoridade coatora, surgindo, então, a competência do Supremo Tribunal Federal, afinal, lembre-se do ensinamento de Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 660) “a competência em matéria de *habeas corpus* será determinada de acordo

com a autoridade coatora, ou com a qualidade da pessoa vítima da lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção”.

No geral, mediante caminho lógico, é cabível o *habeas corpus* substitutivo. Ora, a própria Súmula 691 do Supremo trata de declarar incabível a impetração de *habeas corpus* em face da negativa de liminar, mas silencia quanto à decisão colegiada de mérito. Todavia assim não entendeu o Supremo, que negou o *habeas corpus* originário. Em consequência, os causídicos passaram, então, a interpor recurso ordinário, o que foi, logo após, declarado incabível pelo Supremo.

Tanto cerceamento deságua no causalismo dos Ministros, o que dificulta, inclusive, a consulta a uma jurisprudência, isto é, a um conjunto de decisões similares, um núcleo duro de posicionamento daquele egrégio Tribunal, enquanto, por outro lado, fomenta a atecnia do Tribunal que ocupa o topo do Poder Judiciário.

8 DENEGAÇÃO DO RELATOR E O JUÍZO FINAL: ALCANCE DA SÚMULA 606

Preconiza a súmula nº 606 do Supremo Tribunal Federal, dos idos dos anos oitenta, que “não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso”. Noutros termos, com a apreciação da ação autônoma de impugnação por órgão colegiado, a questão se encontra julgada para todos os efeitos.

Todavia, comumente o Supremo ignora a literalidade das normas em razão de questões metajurídicas, sejam elas políticas ou operacionais, de modo que se ampliou uma norma restritiva, mais uma vez no campo dos direitos e garantias fundamentais para, então, inadmitir *habeas corpus* também em contraponto a decisões de quaisquer de seus irreparáveis Ministros, conforme se observa no Agravo Regimental no Habeas Corpus 167.105.

A título de contextualização, alerte-se que toda a sociedade se encontra ameaçada de cerceamento processual penal com a solidificação deste entendimento, o que inclui, por exemplo, membros do Ministério Público.

Ora, as buscas no endereço do citado ex-Procurador-Geral da República foram determinadas de ofício, no bojo de inquérito policial, por um dos membros do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes. Ainda mais grave, a medida fora exarada por órgão julgador destituído de qualquer resquício de competência. Todavia, caso seja aplicado o posicionamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal mediante interpretação análoga da Súmula nº 606, nem sequer se poderá impetrar *habeas corpus*, afinal, se as Turmas não erram, tampouco os Ministros.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, mediante nova criação de cerceamento à impetração do *habeas corpus* promove nova leitura do direito

fundamental previsto no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição, que assim passa a constar, segundo Alberto Zacharias Toron (2018, p. 110):

conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, salvo quando oriundo de Ministro do STF, *porque aí não há remédio*.

Ocorre que, com breve pesquisa, pode se encontrar julgado em que fora admitido o habeas corpus impetrado em situação idêntica, desta feita no bojo da Operação Lava Jato (HC nº 127.483), o que demonstra, conforme vem sendo ressaltado, o subjetivismo criado pelos integrantes do STF.

9 INOVAÇÃO JUDICIAL: A EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO

Conforme vem sendo exposto à luz, com o crescimento da demanda de *habeas corpus* nos Tribunais houve várias criações pela via exegética de restrições à impetração do remédio sob. Como se isso não bastasse, tratou-se de tratar questões de mérito como requisitos de admissibilidade, tudo com o fito de possibilitar um julgamento sumário do *writ*.

Não se contentando com a analogia da Súmula 606 e a criação do enunciado de igual natureza de n.º 691, ambos do Supremo Tribunal Federal, passaram os tribunais a exigir o prequestionamento das teses ventiladas. A título de esclarecimento, segundo leciona o professor Renato Montans de Sá (2016, p. 1139) “prequestionamento consiste na necessidade de a questão constitucional ou federal ter sido ventilada no acórdão recorrido”.

Destarte, novamente levada a efeito pela via da exegese, é justamente esta exigência que os Tribunais Superiores passaram a promover, consoante se observa do voto do Ministro Humberto Martins no Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 300.047, em que evidenciou o entendimento da Primeira Turma pela inadmissibilidade de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, ressalvados casos excepcionais de flagrante ilegalidade.

A imposição do prequestionamento enquanto requisito de admissibilidade é natural aos Recursos Especial (REsp) e Extraordinário (RE), que não são recursos ordinários.

Entretanto, no que toca ao *habeas corpus*, a criação jurisprudencial ignora o papel do Poder Judiciário de dar concretude às normas, a saber, especificamente ao art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas

corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

Ora, há competência para expedir ordem de ofício no bojo do remédio heroico, não havendo que se falar em falta de competência ou supressão de instância. A situação toma contornos ainda mais dramáticos nos casos em que as teses foram suscitadas, porém não apreciadas pelo Juízo. Ora, como o Poder Judiciário pode impor um ônus à parte de uma omissão que ele próprio gerou? É bem verdade que, quando manifesto o constrangimento ilegal os Tribunais têm relativizado esta regra, conforme se observa do *Habeas Corpus* 453.827-SP.

Todavia o prejuízo se faz presente à advocacia, pois, novamente, para ter seu habeas corpus conhecido (ou, ao menos, concedido de ofício), deve-se apresentar a ilegalidade de forma ainda mais evidente. Do contrário, a sorte do remédio heroico ali encontra seu fim, sem mais nem menos, tendo a mesma “sorte” o direito à liberdade de locomoção de um ser humano posto à análise.

A título de desenlace, mostra-se de difícil compreensão apresentar a exigência de prequestionamento, no bojo do *habeas corpus*, na condição de direito absoluto do tribunal de origem de examinar toda e qualquer tese que não fora perante ele suscitada.

Ora, se verificada ilegalidade com prejuízo ou ameaça de prejuízo à locomoção de alguém, a Constituição Federal, então, não se limita a sugerir ou a conferir ao julgador a possibilidade de concessão da ordem, mas a impõe, conforme enunciado do art. 5º, inciso LXVIII: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Ademais, se já não se conhece, o que falta para que os Tribunais criem nova restrição exegética e passem a nem sequer admitir a concessão da ordem de ofício? Afinal, a pedra angular que proibiria a promoção destas tantas restrições fora ignorada, a saber, a impossibilidade de o intérprete levantar restrições a direitos e garantias fundamentais onde nem mesmo o legislador fez.

Afinal, a regra, consolidada ao menos na doutrina, sempre foi a interpretação mais eficiente das garantias constitucionais.

10 CONCLUSÃO

No que se refere às atuais restrições ao *habeas corpus*, mostrou-se viável analisar, historicamente, a crescente imposição de barreiras à admissão do habeas corpus, todas de origem exegética e jurisprudencial.

Dado o aumento expressivo da atividade persecutória estatal, acompanhado de multiplicação das mais diversas ilegalidades em desfavor da liberdade de locomoção, restou à sociedade a impetração de habeas corpus. Diante deste efeito, natural o aumento da demanda de ações a serem julgadas, a linha dos Tribunais foi a de passar a não conhecer as ações de *habeas corpus*.

As argumentações restritivas foram várias, desde equiparar o *habeas corpus* indevidamente ao agravo para, então, proibi-lo nesta condição em razão, como fora dito, tão somente das dificuldades operacionais das Cortes, a passar pela vedação do *habeas corpus* em face de decisão denegatória de liminar.

Como se isso não bastasse, a caminhar pela contrariedade à Constituição onde se fez constar, na concretização das normas, que o Supremo não tem competência para julgar violações monocráticas, exigindo, destarte, o julgamento colegiado do tribunal de origem. A passear, ainda, pela vedação à impetração do *writ* substitutivo de Recurso em Habeas Corpus e a culminar, por ora, na exigência do prequestionamento.

A bem da verdade, o mais preocupante à ciência processual penal é a razão de tamanhos cerceamentos: dificuldades operacionais. Não há critério jurídico, mas prático. Nada mais teria o condão de demonstrar de forma alva (conforme os Tribunais exigem o esclarecimento) o subdesenvolvimento das instituições jurídicas, em acompanhamento ao definhamento das políticas, o que dificulta a efetivação da Justiça, principalmente no tocante a direitos e liberdades.

Ademais, diante de tamanhas limitações práticas, nada se faz. O ordenamento jurídico se encontra defasado, a contar com um sistema recursal que apresenta involuções constantes o que maximiza a demanda anteriormente citada.

Além, em face de altas demandas e limitações práticas, como explicar a existência de apenas duas turmas com competência penal e processual penal no Superior Tribunal de Justiça? Como explicar, ainda, limitações semelhantes no Supremo Tribunal Federal, que se mantém firme na defesa das causalidades para conceder ordem quando bem entender?

A análise da jurisprudência defensiva nos concedeu a percepção de como há homogeneidade nos Tribunais quando se trata de cercear o alcance e a profundidade da garantia do *habeas corpus*, com ministros a repetir religiosamente as interpretações por eles criadas com o objetivo de limpar a pauta.

Ora, no que se refere aos acórdãos e, conseqüentemente, dos votos dos ministros, observamos que, excluídas as causais exceções por eles aceitas, que se tratam de brechas jurídicas disponíveis ao bom alvitre dos senhores julgadores, quase não houve dissemelhança nos mais diversos julgados, o que demonstra uma mecanização da Justiça em tema sensível como a liberdade de locomoção de alguém ilegalmente coagido ou tolhido.

Esta postura repressiva superou, inclusive, o limite, pois se nega concretização a normas de estatura constitucional. Ora, a nossa Lei Fundamental não previu embargos, embaraços, restrições à impetração e ao conhecimento do *habeas corpus* nestes moldes estudados. Não poderia, então, o intérprete fazê-lo, em área tão sensível como os direitos e garantias fundamentais, que possuem tratamento específico na hermenêutica.

Além, verifica-se a tendência de diminuição do conhecimento do *writ*, afinal, ao interpretar os fatos e concretizar as normas, os ministros sofrem maior impacto de sua jurisprudência do que das leis ou normas constitucionais. Possivelmente por terem predisposição para inovar no ordenamento jurídico sem maiores engessamentos legais.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção a obra-prima de cada autor).
- BRANDÃO, Deborah Julyanne Rocha. Controvérsias acerca da utilização do Habeas Corpus no sistema jurídico brasileiro. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**. Fortaleza, ano 7, n. 1. jan./jun. 2015. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital01-2015/Articulista/DeborahJulyanneRochaBrandao.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.
- BRASIL: Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.
- BRASIL: Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, DF, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006. **Jurisprudência do STF**, 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 691. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. **Jurisprudência do STF**, s.a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1480#:~:text=N%C3%A3o%20compete%20ao%20Supremo%20Tribunal,t>

tribunal%20superior%2C%20indefere%20a%20liminar. Acesso em: 20 jul. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook, 2013. (Coleção de clássicos).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

MELLO, Daniel. Volume crescente de processos no STJ preocupa ministros e juristas. **Agência Brasil**. São Paulo, 27 de mai. de 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/volume-crescente-de-processos-no-stj-preocupa-ministros-e-juristas>. Acesso em: 10 set. 2019.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Fabricia Cristina de Sá. **Direito e autoritarismo: o Supremo Tribunal Federal e os processos de habeas-corpus entre 1964-1969**. 2008. 215 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/3997>. Acesso em: 22 de ago. de 2018.

SARTORI, Caio. STF registra recorde de pedidos de habeas corpus. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 25 de dez. de 2018. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-registra-recorde-de-pedidos-de-habeas-corpus,70002657262>. Acesso em: 28 de ago. 2019.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ**. 2ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ANÁLISE DO STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO A PARTIR DE DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ANALYSIS OF THE LEGAL STATUS OF THE EMBRYO BASED ON A DECISION BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ANOTHER BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Carolina Rezende

*Mestra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/9429603493209338>*

Resumo: A poucos dias de deixar a cadeira de ministra do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2023, a então presidente da Corte, ministra Rosa Weber, proferiu seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 442, que discute suposta violação a preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal (tais como o direito à igualdade, à liberdade, à saúde, à autonomia reprodutiva da mulher e à dignidade da pessoa humana) em razão da criminalização do aborto nas fases iniciais da gestação. A ministra, como relatora do processo, foi a primeira a proferir a decisão, e, até o momento, a única, de forma que ainda não temos um posicionamento da Corte a esse respeito. Diante da evolução dos debates jurídicos sobre bioética e direitos humanos, e da possibilidade de reabertura dos debates e de uma eventual decisão nos próximos anos, entendemos ser relevante realizar uma análise do status jurídico do embrião, destacando a decisão do Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a ADI 3510-DF, decidida pelo Supremo Tribunal Federal. É o que propõe esse artigo.

Palavras-chave: status jurídico; embrião; bioética; decisões judiciais.

Abstract: A few days before stepping down from the position of Minister of the Brazilian Federal Supreme Court in September 2023, the then President of the Court, Minister Rosa Weber, delivered her vote in ADPF n. 442, which discusses the alleged violation of fundamental precepts guaranteed by the Federal Constitution (such as the right to equality, freedom, health, reproductive autonomy of women, and human dignity) due to the criminalization of abortion in the early stages of pregnancy. As the rapporteur of the case, the minister was the first to render a decision and, so far, the only one, so we still do not have a position from the Court. Given the evolution of legal debates on bioethics and human rights, the possibility of reopening debates and a possible decision in the coming years, we believe it is relevant to analyze the legal status of the embryo, highlighting the decision in the Case Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, rendered by the Inter-American Court of Human Rights, and ADI n. 3510-DF, decided by the Federal Supreme Court. This is what this article proposes.

Keywords: legal status; embryo; bioethics; court decisions.

Submetido em 17 de janeiro de 2024. Aprovado em abril de 2024.

1 INTRODUÇÃO

Não há um consenso jurídico ou científico acerca do início da vida humana, já que a percepção de seu início é variável a depender do critério utilizado. Na biologia e no estudo médico do início da vida diferentes estágios de desenvolvimento humano são referenciados. Segundo aponta Goldim (2007), os principais estágios para determinação do início da vida são os seguintes: celular (momento da fusão dos gametas), divisional (primeira divisão celular), suporte materno (quando ocorre a implantação do pré-embrião no útero), individualização (células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos), neural (notocorda maciça), cardíaca (início dos batimentos cardíacos), senciência (respostas reflexas à dor e à pressão), encefálica (registro de ondas eletroencefalográficas), viabilidade extrauterina (probabilidade de ao menos dez por cento de sobrevivência fora do útero) e nascimento (momento que se segue ao parto) – havendo ainda outros possíveis, ainda que menos adotados.

Como os critérios podem ser diferentes, também as consequências jurídicas advindas de cada possível definição serão diferentes. Por isso, embora não haja consenso quanto ao que seria o início da vida humana (afinal, ela ocorre por um *continuum* de alterações que fazem com que, ao final, nasça um indivíduo), juridicamente, exige-se uma definição.

O posicionamento legal do embrião (ou seja, qual seu status jurídico) é um tema amplamente discutido nos campos da bioética e do direito biomédico, sendo imprescindível aprofundar essa análise. A questão envolve a indagação sobre quais direitos individuais e humanos estão garantidos durante sua formação, se todos, alguns ou nenhum, e em que estágio do desenvolvimento do indivíduo esses direitos são reconhecidos.

A esse respeito, duas decisões serão analisadas: uma do sistema regional de proteção aos direitos humanos, com decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*; a outra, no âmbito nacional, do Supremo Tribunal Federal (STF), na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF. A escolha desses julgamentos se justifica pela importância de ambas as Cortes como guardiãs dos direitos humanos e fundamentais, respectivamente.

2 CIDH: CASO ARTAVIA MURILLO *ET AL.* V. COSTA RICA

No caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pleiteava-se a responsabilização internacional da Costa Rica pelos efeitos gerados a um grupo de pessoas devido à proibição geral de praticar fertilização *in vitro*.

Entre 1995 e 2000, a Costa Rica permitia a prática de fertilização *in vitro* (FIV). Contudo, em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Corte

Suprema costarriquenha proferiu decisão alterando essa prática ao deliberar que a FIV comprometia a vida do embrião.

A argumentação central da Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica baseou-se na interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece a proteção do direito à vida “em geral, a partir da concepção” (art. 4.1). Assumindo que a “concepção” a que o artigo faz menção ocorre quando o óvulo é fecundado, a Sala Constitucional decidiu que, desde esse momento, dever-se-ia proteger o embrião¹ como pessoa titular do direito à vida. Em consonância com essa interpretação, que atribui proteção à vida desde a concepção, a prática de FIV, que envolve o descarte ou congelamento de embriões, foi proibida no país. Indivíduos afetados por essa mudança, porém, contestaram a decisão junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Considerando que essa determinação da mais alta Corte costarriquenha fundamentou-se na interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qualidade de intérprete final do documento, confrontou-se com a obrigação de esclarecer a extensão do direito em questão. Para realizar tal tarefa, a Corte analisou os termos “pessoa”, “ser humano”, “concepção” e “em geral”, presentes nos artigos 1.2 e 4.1 da Convenção.

O artigo 1º da Convenção Americana (OEA, 1969) assim estabelece:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda *pessoa* que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, *pessoa* é todo *ser humano*.

A Corte observou que, durante os trabalhos preparatórios, os termos “pessoa” e “ser humano” foram utilizados sem o intuito de fazer a diferença entre essas duas expressões. O artigo 1.2 da Convenção, aliás, especifica que os dois termos devem ser entendidos como sinônimos.

Na decisão, também foram evocados, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. No que se refere à primeira, foi examinado o conteúdo de seu artigo inaugural, que estabelece que “[t]odos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” (ONU, 1948). A Corte destacou que o termo “nascer” foi

¹ Embora façamos a distinção entre pré-embrião e embrião, a decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica não o faz. Por isso, usaremos, nesse caso, o termo como originalmente utilizado: embrião.

deliberadamente escolhido nos debates preparatórios do instrumento precisamente para excluir os não nascidos dos direitos consagrados na Declaração. Como os redatores do documento rejeitaram expressamente a ideia de eliminar esse termo, concluíram tratar-se de uma escolha consciente. Assim, o texto resultante refletiria de forma intencional que os direitos consagrados na Declaração são inerentes ao momento do nascimento. Conseqüentemente, a expressão “ser humano” utilizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos não se estenderia no sentido de incluir o não nascido.

No que diz respeito ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que declara que “[o] direito à vida é inerente à pessoa humana” (art. 6.1), a Corte notou que, durante a segunda sessão da Comissão de Direitos Humanos, em dezembro de 1947, houve uma proposta do Líbano para acrescentar ao direito à vida a expressão “desde o momento da concepção”. Entretanto, devido ao fato de muitos Estados membros permitirem o aborto, mesmo que em circunstâncias específicas, houve resistência à adoção dessa formulação. Outras sugestões com sentido semelhante foram posteriormente apresentadas, sendo todas rechaçadas. A conclusão da Corte foi de que os debates preparatórios para a elaboração do mencionado artigo do PIDCP indicam que os Estados não pretendiam considerar o não nascido como uma pessoa, não concedendo a ele o mesmo nível de proteção conferido às pessoas nascidas.

O item 1 do artigo 4 da Convenção Americana, por sua vez, estabelece: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Antes da existência da FIV, a possibilidade de fertilização em ambiente extracorpóreo não era considerada cientificamente, e, portanto, a distinção entre os momentos da fecundação e da implantação não era juridicamente necessária, resultando em uma confusão relativa entre os termos “fertilização” e “concepção”. No contexto científico atual, no entanto, é imperativo uma interpretação cuidadosa destes termos.

A esse respeito, a Corte pondera que a discussão quanto ao conteúdo do termo “concepção” ganha importante relevo em razão do advento da fertilização *in vitro*, porquanto nessa não há uma continuidade natural da união do óvulo e do espermatozoide até um ser humano, necessitando da intervenção humana, com a implantação desse resultado.

Embora no entendimento da Corte Suprema da Costa Rica “concepção” corresponda ao momento de fertilização do óvulo pelo espermatozoide, segundo contribuição do perito Zegers no processo na CIDH, quando a Convenção Americana foi assinada, em 1969, a Real Academia da Língua

Espanhola (uma das línguas oficiais para interpretação do documento¹ e língua oficial da Costa Rica) definiu concepção como “ação e efeito de conceber”; “conceber” como “engravidar a mulher” e “fecundar” como “juntar o elemento reprodutor masculino ao feminino para dar origem a um novo ser” (CIDH, 2012, p. 57).

A Corte, então, concluiu que, na época da redação do artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário mais amplo da língua espanhola fazia uma distinção entre fecundação e concepção, atribuindo a esta última (termo adotado pela Convenção Americana) o significado de implantação – definições que se mantêm no Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola.

Além da interpretação gramatical, a Corte levou em consideração que, embora o óvulo fecundado² dê origem a uma célula com informações genéticas suficientes para potencial desenvolvimento humano, a ausência de implantação do pré-embrião no corpo da mulher inviabiliza suas chances de desenvolvimento, pois é a implantação da blástula (célula resultante do óvulo fecundado, com a junção dos núcleos das células sexuais e a formação de uma célula com núcleo único e as sucessivas divisões celulares) no útero materno que possibilita a conexão dessa nova célula com o sistema circulatório materno, permitindo-lhe acessar todos os hormônios e outros elementos necessários ao desenvolvimento do embrião. Assim, é impossível seu desenvolvimento de forma dissociada do útero materno.

As alegações do Estado costarricense sustentavam, ainda, que não deveriam ser permitidos métodos de fertilização que violassem o direito à vida, argumentando que esse direito seria adquirido em um momento anterior à implantação.

A esse respeito, a Corte reconheceu a importância do direito à vida, visto que seu exercício é fundamental para a realização de todos os outros direitos humanos. No entanto, afirmou que esse direito não possui caráter absoluto, devendo ser equilibrado com outros valores, princípios e direitos.

Diante dessa consideração, a Corte notou que, em relação à formulação “desde o momento da concepção” presente no artigo 2 da Convenção Americana, optou-se por adicionar a expressão “em geral” como um meio de harmonizar o documento com as legislações dos Estados americanos que autorizavam o aborto. Em seus próprios termos:

Nesse sentido, a cláusula "em geral" tem por objeto e finalidade permitir que, em caso de conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. Em outras

¹ Segundo o art. 20.1 da Convenção, são idiomas oficiais da Corte os mesmos da OEA, ou seja, o espanhol, o inglês, o português, e o francês.

² A fecundação é o processo em que o espermatozoide penetra no óvulo, resultando em uma interação e fusão dos gametas masculino e feminino (cada qual, uma célula n). A fusão dos complementos cromossômicos de origem paterna e materna gera uma célula de um único núcleo (2n) denominada zigoto (Moore, 2016).

palavras, o objeto e propósito do artigo 4.1 da Convenção não é entender o direito à vida como um direito absoluto, cuja suposta proteção pode justificar a negação total de outros direitos (CIDH, 2012, p. 81).

O objetivo do artigo 4.1 da Convenção, portanto, consistiria em proteger o direito à vida sem implicar a negação de outros direitos resguardados pelo mesmo documento. Assim, quando o exercício do poder concebido pela Convenção interfira no exercício de outros direitos nela estabelecidos, poderia se submeter ao escrutínio da Corte, que procederia a sua ponderação¹. A Corte acrescentou, ainda, ser possível concluir que:

[...] a proteção do direito à vida de acordo com a referida disposição não é absoluta, mas gradual e incremental conforme seu desenvolvimento, uma vez que não se constitui em uma proteção absoluta e dever incondicional, ao contrário, implica compreender a origem das exceções à regra geral (CIDH, 2012, p. 83).

Assim, embora o não nascido seja um bem jurídico a ser protegido, não é uma pessoa; embora o pré-embrião humano (em seu estado de zigoto, mórula ou blástula) pertença à espécie humana, não é um ser humano.

Concluiu-se, enfim, que não era viável considerar a fertilização - ou seja, período anterior à implantação do embrião no útero materno – como o ponto inicial da proteção legal à vida. Manifestou-se, ainda, no sentido de que a proibição da fertilização *in vitro* de forma absoluta constituiria uma limitação ao direito de formar uma família de acordo com as decisões do casal, pois, segundo a Corte, “embora constitua um meio de materializar uma decisão protegida pela Convenção Americana, a proibição de acesso à técnica constitui necessariamente uma interferência ou restrição no exercício dos direitos convencionais [tradução nossa]” (CIDH, 2012, p. 49).

Portanto, em 28 de novembro de 2012, a Corte emitiu uma decisão favorável ao pedido, responsabilizando internacionalmente a Costa Rica. Como resultado, a Corte recomendou que o Estado da Costa Rica suspendesse a proibição da fertilização *in vitro* no país, garantisse a regulamentação adequada da matéria e providenciasse reparação às vítimas, tanto em termos materiais quanto morais.

Com base nessa decisão, pode-se inferir que o congelamento e o descarte, práticas inerentes à fertilização *in vitro*, são aceitáveis à luz da Convenção

¹ Interessante observar que o Brasil esteve entre os países contrários à incorporação da expressão “em geral”. A delegação brasileira considerou que a sua cláusula final era vaga e, por isso, poderia suscitar dúvidas que dificultariam não só a aceitação desse artigo, como sua aplicação, e concluiu ser preferível que a formulação “em geral, desde o momento da concepção” fosse eliminada, deixando a matéria para a legislação de cada país. Por maioria dos votos, entretanto, foi aprovado o texto como apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que continua como o texto do artigo 4.1 da Convenção Americana) (CIDH, 2012).

Americana de Direitos Humanos. A seguir, exploraremos uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que também abordou a questão do status jurídico do pré-embrião.

3 STF: ADI 3.510-DF

Outro caso relevante para examinar o status jurídico do pré-embrião é a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, em que se questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei da Biossegurança (Lei Federal n. 11.105/2005). Conforme o dispositivo, a utilização de pré-embriões humanos excedentários (produzidos por técnicas de reprodução assistida, mas não implantados) é permitida para fins de pesquisa e terapia de células-tronco embrionárias. Eis o teor do mencionado artigo:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (Brasil, 2005)

As células-tronco embrionárias constituem uma população celular presente em cada embrião humano até 14 dias, sendo que alguns cientistas reduzem esse período à fase de blastocisto, estágio do desenvolvimento embrionário após sucessivas divisões celulares da mórula, (a estrutura inicial), que ocorre aproximadamente cinco dias após a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. O blastocisto possui uma camada externa de células que é fundamental para a implantação do embrião no útero materno, e uma massa interna de células pluri e totipotentes¹.

¹ A pluripotência está relacionada à capacidade de se transformar em qualquer um dos 216 tipos de células que compõem o corpo humano; a totipotência, à capacidade de gerar um ser humano completo (Canola, 2009).

Como era de se esperar, essa descoberta impulsionou pesquisas sobre as aplicações terapêuticas dessas células, atraindo investimentos de universidades e empresas interessadas em desenvolver tratamentos para doenças crônico-degenerativas, como as cardiovasculares, hematológicas, diabetes tipo 1, imunodeficiências e doenças neurológicas de origem clínica ou traumática. Como exposto no voto do ministro Celso de Mello,

[a] pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor) (Brasil, 2010).

O caso examinado na ADI 3.510/DF foi marcado pela realização da primeira audiência pública na história do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em abril de 2007. A argumentação central da Procuradoria Geral, ao contestar a constitucionalidade do mencionado artigo, sustentava que o início da vida ocorre no momento da fecundação, ou seja, na união dos gametas feminino e masculino. Como, segundo essa perspectiva, a vida humana teria início na fecundação, a extração de células-tronco de pré-embriões – com sua subsequente destruição – implicaria na violação do direito à vida.

A proteção jurídica conferida ao pré-embrião na legislação brasileira é tema controverso, uma vez que, embora a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) assegure o direito à vida¹, ela não aborda o início da vida humana ou o momento exato em que essa proteção jurídica se inicia. Por outro lado, o início da personalidade civil é claramente definido no ordenamento jurídico brasileiro como sendo o nascimento com vida; no entanto, essa mesma disposição estende a proteção mesmo antes do nascimento, ao estabelecer, na segunda parte do art. 2º, que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Permanece, portanto, a controvérsia em relação ao momento em que o direito à vida é legalmente conferido e se todos os direitos reservados às pessoas nascidas vivas são garantidos ao pré-embrião em ambiente extrauterino.

Na decisão, o STF observou que o pré-embrião *in vitro* não está abrangido pela proteção destinada à criança, uma vez que o art. 227 e seus §§1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º da CRFB/88 utilizam esse termo (criança) para referir-se ao indivíduo ou criatura humana que já ultrapassou a fronteira da vida intrauterina.

¹ CRFB, art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

Conforme destacado pelo ministro Ayres Britto em seu relatório (Brasil, 2010), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 2º, considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, aplicando-se, portanto, apenas ao nascido vivo, ou seja, aquele que já possui vida extrauterina.

É relevante enfatizar que o caso analisado não envolve aborto, pois não há gravidez. Mayana Zatz, cientista que testemunhou na audiência pública durante o julgamento da ADI 3.510, destacou a esse respeito: “[n]o aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana” (Brasil, 2010, p. 143)¹.

Conforme visto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) interpretou a Convenção Americana de Direitos Humanos, na qual se assegura o direito à vida "em geral, desde a concepção", dando à concepção um significado distinto da fecundação. Segundo essa interpretação, os direitos do nascituro não se aplicam ao pré-embrião em ambiente extracorpóreo, ou seja, ao zigoto, mórula ou blástula não implantado no corpo materno. Embora esse argumento não tenha sido utilizado na decisão do STF, devido ao julgamento ter ocorrido cinco anos antes da decisão da CIDH, consideramos pertinente mencioná-lo.

Uma das razões apresentadas para sustentar a ideia de que o início da vida humana ocorre na fecundação, conforme a argumentação da Procuradoria, é que, a partir desse momento, a informação genética do indivíduo já está definida (Brasil, 2010). Contudo, Alves e Oliveira (2014) argumentam que a identidade genética e a individuação não são coincidentes, pois apenas após o aparecimento da linha primitiva seria possível determinar que a identidade genética do zigoto corresponde a um desenvolvimento singular. O aparecimento da linha primitiva, por sua vez, depende do desenvolvimento embrionário, já que tem início com o processo de embriogênese, durante a implantação no útero materno.

Como o pré-embrião com menos de 14 dias é composto por um conjunto de células semelhantes e indiferenciadas, é viável, por meio da tecnologia, originar um indivíduo a partir de cada uma de suas células. De acordo com as explicações de Frias (2010), os pré-embriões ainda têm a capacidade de se dividir em dois ou mais embriões, ou mesmo de se fundirem dois pré-embriões em um único. Além disso, devido à sua indiferenciação, ainda não se pode determinar quais células formarão o embrião e quais originarão as membranas extraembrionárias. Conforme argumenta o autor, “o embrião ainda

¹ Mesmo em relação à vedação ao aborto constante no Código Penal brasileiro, aliás, cabe ressaltar que não se reconhece a pressuposição de que ali estejam presentes duas pessoas: a mulher grávida e o embrião em gestação; reconhece-se, aí sim, que, “apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger” (Brasil, 2010, p. 171).

não é propriamente um indivíduo (seria uma extensão bastante implausível do direito à vida dizer que ele começa antes que a vida humana individual comece)” (Frias, 2010, p. 321). A individuação, portanto, não ocorreria no momento da concepção, uma vez que também dependeria do ambiente materno.

Essa perspectiva reflete o entendimento da ministra Ellen Gracie, que, em seu voto, faz referência a Cesarino. Este esclarece que:

[...] somente após esse estágio pré-embriônico, com duração de 14 dias, é que surge o embrião como uma estrutura propriamente individual, com (1) o aparecimento da linha primitiva, que é a estrutura da qual se originará a coluna vertebral, (2) a perda da capacidade de divisão e de fusão do embrião e (3) a separação do conjunto celular que formará o feto daquele outro que gerará os anexos embriônicos, como a placenta e o cordão umbilical. Tais ocorrências coincidem com a nidação, ou seja, o momento no qual o embrião se fixaria na parede do útero (Brasil, 2010, p. 216).

Ademais, conforme exposto no voto do ministro Menezes Direito, ao citar Pranke:

A gravidez é a sintonia entre o embrião e o próprio útero da mulher. A ovulação prepara o útero para receber o embrião. Tanto que, se o embrião gerado *in vitro*, crescido até o quinto dia, não for introduzido no corpo feminino enquanto organicamente o útero estiver preparado, e for introduzido no organismo da mulher dias mais tarde, a implantação não ocorre. Ou seja, aquele embrião só tem a potencialidade de se transformar em um bebê se for introduzido no útero em condições favoráveis de implantação, o que, de forma natural, só ocorre em sincronismo com o processo da ovulação, ou se, artificialmente, o endométrio materno for 'preparado'. Isso ocorre apenas durante a janela de implantação, em que todas as condições estão adequadas para receber aquele embrião. Afora essa condição, o embrião, mesmo introduzido no organismo materno, não tem como ser implantado. Então, não basta apenas colocar o embrião no organismo materno. Ele tem que estar lá no momento em que o útero está preparado para recebê-lo. E isso ocorre quando seu endométrio está secretando uma série de fatores que poderão interagir com o embrião para ajudar na sua implantação e transformação (Brasil, 2010, p. 273-274).

Segundo Washington de Barros Monteiro (citado no voto do ministro Menezes Direito), o nascituro é a pessoa em potencial, diferenciando-se do embrião não implantado no ventre materno, uma vez que este último não pode ser considerado um fato futuro e certo (STF, 2010). Uma coisa é considerada em potência se não necessita de qualquer acréscimo, alteração ou subtração para que se desenvolva em matéria. Portanto, se não há uma intervenção externa que

impeça seu desenvolvimento, diz-se que a coisa existe em potência. No caso do pré-embrião *in vitro*, seu desenvolvimento só ocorrerá de forma completa, culminando no nascimento de uma criança, quando implantado no útero materno.

O relator da ADI 3.510, ministro Ayres Britto, afirmou ainda que, apesar de ainda não serem considerados pessoas, o material obtido em fertilização *in vitro* deve ser objeto de proteção pelo direito.

A decisão destacou também o fato de o Congresso Nacional, ao avaliar a constitucionalidade do então projeto de lei, ter defendido sua constitucionalidade, argumentando que os direitos constitucionais podem ser moldados pelo legislador, incluindo o direito à vida. Além disso, ressaltou que o Estado já autoriza o uso de técnicas que eliminam o pré-embrião antes da ocorrência da nidação, como no caso da fertilização *in vitro*, do dispositivo intrauterino (DIU) de cobre e da "pílula do dia seguinte", os quais não impedem a fecundação, mas evitam a nidação (Arie *et al.*, 2007). Se fosse de outra maneira, a utilização de métodos de fertilização artificial que envolvessem o procedimento *in vitro* implicaria o dever de implantação para nidação no corpo da mulher responsável pelos óvulos fecundados (que em alguns casos podem ultrapassar dez). Contudo, é evidente que tal obrigação não existe, pois seria incompatível com o próprio princípio do planejamento familiar (art. 226, §7º, CRFB/88). O STF também reconheceu essa situação, destacando que “[p]ara que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição” (Brasil, 2010, p. 139).

A decisão do STF, por fim, foi de considerar a ADI totalmente improcedente, por maioria dos votos, considerando constitucional o dispositivo questionado (art. 5º, Lei n. 11.105/05). A Corte entendeu que o embrião excedentário (pré-embrião obtido e cultivado em ambiente extracorpóreo) “é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião” (Brasil, 2010, p. 137). Assim, apesar de pertencer à espécie humana e poder ser implantado, adquirindo potencialidade de vida – merecendo, por isso, tutela jurídica diferenciada –, ainda não é, juridicamente, considerado uma pessoa. Apenas após o nascimento essa condição será adquirida, situação em que será enfim detentora de todos os direitos fundamentais, incluindo o direito à vida.

4 DISCUSSÃO

Do exame da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica* e do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510-DF, torna-se evidente que ambas as Cortes estabelecem que a fertilização do óvulo pelo espermatozoide em ambiente extracorpóreo (ou seja, por meio

do procedimento *in vitro*) e a subsequente capacidade de adquirir potencialidade à vida (que será alcançada se esse pré-embrião for implantado no útero materno) garantem a esse embrião uma proteção jurídica especial. A implantação do pré-embrião no útero materno e o consequente processo de nidacão – quando ocorre a fixação do embrião na parede do útero – representam a concepção.

Para que células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento sejam utilizadas em pesquisa (e, como consequência, não sejam implantados, ou seja, tenham seu desenvolvimento obstando quanto à possibilidade de atingir o estágio da concepção), o artigo 5º da Lei de Biossegurança (cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF) estipula duas condições: que sejam inviáveis ou que estejam criopreservados por mais de três anos¹.

Para entender o que precisamente seriam “embriões inviáveis” do ponto de vista jurídico, recorreremos ao Decreto n. 5.591 de 2005, que regulamenta a Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) e, em seu artigo 3º, inciso XIII estabelece:

embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.

Ambos os casos – embriões com ausências genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantação que tenham seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem em período superior a 24 horas após a fertilização *in vitro*, e embriões com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião – se justificam, pois mesmo que venham a ser transferidos para o útero, não se desenvolverão até gerar um nascido vivo. O embrião inviável, portanto, não se desenvolverá a ponto de nascer com vida – ou seja, não se pode afirmar que ele tem a potencialidade à vida, requisito para garantir a proteção à vida.

Quando a CIDH e o STF estabeleceram ser a concepção o marco em que essa proteção se vê acautelada, não o faz de forma peremptória, mas de modo geral – ou seja, admitindo que, em regra, o curso para o nascimento com vida seguirá a partir desse evento. Contudo, há situações, como a verificada no caso de embriões inviáveis, em que esse curso será interrompido (nesse caso,

¹ O dispositivo estipula ainda que em ambas as situações é necessário o consentimento dos genitores; veda a comercialização do material biológico e obriga que as instituições de pesquisa e os serviços de saúde envolvidos em pesquisas ou terapias com células-tronco embrionárias humanas submetam seus projetos à análise e aprovação dos comitês de ética em pesquisa pertinentes.

sabidamente interrompido; de antemão conhecida a sua inabilidade de avançar todos os estágios que levariam esse embrião ao nascimento com vida).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, em que se discutia acerca da antecipação terapêutica do parto nos casos de feto anencéfalo, o STF analisou a constitucionalidade dessa prática. No caso, a interrupção da gravidez¹ quando é diagnosticada a anencefalia fetal (caracterizada pela ausência do encéfalo e do crânio devido a um defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária) foi permitida sob o argumento de que essa condição representava uma situação de incompatibilidade com a vida extrauterina e, portanto, a proibição violava direitos fundamentais da gestante. A decisão fundamentou-se no consenso científico de que o término da vida ocorre com a morte cerebral ou encefálica, que representa a interrupção irreversível e definitiva da atividade elétrica cerebral (Gherardi e Kurlat, 2005). Assim, o feto sem atividade neural já nasceria sem vida e o fato de, ao término do período gravídico ele, eventualmente, vir a respirar e ter batimento cardíaco, não seria suficiente para fazer com que adquirisse personalidade jurídica.

Essa mesma interpretação pode ser aplicada ao pré-embrião inviável: como não está vinculado à vida, não há justificativa para proteger seus direitos. A possibilidade de implantar no útero um pré-embrião que não se desenvolverá ou que alcançará apenas os estágios iniciais de formação de um indivíduo, resultando em um aborto espontâneo posterior, seria eticamente questionável e poderia causar danos físicos e emocionais desnecessários à gestante e aos genitores, além de implicar custos financeiros consideráveis. Assim, em conformidade com os princípios éticos biomédicos da beneficência e não maleficência, não seria razoável admitir a implantação nessas condições.

A segunda condição estabelecida pelo art. 5º da Lei de Biossegurança que possibilita a pesquisa com células-tronco embrionárias é que os embriões *in vitro* estejam criopreservados por mais de três anos. A técnica de criopreservação mantém as células germinativas a temperaturas muito baixas para preservação até uma eventual implantação futura. Até 2010, não havia disposições quanto ao descarte de pré-embriões criopreservados. A Resolução CFM n. 1.957/2010, porém, passou a determinar que esses permanecessem nessa condição por tempo indeterminado, não prevendo a possibilidade de descarte^{2 3}. Em 2013, entretanto, uma nova resolução foi estabelecida pelo CFM (Resolução n.

¹ A conclusão no caso de interrupção de gravidez de feto anencéfalo foi de que não se tratava de aborto, mas de antecipação terapêutica do parto, possível no caso em análise.

² Resolução CFM n. 1.957/2010, V, 2: “Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados”.

³ Como a criopreservação era obrigatória por tempo indeterminado, o custo do procedimento acabava sendo absorvido pela clínica de fertilização, pois impossível cobrar de antemão todo o valor envolvido no procedimento por toda a eternidade; se, eventualmente, a clínica era desfeita, um desafio se impunha: o que fazer com os embriões congelados? Como convencer outra clínica a preservá-los sem que fosse possível pagar pelos custos?

2013/2013), revogando a determinação anterior e dispondo que os (pré-) embriões congelados por mais de cinco anos poderiam ser descartados se os pacientes assim decidissem¹. A resolução do CFM de 2017 alterou esse prazo para três anos, mantido na resolução de 2021 (Resolução n. 2.294/2021)². Resolução mais atual sobre o tema (Resolução n. 2.320/2022), porém, não mais dispõe sobre prazo mínimo para criopreservação – o que, na prática, faz com que o estabelecido na Lei de Biossegurança possa ser cumprido tal como disposto, sem que seja necessária a cumulação de requisitos, mas a possibilidade quando qualquer das duas condições se verificarem.

5 CONCLUSÃO

A discussão sobre o status jurídico do embrião em diferentes estágios de desenvolvimento, como abordado nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, pode ter implicações indiretas na análise da possibilidade de aborto em gestações de até 12 semanas, como a que ocorrerá no STF, e que o voto da relatora já foi proferido. O momento em que se considera o início da vida e, por conseguinte, a aquisição de personalidade jurídica, bem como os argumentos e as definições e entendimentos jurídicos a respeito, podem – e, provavelmente, vão – influenciar o debate sobre a legalidade e os limites do aborto.

Alguns dos argumentos levantados pela relatora e então ministra Rosa Weber em seu voto pela possibilidade de aborto até as doze semanas estão o reconhecimento de que o feto passa por estágios progressivos até o nascimento. Discutiu-se, aqui, como as decisões da CIDH e do STF nos casos selecionados também definiram suas decisões a partir de argumentos dessa ordem. Nesses casos, porém, apenas analisaram até momento anterior à implantação no útero materno, definindo-se que sem que essa ocorresse, seria impossível que a potencialidade de vida pudesse ser sequer considerada – a potencialidade, lembremos, é a capacidade de, salvo intervenção alheia, se desenvolver em uma pessoa (nascido vivo).

A CIDH, em sua análise do Caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, tangenciou o tema do aborto ao mencionar que o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos foi intencionalmente elaborado de forma a

¹ Resolução CFM n. 2013/2013, V, 2: “O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem [sic] criopreservados. [...] 4: “Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.”

² Resolução CFM nº 2.294/2021, V, 4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial. 5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial. Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica.

permitir que os Estados-parte pudessem definir seus próprios parâmetros a respeito, sem que isso necessariamente ferisse o diploma.

O debate sobre o aborto envolve considerações éticas, morais, religiosas e sociais, além das questões legais e científicas. A decisão de permitir ou restringir o aborto leva em conta outros fatores além do status jurídico do embrião, tais como a autonomia da mulher, a preservação da saúde física e mental da gestante. Pretendeu-se nesse artigo delinear os principais pontos e argumentos levantados nas discussões que trataram acerca do status jurídico do embrião (ainda que em momento diverso daquele a que o STF irá agora discutir). Vejamos, agora, como a Suprema Corte irá se posicionar e quais argumentos irá utilizar ao sopesar os direitos fundamentais potencialmente em conflito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Sandrina; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 1, p. 66-75, abr. 2014.
- ARIE, Wilson; FONSECA, Angela; ARIE Patrícia; ARIE Maria Herminia; BAGNOLI, Renato. Anticoncepção. **Revista Brasileira de Medicina**, v. 64, n. 3, p. 102-110, mar. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – DF, Rel. Min. Carlos Britto. Plenário. **DJ**, 28/05/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Plenário. **DJ**, 30/04/2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988.
- BRASIL, Lei n. 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente. **DOU**, Brasília, DF, 13 jul. 1990.
- BRASIL. Lei 11.105. Lei da Biossegurança. **DOU**, Brasília, DF, 24 mar. 2005.
- BRASIL. Decreto 5.591. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. **DOU**, Brasília, DF, 22 nov. 2005.
- CANOLA, Bruno. **Implicações ético-jurídicas da pesquisa em embriões excedentários e a tutela da vida humana**. Monografia. Universidade Estadual Paulista – UNESP, Franca, 2009.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de Ética Médica**: Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n. 2.222/2018 e 2.226/2019. Conselho Federal de Medicina, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM n. 1.358, **Diário Oficial da União**, Seção I, p. 16.053, 19 nov. 1992.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM n. 2.013, **Diário Oficial da União**, Seção I, p. 119, 09 maio 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM n. 2.121, **Diário Oficial da União**, Seção I, p. 117, 24 set. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução n. 2.168. **Diário Oficial da União**, n. 216, Seção 1, p. 73-74, 10 nov. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n. 2.217**: Código de Ética Médica, 27 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução n. 2.294. **Diário Oficial da União**, Edição 110, Seção 1, p. 60, 15 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução n. 2.320. **Diário Oficial da União**, Edição 179, Seção 1, p. 107, 20 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica**, Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-American Court Human Rights (ser. C) n. 257, nov. 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em: 16 fev. 2021.

FRIAS, Lincoln. **A ética do uso e da seleção de embriões**. 2010. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo - Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 52, jan./fev. 2005.

GOLDIM, José Roberto. Início da vida de uma pessoa humana. **UFRGS**. 1997 [atualizado em 29 abr. 2007]. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/inivida.htm> Acesso em: 13 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

O TRABALHO DOMÉSTICO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRavidÃO NO BRASIL: A RESPOSTA DO DIREITO PENAL

DOMESTIC WORK IN CONDITIONS ANALOGOUS TO SLAVERY IN BRAZIL: THE
RESPONSE OF CRIMINAL LAW

Victor Marcilio Pompeu

*Doutor pela Universidade de Fortaleza
Professor da Universidade de Fortaleza
<http://lattes.cnpq.br/3113449764132680>*

Nayara Sales de Alencar

*Mestranda na Universidade de Fortaleza
<http://lattes.cnpq.br/1911969168862551>*

Resumo: O trabalho visa analisar a resposta do Direito Penal ao problema do trabalho doméstico desempenhado em condições análogas à escravidão no Brasil. Para tanto, em um primeiro momento realizou-se uma análise acerca das conceituações do trabalho análogo à escravidão no Brasil, com foco na conceituação apresentada pelo Código Penal. Em um segundo momento foi apresentado casos concretos de trabalhadoras domésticas resgatadas e as respectivas condenações dos empregadores que tenham submetido às trabalhadoras a essas condições. Por fim, em um terceiro e último momento realizou-se uma análise crítica acerca da resposta do direito penal, no que concerne à criminalização do trabalho análogo à escravidão, com base em condenações fundamentadas no art. 146 do Código Penal. Para a realização do presente trabalho foi utilizado o método de pesquisa qualitativo e dedutivo, através de pesquisas à doutrina relacionada ao tema em estudo, artigos científicos, entendimentos jurisprudenciais e à respectiva legislação pertinente que regula o trabalho doméstico análogo à escravidão no Brasil.

Palavras-chave: Trabalho doméstico. Trabalho análogo à escravidão. Legislação penal brasileira.

Abstract: The work aims to analyze the response of Criminal Law to the problem of domestic work performed in conditions similar to slavery in Brazil. To do so, at first, an analysis was made of the conceptualizations of work analogous to slavery in Brazil, focusing on the conceptualization presented by the Penal Code. In a second moment, concrete cases of rescued domestic workers were presented, who were subjected to work analogous to slavery, as well as the respective condemnations of the employers who have subjected the workers to these conditions. Finally, in a third and final moment, a critical analysis will be carried out about the response of criminal law, with regard to the criminalization of work analogous to slavery, based on convictions based on art. 146 of the Penal Code. To carry out this work, a qualitative and deductive research method was used, through research on doctrine related to the subject under study, scientific articles, jurisprudential understandings and the respective relevant legislation that regulates domestic work analogous to slavery in Brazil.

Keywords: Housework. Labor analogous to slavery. Brazilian criminal law.

Submetido em 9 de maio de 2023. Aprovado em novembro de 2023.

INTRODUÇÃO

Mesmo após mais de cem anos do final da escravidão, ainda existem casos de trabalhos desempenhados em condições análogas à escravidão no Brasil em proporções significativas.

O presente trabalho foca no estudo de uma das espécies de trabalho forçado, a qual se apresenta de forma muito silenciosa: o trabalho doméstico análogo à escravidão, exercido em grande maioria por mulheres, negras e pobres que prestam o serviço por mais de décadas sem o reconhecimento dos seus direitos trabalhistas, com jornadas excessivas e em situações precárias.

Em geral, o trabalho em condições análogas à escravidão decorre da necessidade de se alcançar maior produtividade e o melhor custo-benefício possível para os empregadores, estimulando ainda mais a desigualdade social.

A manipulação da jornada de trabalho, tornando-a exaustiva, somada a baixa remuneração, contribui de forma significativa para o aumento dos lucros dos empregadores e reprimem as reivindicações dos trabalhadores, o que acaba por caracterizar a lógica permanente do sistema capitalista que vem se perpetuando por décadas.

O direito de se possuir um escravo como um bem material, assim como se possuía na época da escravidão, há muito tempo não faz mais parte do nosso ordenamento jurídico, porém, nos dias atuais ainda se comunga da situação em que trabalhadoras e trabalhadores são submetidos a trabalhos em condições análogas à escravidão, especialmente no âmbito do trabalho doméstico.

Este artigo visa abordar a resposta do Direito Penal ao problema do trabalho doméstico desempenhado em condições análogas à escravidão no Brasil e analisa o atual cenário brasileiro, no que concerne à existência de atividades desempenhadas em condições análoga à escravidão, no âmbito do trabalho doméstico, o qual atinge em sua grande maioria mulheres - jovens e adultas -, pobres, sem estudo e negras.

Essas trabalhadoras saem do seu âmbito familiar para exercer trabalho doméstico para famílias que possuem melhores condições financeiras, na tentativa de melhorarem de vida através da percepção de uma renda - seja ela qual for - ou buscando oportunidades de estudo, mas que acabam não conseguindo o que almejam e ficam à mercê do exercício das suas funções sem dignidade e sem o reconhecimento dos seus direitos trabalhistas, com baixa remuneração, jornada de trabalho exaustiva executada por troca de alimentação, vestimentas e um teto para dormir.

Especificamente no mês de julho de 2022, o Brasil teve seis casos de trabalhadoras domésticas resgatadas, as quais estavam submetidas a condições análogas à escravidão. Em 2021, foram resgatadas 31 pessoas que também se encontravam na mesma situação indigna, sendo considerado um número elevado para um único ano, conforme dados levantados pelo Correio

Braziliense e pela Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

Os dados apresentados pela Justiça do Trabalho apontam ainda, que dos resgatados em situações análogas à escravidão, a grande maioria são mulheres e 60% eram autodeclarados pretos ou mestiços, o que evidencia a existência do denominado racismo estrutural e a fragilidade e precariedade em que se encontra essa classe de trabalhadores e especialmente, trabalhadoras domésticas.

Em um primeiro momento o trabalho focará no estudo da conceituação do trabalho em condições análogas à escravidão, bem como ao seu exercício no âmbito do trabalho doméstico, através da análise da doutrina trabalhista, jurisprudências, bem como da legislação penal e trabalhista relacionadas ao tema.

Em um segundo momento, serão apresentados casos concretos de trabalhadoras domésticas resgatadas, as quais estavam submetidas ao trabalho análogo à escravidão, e as respectivas condenações de empregadores que tenham submetido as trabalhadoras à essas condições.

Por fim, em um terceiro e último momento será realizada uma análise crítica a resposta do direito penal, no que concerne à criminalização do trabalho análogo à escravidão, com base em condenações fundamentadas no art. 146 do Código Penal brasileiro.

Para a realização do presente trabalho, foi utilizado o método de pesquisa qualitativo e dedutivo, através de pesquisas à doutrina correlata ao tema em estudo, artigos científicos, entendimentos jurisprudenciais e a respectiva legislação pertinente que regula o trabalho doméstico análogo à escravidão no Brasil.

TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVIDÃO E DIREITO AO TRABALHO DIGNO

O atual cenário brasileiro agrava a exclusão social de milhares de cidadãos que se encontram sem opções de trabalho digno. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, a taxa de desemprego está em alta, chegando a 8,9% no semestre encerrado em julho de 2022, atingindo cerca de 9,7 milhões de brasileiros.

O trabalho desempenhado em condições análogas à escravidão foi identificado em variados setores, como as carvoarias, agricultura, pecuária e mineração. Nos centros urbanos, foram recentemente evidenciados casos na construção civil, nas confecções e no trabalho doméstico.

A partir da década de 70, tornou-se impossível negar que o trabalho análogo à escravidão era uma realidade no Brasil. Apesar da existência de reiteradas denúncias em jornais e, até mesmo, na ONU e na Comissão

Interamericana de Direitos Humanos, a existência do trabalho escravo só foi reconhecida em 1995, sendo considerado um processo de reconhecimento tardio, uma vez que ainda não completaram 30 anos desde então (Filho, 2018).

Ademais, salienta-se que o reconhecimento só foi possível, uma vez que o Brasil foi denunciado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo “Caso José Pereira”.

Após a repercussão do caso “José Pereira” e da denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o governo brasileiro se comprometeu em definir melhor o trabalho análogo à escravidão na seara do direito penal, trazendo compatibilidade com a Constituição Federal e com as normas nacionais e internacionais que visam a proteção do trabalho decente e dos direitos humanos (Ministério do trabalho e emprego, 2011)

O trabalho análogo à escravidão, assim definido pelo Brasil e tipificado pelo Código Penal, protegido em face do trabalho degradante e do esgotamento da jornada de trabalho, é mais abrangente do que o trabalho forçado definido pelas Convenções da Organização Internacional do Trabalho nº 29 e 105, uma vez que o texto normativo de ambas as convenções, fornece apenas padrões mínimos e regras gerais dadas a cada país, os quais aprovam a legislação que melhor se adapte às suas características econômicas, sociais e culturais.

Compreender a abrangência do trabalho análogo ao escravo no Brasil significa pensar amplamente sobre a liberdade, capacitando os cidadãos com autonomia para agir e reagir de acordo com suas escolhas e desejos, não se limitando apenas ao direito de ir e vir.

Ademais, cumpre mencionar que o Brasil é considerado referência mundial na implementação de mecanismos de combate à escravidão contemporânea, como é o caso das milhares operações e resgates de **vítimas** realizados pelos órgãos de fiscalização e controle competentes, entretanto, a impunidade continua sendo um dos principais fatores que dificultam a erradicação do trabalho escravo no Brasil.

Atualmente, o artigo 149 do Código Penal, estabelece que configura crime a conduta de "reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.”

Do conceito apresentado pelo Código Penal, percebe-se que não é apenas a ausência de liberdade que caracteriza o trabalhador escravo, mas a falta de dignidade no exercício das suas funções. Deste modo, quando um trabalhador possui a sua liberdade, mas trabalha em condições degradantes e em condições indignas, estará caracterizado o trabalho escravo.

No mesmo sentido, existem outros instrumentos normativos internacionais, os quais o Brasil assinou e se prontificou a observar visando por fim ao trabalho em condições análogas à escravidão, dentre os quais se destaca

a Convenção das Nações Unidas sobre Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956: ratificadas pelo Brasil em 1966, que estabelecem o compromisso de seus signatários de abolir completamente a escravidão em todas as suas formas;

Também se destaca a Convenção nº 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório (1930) da OIT: Ratificada pelo Brasil em 1957, a qual estabelece que os países signatários se comprometem a abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível.

Por fim, o Brasil também ratificou a Convenção nº 105 sobre a Abolição do Trabalho Forçado (1957) da OIT em 1965, conforme a qual os países signatários se comprometem a adequar sua legislação nacional às circunstâncias da prática de trabalho forçado neles presentes, de modo que seja tipificada de acordo com as particularidades econômicas, sociais e culturais do contexto em que se insere. Ademais, a Convenção estipula que a legislação deve prever sanções realmente eficazes;

E não menos importante, tem-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969: ratificada pelo Brasil em 1992, na qual os signatários firmaram um compromisso de repressão à servidão e à escravidão em todas as suas formas.

TRABALHO ANÁLOGO A ESCRAVIDÃO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

No âmbito doméstico, o trabalho análogo à escravidão geralmente se manifesta de forma muito silenciosa e tem se perpetuado ao longo do tempo, mesmo após mais de cem anos do fim da escravidão.

O direito de se possuir um escravo como um bem material, assim como se possuía na época da escravidão, não é mais resguardado pelo nosso ordenamento jurídico, porém, nos dias atuais ainda se comunga da situação em que trabalhadoras e trabalhadores são submetidos a trabalhos em condições análogas a escravidão, especialmente no âmbito do trabalho doméstico.

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho, existem em média 21 milhões de pessoas no mundo que exercem trabalho forçado, sendo que três em cada grupo de mil pessoas, encontram-se em situação de trabalho forçado em 2020. Dentro desses números e dentre essas atividades, encontra-se o trabalho doméstico. Frisa-se ainda que em média 5,5 milhões, correspondente a 26% desse número, são trabalhadores menores de 18 anos.

Considera-se um alto índice de trabalhadores que exercem o trabalho doméstico análogo à escravidão, não só no Brasil, mas em todo mundo. Porém, os dados mencionados não são capazes de retratar, por si só, a realidade brasileira, que como mencionado anteriormente, materializa o crime em estudo

de forma silenciosa e despercebida, pois ocorre atipicamente dentro do âmbito familiar, o que dificulta ainda mais a sua identificação na prática.

Especificamente no mês de julho de 2022, o Brasil teve seis casos de trabalhadoras domésticas resgatadas, as quais estavam submetidas a condições análogas à escravidão. Em 2021, foram resgatadas 31 pessoas que também se encontravam na mesma situação indigna, sendo considerado um número elevado para um único ano, conforme dados levantados pelo Correio Braziliense e pela Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (Carta Capital, 2022).

Os dados apresentados pela Justiça do Trabalho apontam ainda, que dos resgatados em situações análogas à escravidão, a grande maioria são mulheres e 60% eram autodeclarados pretos ou mestiços, o que evidencia a existência do denominado racismo estrutural e a fragilidade e precariedade em que se encontra essa classe de trabalhadores e especialmente, trabalhadoras domésticas. (Correio Braziliense, 2022)

As vítimas principais do crime em estudo são em sua grande maioria mulheres - jovens e adultas -, pobres, sem estudo e negras que saem do seu âmbito familiar para exercer trabalho doméstico para famílias que possuem melhores condições financeiras. Buscam melhorar de vida através da percepção de remunerações baixas e desproporcionais quando comparadas ao serviço ora desempenhado pelas empregadas domésticas, que por vezes não possuem alternativa a não ser a de se submeterem à essa injusta e indigna situação.

Justamente por ocorrer no âmbito familiar, o trabalho doméstico análogo à escravidão por vezes, provoca em algumas das empregadas forte sentimento de gratidão pela oportunidade de ter um trabalho, ainda que em condições indignas, outro fator que também dificulta na identificação do crime para fins de responsabilização dos empregadores na esfera criminal e também trabalhista.

CASOS DE TRABALHADORAS DOMÉSTICAS RESGATADAS

Segundo dados apresentados pelo Correio Braziliense, respectivamente entre os anos de 2017 a 2021, foram realizados 43 resgates de trabalhadoras domésticas que estavam submetidas a trabalho em condições análogo à escravidão no Brasil, sendo que 31 deles ocorreram no ano de 2021 e respectivamente em julho de 2022, foram resgatadas 6 trabalhadoras domésticas.

Entre os resgates ora mencionados, ganhou repercussão e gerou comoção social o caso de uma empregada doméstica idosa que há 32 anos estava submetida à condições degradantes no Estado de Minas Gerais, resgatada pela Polícia militar e pelo Ministério do Trabalho de Minas Gerais, entregue aos cuidados da sua família e encaminhada para cuidados relacionados a assistência social.

A idosa exercia serviços domésticos no Município de Nova Era – MG, mas não recebia salários pelos serviços prestados, nunca tirou férias e nunca teve a sua carteira assinada e como se já não fosse o bastante, a doméstica recebia benefícios previdenciários, porém não recebia os valores em espécie, uma vez que os valores sempre estavam no poder do seu empregador.

Um dos fatores que contribuíram para a constatação do trabalho análogo a escravidão e o resgate da doméstica e idosa de 62 anos, foi a jornada de trabalho exaustiva, uma vez que não havia horário de início e de término da jornada diária e nem descanso durante os finais de semana.

Outro resgate de trabalhadora doméstica que também causou repercussão social, segundo informações coletadas do Correio Braziliense foi o caso de uma senhora de 84 anos de idade, a qual era mantida encarcerada e exercia as suas funções de doméstica há 72 anos.

Nesse caso, o resgate foi realizado pelos Auditores Fiscais do Trabalho da Superintendência Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, que após a devida investigação, chegaram à conclusão de que a doméstica nunca teve o direito de administrar a própria vida, direito de estudar e nem se quer o direito de se comunicar com a sua família sem ser por intermédio dos seus empregadores, fatos que colocaram por terra a alegação dos empregadores de que a empregada era tratada como pessoa da família.

Outro resgate impactante, divulgado pela Promotoria do Trabalho do Estado da Bahia, foi o da trabalhadora doméstica de 59 anos de idade, que prestava serviços há quase 35 anos no interior do Estado da Bahia e atualmente recebia apenas à quantia de R\$ 100,00 (cem reais por mês).

O resgate que também foi realizado pelo Ministério Público do Trabalho, com a ajuda da Polícia Militar da Bahia, Defensoria Pública da União e do Serviço de Assistência Social do Estado da Bahia, ocorreu após inspetorias no local de trabalho e residência da vítima, as quais confirmaram a existência de maus tratos, violência psicológica e inexistência de reconhecimento de direitos.

Ao serem interrogados pela equipe da inspetoria, os empregadores afirmaram que não se tratava de um trabalho doméstico, mas sim “apenas uma colaboração voluntária no âmbito familiar”.

A vítima que não possui ensino médio completo e que é aposentada por invalidez - sem nunca ter administrado o dinheiro da sua aposentadoria previdenciária -, foi submetida a um abrigo, onde será cuidada até que seja determinada a moradia com a sua família.

Segundo levantamento do Ministério Público do Trabalho para o ano de 2022, a média mensal relacionada a denúncias de trabalho doméstico análogo a escravidão passou de 7 para 16, aumentado cerca de 123% (CUT, 2022)

A repercussão nas redes sociais do alto número de denúncias e de resgates de trabalhadoras domésticas que se encontravam nessa situação, alerta

a sociedade para este desastre social que ainda perdura em pleno século XXI no país.

Em entrevista ao jornal Folha Nacional de São Paulo, a coordenadora Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Conaet) do Ministério Público do Trabalho, Lys Sobral Cardoso, afirmou que o fato de o tema ter dominado as redes sociais, sem dúvidas influenciou o aumento no número de denúncias, o que considera algo positivo, uma vez que proporciona a oportunidade da sociedade compreender o verdadeiro conceito de trabalho análogo à escravidão e da importância das denúncias que são dirigidas aos órgãos de fiscalização e controle.

Ademais, a Coordenadora enfatizou ainda que o fato de o trabalho doméstico ser considerado um trabalho atípico por ser realizado em residências familiares dificulta flagrante do seu exercício em condições análogas à escravidão, o que o torna uma das formas mais inviabilizadas da escravidão contemporânea.

ANÁLISE CRÍTICA À RESPOSTA DO DIREITO PENAL RELACIONADA À CRIMINALIZAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

Apesar do alto índice de resgates de trabalhadoras domésticas nos últimos anos e da existência de instrumentos normativos no ordenamento jurídico brasileiro que regulam e criminalizam o trabalho em condições análogas à escravidão, é possível afirmar que existe inércia e omissão por parte do poder judiciário em proferir condenações e arbitrar as respectivas penalidades aos que praticam as condutas tipificadas no Código Penal.

Isto se dá pelo fato de que os responsáveis pelo crime em estudo não são responsabilizados e penalizados da forma que prevê a lei penal. Ademais, é baixo o índice de condenações no âmbito criminal, o que evidencia por si só a existência do denominado racismo institucional persistente no nosso país e no sistema de justiça brasileiro, mecanismo este que possibilita os empregadores a continuarem cometendo abusos contra seus empregados, sem temerem as consequências dos seus atos (OLIVEIRA, 2023).

Alguns fatores corroboram para a alta incidência e prática do crime em estudo. O primeiro seria a informalidade no mercado de trabalho. O trabalhador que desempenha determinada atividade sem o reconhecimento dos seus direitos trabalhistas, torna-se vulnerável no exercício das suas funções e fica cada vez mais propenso a sofrer abusos e violações oriundas da escravidão contemporânea (OLIVEIRA, 2023).

Outro fator, seria a escassez de servidores públicos atuantes nos diversos órgãos da administração pública responsáveis em exercer a fiscalização do trabalho e prevenir a prática do trabalho escravo. Isso favorece a incidência de

situações caracterizadas pela escravidão em muitos locais onde a fiscalização não alcança (OLIVEIRA, 2023).

De acordo com dados demonstrados pelo site Carta Capital, apenas 1% das pessoas denunciadas nos termos do art. 149 do Código Penal, são condenados a prisão em regime fechado no Brasil, o que de fato comprova que a impunidade ao crime de submeter alguém a condições análogas a escravidão é a regra e a sua punição uma rara exceção (Carta Capital, 2022).

O PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), através de uma pesquisa, analisou todas as ações criminais no Brasil, ajuizadas tendo como fundamento o art. 149 do Código Penal entre os anos de 2008 a 2019, através da qual foi possível concluir que são diversos fatores que conseguem contribuir para esta impunidade (Carta Capital, 2022).

Entre os fatores constatados, o primeiro destacado pela pesquisa do PNUD, consiste na morosidade da Justiça Federal em julgar o mérito das ações, dando ensejo ao denominado instituto da Prescrição da Pretensão Punitiva e consequentemente acarretando a perda do poder de punir do Estado.

O segundo fator que contribui para impunidade dos réus, consiste na dificuldade que o Poder Judiciário encontra de obter os depoimentos das testemunhas ora arroladas e até da própria vítima, pois na maioria dos casos, os trabalhadores após serem libertados, retornam aos seus Estados e endereços de origem, o que inviabiliza a colheita de depoimentos e por falta de provas, o processo é arquivado.

Entretanto, o maior obstáculo reconhecido pela pesquisa do PNUD, está no fato de que existe dificuldade por parte do Poder Judiciário em reconhecer a situação degradante em que se encontram os trabalhadores que exercem suas atividades em condições análogas à escravidão.

Em grande parte dos casos, o Poder Judiciário atua como um verdadeiro cúmplice, ao invés de efetivamente punir os autores do crime tipificado no art. 146 do Código Penal.

Observa-se que a seara penal tem se mostrado ineficiente, quando comparada com a responsabilização dos empregadores em outras esferas jurídicas, tal qual a seara trabalhista, por exemplo. Existe uma grande desproporcionalidade entre o baixo número de condenações criminais que envolvem o trabalho escravo, com o alto número de casos oficialmente relatados (Alves, 2009).

Nonato Santos, também segue a mesma linha de raciocínio no tocante a impunidade do crime de reduzir o trabalhador a condições análogas à escravidão, tipificado no Código Penal e afirma que levando em consideração o número de sentenças na seara criminal relacionada com a prática do crime de tipificado no art. 149 do Código Penal, existe tendência do poder judiciário a desconsiderar a gravidade do crime em questão, facilitando assim a impunidade dos empregadores (Santos, 2017).

Dada as circunstâncias e a gravidade da triste realidade da escravidão contemporânea que assola o nosso país, em abril de 2023, o Procurador Geral da República, Augusto Aras, com o apoio e incentivo do Ministério Público do Trabalho, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), na qual solicita que seja decretada a imprescritibilidade do crime tipificado no art. 149 do Código Penal (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2023).

Na ADPF, o Procurador requer ainda, em sede de liminar, que até o julgamento do presente feito, todos os juízes e tribunais brasileiros se abstenham de decretar o instituto da prescrição nos processos criminais que versem sobre o trabalho análogo à escravidão.

O Procurador argumenta que a vedação ao trabalho escravo está alicerçada em um regime de dignidade humana que vai além das normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas também em tratados e acordos internacionais, o que exige do poder público o dever de zelar pelos bens jurídicos assegurados, de punir e efetivamente processar os que praticam esse crime.

Sendo assim, a fixação de um lapso temporal para a perda do direito de punir do Estado denominado de perda da pretensão punitiva para os crimes dessa natureza, viola princípios e preceitos fundamentais como os da Dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, o objetivo fundamental da construção de uma sociedade justa livre e solidaria, direito a integridade física do trabalhador e a liberdade, sendo, pois, inadmissível.

Também tramita no âmbito do Processo Legislativo Federal, o Projeto de Lei nº 702/203, que visa alterar o Código de Processo Penal para conceder prioridade na tramitação em todas as instâncias iniciais aos processos criminais que apurem a prática da infração de redução à condições análoga à escravidão (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2023).

O autor da proposta legislativa, Deputado Federal Túlio Gadêlha, justifica que a edição do presente projeto de lei se deu em decorrência do baixo índice de condenações criminais para o crime previsto no art. 149 do Código Penal, o que evidencia a impunidade penal, a morosidade judiciária e o descredito na seara criminal no tocante a penalização dessas pessoas. O intuito é tornar mais eficaz a aplicação da norma penal punitiva (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2023).

CONCLUSÃO

Ficou nítido que mesmo após mais de cem anos do final da escravidão, ainda existe em todo mundo milhares de casos de trabalhos desempenhados em condições análogas à escravidão em vários países, no Brasil não é diferente,

principalmente quando se trata do trabalho doméstico, sendo um desafio e um dever para a sociedade combater essa doença social.

Também ficou nítido que de acordo com as pesquisas realizadas pelos órgãos de fiscalização e controle e pelos sites de notícias anteriormente citados, o número de denúncias e resgates de trabalhadoras domésticas que estavam submetidas a condições análogas à escravidão é desproporcional ao número de ações criminais ajuizadas com fundamento no art. 146 do Código Penal.

Através desse artigo, percebeu-se a omissão e repressão por parte do poder judiciário no tocante a criminalização do crime em estudo, o que traz como consequência a impunidade dos réus que em sua grande maioria, são absolvidos quando submetidos a ações criminais, ou recebem pena desproporcional e incapaz de, por si só, reprimir esse tipo de crime.

Diante disso, é um dever do Estado garantir efetividade aos instrumentos normativos que regulam e criminalizam a conduta de submeter alguém ao trabalho em condições análogas à escravidão, bem como erradicar ao máximo a impunidade dos respectivos empregadores evitando concessões de causas atenuantes ou sentenças absolutórias por parte do poder judiciário nos processos criminais relacionados com o art. 146 do Código Penal, pois se não tivermos uma resposta efetiva e eficaz na seara criminal, o uso da mão de obra escravocrata perpetuará no nosso meio social.

REFERÊNCIAS

ALVES, REJANE DE BARROS MEIRELLES (Catálogo USP). **Escravidão por dívidas nas relações de trabalho rural no Brasil contemporâneo: forma aviltante de exploração do ser humano e violadora de sua dignidade**. Tese (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, p. 135, 2009.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. São Paulo: Lex, 1943. v. 7, suplemento.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/942102-projeto-preve-prioridade-a-processos-sobre-trabalho-em-regime-analogo-a-escravidao/>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/procurador-geral-da-republica-defende-imprescritibilidade-do-crime-de-trabalho-analogo-a-escravidao>

CARTA CAPITAL. Apenas 1% dos acusados por trabalho escravo é condenado à prisão em regime fechado no Brasil. Disponível em:

<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-judiciario-e-cumplice/>
CORREIO BRAZILIENSE. Trabalho análogo a escravidão pode ser maior do que números apresentados em 2021. Disponível em:
<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/02/4984513-trabalho-analogo-a-escravidao-pode-ser-maior-do-que-mostram-os-numeros-de-2021.html>

CONSULTOR JURÍDICO. Em aplicação rara de artigo, juiz condena dois à prisão por trabalho escravo. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/aplicacao-rara-artigo-juiz-condena-prisao-trabalho-escravo>

COSTA, C. et al. Intensidade e trabalho intensivo: exaustão, impactos na subjetividade e formas de resistência dos(as) trabalhadores(as). Revista Políticas Públicas, n. 18, p. 177-187, 2014. Edição especial.

CUT. Trabalhadoras domésticas são resgatadas de situação análogas à escravidão. 2021.

DIEESE. Trabalho doméstico remunerado. 2016.

MARINHO, M. O. Percepções sobre a servidão após a regulamentação do trabalho doméstico. 152 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

METRÓPOLES. Em 11 anos, Justiça condenou 4,2% dos réus por trabalho escravo, diz pesquisa. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/11-anos-justica-condenou-42-reus-trabalho-escravo>

OLIVEIRA, BEATRIZ. TRABALHO ESCRAVO. OS

ESCRAVOCATAS DE HOJE CONTINUAM IMPUNE. Disponível em:

<https://nosmulheresdaperiferia.com.br/trabalho-escravo-os-escravocratas-de-hoje-continuam-impunes/>

Organização Internacional do Trabalho: Promovendo o Trabalho Decente.

Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/846> OIT. Trabalho doméstico. 2016.

SANTOS, NONNATO MASSON MENDES. O Crime de Trabalho Escravo Contemporâneo: a cor da imunidade no sistema penal, 2017.

113f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís. (Google acadêmico)

Trabalho Forçado. (OIT Brasília). 2022.

TST, Matérias Especiais: **Ministra Delaíde acredita que resquícios escravocatas na cultura patrocina exploração infantil doméstica.**

DOENÇAS RARAS E MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: REPERCUSSÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOBRE A POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

RARE DISEASES AND HIGH-COST MEDICINES: REPERCUSSIONS OF HEALTH
JUDICIALIZATION ON THE NATIONAL PHARMACEUTICAL ASSISTANCE POLICY

Raul Lopes de Araújo Neto

*Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor da Universidade Federal do Piauí
<http://lattes.cnpq.br/8629191788212794>*

Jairo Victor Candeira Braga

*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí
<http://lattes.cnpq.br/5768351794036389>*

Resumo: Esta pesquisa, de metodologia descritiva e exploratória, investiga a judicialização do direito à saúde no sistema de justiça brasileiro e suas repercussões sobre a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Como se observa, os gastos com aquisição de insumos e medicamentos para atender demandas judiciais têm gerado uma significativa realocação de recursos no orçamento do Ministério da Saúde, comprometendo o desempenho de ações e serviços definidos em políticas públicas intersetoriais, o uso racional de medicamentos, bem como a organização do Sistema Único de Saúde (SUS). Em 2022, as despesas empenhadas com tecnologias, para cumprimento de decisões judiciais, representaram um impacto orçamentário de R\$ 640 milhões. Entre os sete medicamentos abrangidos pelas maiores aquisições, seis não estavam incorporados à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Ao examinar o perfil dos sete princípios ativos, identificou-se que esses medicamentos são indicados para tratamento de pacientes com doenças congênitas raras, algumas delas sem equivalente terapêutico disponível no SUS. Partindo desse enfoque, a pesquisa teve por objetivo compreender os desafios à efetividade dos princípios da universalidade e da integralidade no campo da assistência farmacêutica, tendo em vista os aspectos

Abstract: This descriptive and exploratory research investigates the judicialization of health in the Brazilian justice system and its repercussions on the National Pharmaceutical Assistance Policy. As observed, the acquisition of supplies and medications to comply with judicial demands has generated a significant reallocation of resources in the Ministry of Health budget, compromising the performance of actions and services defined in intersectoral public policies, the rational use of medications, as well as the organization of the Unified Health System (SUS). In 2022, the expenses committed to technologies to comply with judicial decisions represented a budget impact of R\$ 640 million. Of the seven drugs covered by the largest purchases, six were not incorporated into the National List of Essential Medicines (RENAME) or any Clinical Protocol and Therapeutic Guidelines (PCDT). By examining the profile of the seven active pharmaceutical ingredients, we identified that these drugs are recommended for the treatment of patients with rare congenital diseases, many of them with no therapeutic equivalent available at SUS. Based on this approach, the research aimed to understand the challenges to the effectiveness of the principles of universality and integrality in the field of pharmaceutical assistance, given the dialogic aspects

dialógicos que afetam a formulação e a execução das políticas de saúde pública no Brasil. Os resultados sugerem que é preciso haver um equacionamento entre a tutela individual do direito à saúde e a razão custo-efetividade da tecnologia pleiteada, reforçando a cooperação entre os integrantes do sistema de justiça, os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) e os Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS).

Palavras-chave: assistência farmacêutica; judicialização do direito à saúde; doenças raras; medicamentos de alto custo; Sistema Único de Saúde.

that affect the formulation and implementation of public health policies in Brazil. The results suggest that there needs to be an equation between the individual protection of the right to health and the cost-effectiveness ratio of the given technology, reinforcing cooperation between the justice system, the Technical Support Centres of the Judiciary (NAT-Jus) and the Health Technology Assessment Centres (NATS).

Keywords: pharmaceutical assistance; judicialization of the right to health; rare diseases; high cost drugs; Unified Health System.

Submetido em 2 de abril de 2024. Aprovado em maio de 2024.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 atribui fundamentalidade à saúde, direito social a todos assegurado e dever do Estado, compreendido na estrutura triádica do sistema de seguridade social (art. 194), tendo por referência a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). O enunciado constitucional alinha-se ao segundo princípio da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que considera o benefício do mais alto padrão de saúde atingível um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, crença política ou condição socioeconômica¹.

Visando à consolidação desse direito, a Constituição da República previu a criação de um sistema de saúde com acesso universal e gratuito, constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas das três esferas de governo e por serviços privados contratados ou conveniados. O Sistema Único de Saúde (SUS) é uma estratégia constitucional para a atenção e o cuidado à saúde da população brasileira, em todos os níveis de assistência, sendo organizado de forma regionalizada, hierarquizada e tripartite. De acordo com o art. 6º, inciso I, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, o campo de atuação do SUS contempla a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, em todo o território.

Conforme definido na Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), aprovada pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 338, de 06 de maio de 2004, a assistência farmacêutica tem como principais objetivos a ampliação do acesso aos medicamentos e seu uso racional, garantindo a qualidade, efetividade e segurança das tecnologias ofertadas pela rede pública de saúde, bem como o desenvolvimento de políticas setoriais e a melhoria da qualidade de vida da população. Constituem princípios norteadores da assistência farmacêutica a universalidade, a integralidade e a equidade, nos termos do art. 1º, I, da Resolução CNS nº 388/2004.

Apesar de reconhecer o direito fundamental à saúde, o Estado brasileiro ainda não reúne condições operacionais e financeiras para atender à crescente demanda por ações e serviços de interesse para a assistência farmacêutica². Como se observa, os gastos com aquisição de medicamentos e insumos estratégicos voltados ao cumprimento de demandas judiciais têm gerado uma

¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constitution of the World Health Organization. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Basic Documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019). Genebra: 2020. Disponível em: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=6

² AITH, Fernando et al. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, 2014.

significativa realocação de recursos orçamentários, no âmbito do Ministério da Saúde, comprometendo o desempenho de ações e serviços definidos em políticas públicas intersetoriais, o uso racional de medicamentos, bem como a organização do SUS. Em 2022, as despesas empenhadas com fármacos, para atender decisões do Poder Judiciário, representaram um impacto orçamentário de 640 milhões de reais no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)¹.

Diante da expressiva demanda por substâncias não incorporadas à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), de que forma o sistema de justiça pode garantir a efetividade dos princípios da universalidade e da integralidade no campo da assistência farmacêutica? Esta pesquisa, de metodologia descritiva e exploratória, pretende investigar o impacto da judicialização da saúde sobre o financiamento dos serviços farmacêuticos do SUS. Trata-se de um estudo quali-quantitativo, baseado em revisão bibliográfica e levantamento documental. Para concepção do referencial teórico, foram selecionados artigos em língua portuguesa mediante busca nas plataformas SciELO e Google Acadêmico, utilizando os descritores "judicialização da saúde", "assistência farmacêutica" e "medicamentos de alto custo". Em seguida, foram obtidos dados relativos ao orçamento no Portal da Transparência e no relatório de gestão do Ministério da Saúde, bem como informações sobre o quantitativo financeiro despendido para cumprimento de sentenças judiciais, durante o exercício de 2022.

A fim de compreender as possíveis causas da judicialização, o estudo está centrado em três eixos. No primeiro, delinea-se o alcance da assistência farmacêutica como política de cuidado integral e continuado ao paciente. No segundo, apresenta-se o perfil terapêutico de sete medicamentos com elevado impacto financeiro no Ministério da Saúde, considerando as maiores aquisições por demanda judicial em 2022. Para avaliação dos princípios ativos e das respectivas linhas de cuidado a que se filiam, foi realizada consulta às bases de dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), à lista de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e aos relatórios da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC).

Partindo dessa análise comparativa, o terceiro segmento discute os resultados obtidos, relacionando-os com outros estudos sobre a atuação do Judiciário na tutela individual do direito à saúde. Ressalta-se que os atos normativos e notas técnicas a serem trabalhados neste estudo foram elaborados no âmbito do Ministério da Saúde, dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) e dos Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS).

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de gestão 2022.
https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2022.pdf

1 A ESTRUTURAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E O FLUXO DE INCORPORAÇÃO TECNOLÓGICA NO SUS

As ações e os serviços que compõem o Sistema Único de Saúde (SUS) encontram-se fundamentalmente regulados na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. O art. 7º desta Lei Orgânica refere-se aos princípios e diretrizes aplicáveis aos macroprocessos desenvolvidos pelo SUS de forma tripartite, por meio da formulação e implementação de políticas públicas de saúde. Em particular, devem obedecer aos seguintes princípios: (i) universalidade de acesso aos serviços de saúde, e (ii) integralidade de assistência, englobando ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso clínico em todos os níveis de complexidade.

Considera-se assistência terapêutica integral, nos termos do art. 19-M (inserido pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011), a dispensação de medicamentos e insumos estratégicos para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) definido para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado, assim como a oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, independentemente se a prestação ocorre por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Nesse contexto, a Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 388, de 06 de maio de 2004, institui a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, tendo o objetivo de garantir o acesso da população a medicamentos, promover o seu uso racional, distribuição, dispensação e qualidade. Pacientes da rede pública podem obter medicamentos adequados para suas condições clínicas por meio dos três Componentes da Assistência Farmacêutica: Básico, Estratégico e Especializado, ou, complementarmente, pelo Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPPB). Cada um dos Componentes se especifica quanto à forma de organização e financiamento, critérios de acesso e elenco de medicamentos que constituem as linhas de cuidado no SUS¹.

O Componente Básico (CBAF) é constituído por uma relação de medicamentos e insumos de aquisição descentralizada, sendo de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e por uma relação de tecnologias financiadas e adquiridas diretamente pelo Ministério da Saúde, incluindo as insulinas humanas NPH 100 UI/ml e Regular 100 UI/ml, clindamicina 300 mg, rifampicina 300 mg e medicamentos do Programa Saúde da Mulher. Sua cobertura ambulatorial estende-se ao tratamento das principais doenças e agravos da população brasileira na Atenção Primária à Saúde (APS). Em 2022, houve repasse de R\$ 1.249.816.086,96 aos Fundos Estaduais e

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/ceaf>

Municipais de Saúde para aquisição descentralizada de unidades farmacêuticas desse Componente¹.

Regulamentado por meio do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017, e da Portaria nº 4.114, de 30 de dezembro de 2021, ambas do Ministério da Saúde, o Componente Estratégico (CESAF) promove o acesso a medicamentos contemplados em 27 programas estratégicos do SUS, relativos a doenças e agravos de perfil endêmico ou que acometem populações vulneráveis. Os 71 fármacos deste Componente são adquiridos de forma centralizada, pelo Ministério da Saúde, cabendo aos demais entes gestores o recebimento, o armazenamento e a distribuição. Entre as linhas de cuidado do CESAF, destacam-se as de prevenção, diagnóstico, tratamento e controle da tuberculose, hanseníase, cólera, lúpus, leishmaniose, doença de Chagas, influenza, malária, meningite, Covid-19, sífilis, hepatites virais B e C, HIV e raiva humana².

Com foco em doenças crônico-degenerativas, o Componente Especializado (CEAF) adquire, financia e dispensa 174 medicamentos em 335 apresentações farmacêuticas, sendo construído para aperfeiçoamento das linhas de cuidado já existentes ou para inclusão de novas doenças nos Protocolos Clínicos. Abrange um grupo de medicamentos centralizados, sob a responsabilidade financeira exclusiva do Ministério da Saúde, um grupo cujo financiamento e aquisição competem às Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, e um grupo gerido de forma comum pelas Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios³.

O elenco de medicamentos padronizados nos três Componentes obedece à Classificação Anatômica Terapêutica Química (*Anatomical Therapeutic Chemical Classification System – ATC*), conforme descrito nos Anexos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), uma publicação bianual do Ministério da Saúde, que contempla as tecnologias em saúde oferecidas em todos os níveis de atenção e nas linhas de cuidado do SUS. Considerando o que estabelece o art. 2º, VII, da Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 338/2004, a RENAME tem por escopo regulamentar o princípio da integralidade, constituindo um dos eixos estratégicos da Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Deve ser atualizada periodicamente a fim de assegurar a seleção de tecnologias efetivas e seguras, como instrumento para

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de gestão 2022.

https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2022.pdf

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica. Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/cesaf>

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: Grupos de Medicamentos. Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica. Disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/ceaf/grupos-de-medicamentos>

promoção do uso racional de medicamentos e orientação das políticas públicas setoriais¹.

Como visto, o fornecimento de fármacos e insumos padronizados condiciona-se à observância de parâmetros definidos em Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Os PCDT são documentos técnico-científicos de abrangência nacional, elaborados pelo Ministério da Saúde com base em avaliação técnica de seus departamentos e rigorosos parâmetros de qualidade e precisão. Estabelecem condutas diagnósticas e terapêuticas, critérios de inclusão e exclusão de pacientes, tratamentos disponíveis e mecanismos de regulação, controle e avaliação, relativos a doenças ou agravos em saúde². Nos termos do art. 4º, II, do Decreto n.º 7.646, de 21 de dezembro de 2011, e do art. 19-Q da Lei n.º 8.080/1990, compete à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), órgão colegiado de caráter permanente, a responsabilidade de propor a atualização da RENAME.

Assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde (DGITS), a CONITEC também assessora o Ministério da Saúde nas atribuições relativas ao fluxo de incorporação, exclusão ou alteração tecnológica no SUS. A estrutura da CONITEC é composta por uma Secretaria-Executiva e três comitês temáticos (Medicamentos, Produtos e Procedimentos, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas). Todas as recomendações emitidas pelos Comitês são precedidas de processo administrativo, no qual se deve apresentar número e validade do registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), evidências científicas sobre a eficácia, efetividade e segurança da tecnologia, bem como estudo de avaliação econômica comparativa de custos e benefícios em relação aos tratamentos já incorporados no SUS.

Em análise de impacto orçamentário (AIO), as estimativas adotadas pela CONITEC consideram os recursos financeiros necessários para viabilizar a incorporação de uso da tecnologia, tendo em referência um horizonte temporal de cinco anos. Posteriormente, a recomendação segue para consulta pública pelo prazo de vinte dias, retorna ao Comitê para avaliação e deliberação final, sendo enfim remetida ao Secretário de Ciência, Tecnologia, Inovação e Complexo da Saúde, responsável por publicar a portaria decisória³.

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2022 [recurso eletrônico]. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/renome/20210367-renome-2022_final.pdf

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC, maio 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/avaliacao-de-tecnologias-em-saude/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas>

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conheça a CONITEC. Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC, abr. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/a-comissao/conheca-a-conitec>

Nesse contexto, o orçamento autorizado para a saúde em 2023 foi de 179,89 bilhões de reais. Segundo dados da Controladoria-Geral da União, a Assistência Farmacêutica no SUS figura entre os cinco programas orçamentários com maior aplicação de recursos, respondendo por 9,11% do orçamento em 2023. Integram as despesas da Assistência Farmacêutica: disponibilização de medicamentos do componente especializado (44,68%), atendimento à população para prevenção, controle e tratamento de HIV/AIDS, outras infecções sexualmente transmissíveis e hepatites virais (15,35%), manutenção e funcionamento do Programa Farmácia Popular do Brasil pelo sistema de gratuidade (11,78%), promoção da assistência farmacêutica e insumos estratégicos na atenção básica em saúde (11,96%), atenção aos pacientes portadores de doenças hematológicas (11,78%), entre outros programas (6,69%)¹.

2 AVALIAÇÃO DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOBRE A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Ao longo da última década, os aspectos fundamentais que constituem a judicialização da saúde foram amplamente explorados por estudos no campo do direito e das políticas públicas. Em resumo, o conceito compreende o acionamento do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde, de forma individual ou coletiva, por aqueles que não têm acesso a alguma tecnologia na área de saúde ou encontram dificuldades de obtê-la por outras vias². Grande parte da literatura jurídica opõe-se à judicialização da saúde pública, sendo oportuno aceder brevemente aos pontos centrais da crítica.

De início, sustenta-se que ações judiciais impactam negativamente o acesso aos medicamentos incorporados em normativos do SUS³. Ao proferirem decisões para obrigar o Estado a fornecer medicamentos não abrangidos pelos Componentes da Assistência Farmacêutica, sobretudo em sede de cognição sumária, os magistrados desconsideram análises de impacto orçamentário (AIO) e a legislação do SUS. Em 2019, as ações judiciais consumiram 25,2% dos recursos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, sendo 21% para apenas 10 medicamentos⁴. Despesas com demandas judiciais realocam recursos destinados ao financiamento dos fármacos previstos nas

¹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência, Despesas, Áreas de Atuação (Funções) do Governo, Função Específica: Saúde. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2023>

² ALVES, Alba da Cunha; SILVA, Thalita Oliveira da. Judicialização da saúde no acesso a medicamentos no SUS em uma Secretaria Estadual da Saúde. Revista baiana de Saúde Pública, v. 43, jan./mar. 2019, p. 45-56.

³ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 57, n. 1, fev.2023, p. 1-10.

⁴ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 57, n. 1, fev.2023, p. 1-10.

políticas públicas e, com isso, restam menos recursos para financiar a oferta de insumos para toda a população, comprometendo a sustentabilidade institucional e o acesso equitativo às tecnologias do SUS.

Em segundo lugar, argumenta-se que a tutela individual do direito à saúde é feita por intermédio de um processo de tomada de decisão muito menos sofisticado, transparente e democrático que o da CONITEC¹. A capacidade institucional dos magistrados, leigos em matéria terapêutica e de saúde pública, não segue a metodologia dos três Comitês deliberativos. E, por fim, a terceira crítica sustenta que a judicialização do direito à saúde privilegia grupos econômicos com maior poder de reivindicação perante o Judiciário, prejudicando a efetividade do direito à saúde dos menos favorecidos². Carlos Portugal Gouvêa, catedrático de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP), intitula esse fenômeno de *direitos sociais contra os pobres*³, e sua tem sido uma das críticas mais contundentes à judicialização da saúde.

De acordo com o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde⁴, ferramenta desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud), mais de 523 mil processos judiciais referentes à saúde tramitam na Justiça brasileira. Em 2023, já foram ajuizadas mais de 18 mil novas ações de saúde pública e 14 mil de saúde suplementar. Dentre essas demandas, 7.945 referem-se ao fornecimento de medicamentos.

Na estrutura organizacional do Ministério da Saúde, todos os processos de aquisição de medicamentos e demais insumos estratégicos ocorrem no âmbito do Departamento de Logística em Saúde (DLOG), com base nas demandas apresentadas pelas secretarias finalísticas, sendo posteriormente consolidadas no Plano Anual de Contratações (PAC). Em cumprimento a sentenças judiciais, o DLOG realiza, por meio de processo licitatório ou compra direta, a aquisição de medicamentos e/ou outros insumos centralizados, incluindo produtos raros, de alto custo e não disponíveis no mercado interno. Para fins de dimensionamento da repercussão orçamentária, observa-se que o montante de recursos empenhados, em 2022, com unidades farmacêuticas do Componente Especializado (CEAF) correspondeu a R\$

¹ WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, n. 2, p. 849-869, maio/ago. 2021.

² ARAÚJO DINIZ, M. G. Direito Social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 472-485, 2013.

³ PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social Rights Against the Poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 7, n. 4, 2013, p. 454-475.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ac83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>

6.010.586.719,69, ao passo que foram contratados cerca de 640 milhões de reais para aquisição de medicamentos por demanda do Poder Judiciário¹.

Como forma de compreender as possíveis causas de judicialização na Assistência Farmacêutica, realizou-se uma análise dos sete medicamentos relacionados às maiores contratações por demandas judiciais, no âmbito do Ministério da Saúde, em 2022 (representados na Figura 1). As fontes de informação incluíram: (i) a bula do medicamento, disponível para consulta pública no site da ANVISA; (ii) o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) da doença, se existente; (iii) notas técnicas elaboradas por Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) e Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS); (iv) Relatório de recomendação da CONITEC, quando publicado; e (v) literatura científica especializada. Os resultados serão discutidos na terceira parte do estudo.

Figura 1: Dez maiores aquisições de medicamentos destinados a atender demandas judiciais, no âmbito do Ministério da Saúde (2022).

Aquisições (insumos) por demandas judiciais, dez maiores		
ID		VALOR (R\$)
1	ECULIZUMABE, CONCENTRAÇÃO:10 MG/ML, FORMA FARMACÊUTICA:SOLUÇÃO INJETÁVEL	126.337.566,18
2	METRELEPTINA, CONCENTRAÇÃO:11,3 MG, FORMA FARMACÊUTICA:PÓ LIÓFILO P/ INJETÁVEL	43.631.028,90
3	ONASEMNOGENE ABEPARVOVEC-XIOI, CONCENTRAÇÃO:2,0 X 10 ¹³ VG/ML, FORMA FARMACÊUTICA:SUSPENSÃO INJETÁVEL	39.533.316,55
4	NOTERSENA, COMPOSIÇÃO:NONADECASSÓDICA, CONCENTRAÇÃO:200 MG/ML, FORMA FARMACÊUTICA:SOLUÇÃO INJETÁVEL	31.228.643,04
5	ONASEMNOGENE ABEPARVOVEC-XIOI, CONCENTRAÇÃO:2,0 X 10 ¹³ VG/ML, FORMA FARMACÊUTICA:SUSPENSÃO INJETÁVEL	28.238.083,25
6	SEBELIPASE, COMPOSIÇÃO:ALFA, CONCENTRAÇÃO:2 MG/ML, FORMA FARMACÊUTICA:SOLUÇÃO INJETÁVEL	27.480.902,32
7	ONASEMNOGENE ABEPARVOVEC-XIOI, CONCENTRAÇÃO:2,0 X 10 ¹³ VG/ML, FORMA FARMACÊUTICA:SUSPENSÃO INJETÁVEL	22.590.466,60
8	ELEXACAFITOR, COMPOSIÇÃO:ASSOCIADO AO TEZACAFITOR E IVACAFITOR, CONCENTRAÇÃO:100 MG + 50 MG + 75 MG	22.194.642,12
9	ETEPLIRSEN, CONCENTRAÇÃO:50 MG/ML, FORMA FARMACÊUTICA:SOLUÇÃO INJETÁVEL	21.688.154,28
10	ELEXACAFITOR, COMPOSIÇÃO:ASSOCIADO AO TEZACAFITOR E IVACAFITOR, CONCENTRAÇÃO:100 MG + 50 MG + 75 MG	21.520.975,40
Total Geral		384.443.779,64

Fonte: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de Gestão 2022. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2022.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de gestão 2022. https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2022.pdf

2.1 Eculizumabe (Nome comercial: Soliris)

Eculizumabe é um anticorpo monoclonal indicado para tratamento de pacientes com diagnóstico de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (CID-10 D59.5), uma doença rara que atinge as células-tronco hematopoiéticas, com incidência anual estimada de 1,3 novos casos por um milhão de indivíduos. A HPN é causada por um defeito genético adquirido no gene da fosfatidilinositolglicana classe-A (PIG-A), localizado no cromossomo X das células-tronco hematopoiéticas. Mutações inibem ou bloqueiam precocemente a síntese do fosfolípido glicosilfosfatidilinositol (GPI), responsável pela ancoragem de proteínas à superfície celular, e se manifestam clinicamente como hemólise intravascular crônica, dor abdominal, dor torácica, fadiga grave, espasmo esofágico, impotência sexual masculina e aumento do risco de eventos tromboembólicos¹.

De acordo com as Diretrizes Terapêuticas da HPN, pacientes em idade e condições clínicas compatíveis e com fatores de risco para pior evolução da doença atendem aos critérios de inclusão para o Transplante Alogênico de Células-Tronco Hematopoiéticas (TCTH-AL), único tratamento curativo existente. Há intervenções medicamentosas e não medicamentosas que podem reduzir a hemólise intravascular e suas complicações associadas, repercutindo na qualidade de vida do paciente, tais como corticoides, androgênios, transfusão sanguínea, imunossuppressores (globulina antilinfocitária e ciclosporina) e anticoagulantes.

No fluxograma de tratamento da HPN, a conduta terapêutica inicial consiste na prescrição de Eculizumabe, administrado por profissionais de saúde em centros de referência e sob a supervisão de um médico ou médica com experiência no acompanhamento de pacientes com doenças hematológicas e/ou renais. O medicamento possui registro na ANVISA (nº 198110001) e está incluído no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Anexo III da RENAME 2022, por disposição da Portaria do Ministério da Saúde nº 77, de 14 de dezembro de 2018). Em agosto de 2021, o Plenário da CONITEC deliberou por unanimidade recomendar a não exclusão do eculizumabe para o tratamento da Hemoglobinúria Paroxística Noturna².

2.2 Metreleptina (Nome comercial: Myalept)

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas: Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/protocolos/pcdt_hpn.pdf

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de recomendação nº 659: Exclusão do eculizumabe para tratamento da Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC). Brasília: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/2021/20210909_relatorio_eculizumabe_hpn_659_2020_final.pdf

Fornecida em frasco-ampola, a metreleptina é um análogo recombinante da leptina humana, hormônio responsável pela homeostase energética e pela modulação do comportamento alimentar. Apesar de haver medicamentos para controle das comorbidades a curto e longo prazo, a metreleptina é a única tecnologia indicada especificamente para o tratamento medicamentoso da Lipodistrofia Congênita Generalizada (Síndrome de Berardinelli-Seip, CID-10 E88.1), um transtorno autossômico recessivo resultante de mutações nos genes AGPAT2, BSCL2, CAV1 ou PTRF, com prevalência estimada de 1 em cada 10 milhões de nascimentos¹.

Segundo Nota Técnica do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP (NATS-HCFMUSP), a lipodistrofia é uma doença progressiva e incurável, com risco de vida para o paciente, caracterizada pela redução extrema da quantidade de tecido adiposo, sem evidência de privação nutricional². Os sinais clínicos derivam da baixa concentração plasmática de leptina, provocando resistência à insulina, armazenamento ectópico de lipídios no fígado, hiperglicemia, hipertrigliceridemia, síndrome do ovário policístico (SOP) e esteatose hepática. Essas complicações metabólicas podem evoluir para diabetes mellitus, pancreatite aguda e cirrose hepática.

Atualmente, não existe estratégia de cuidado medicamentoso no SUS para tratar a doença, apenas mudanças no estilo de vida, exercícios físicos, dieta com baixo teor de gordura e controle das comorbidades metabólicas, devendo seguir as diretrizes nacionais no tratamento de diabetes, dislipidemia, hipertensão e doença renal e hepática³. Em março de 2023, a ANVISA emitiu o registro do medicamento Myalept como terapia de reposição de leptina em pacientes adultos e pediátricos com idade igual ou superior a dois anos⁴, mas a tecnologia ainda não foi incorporada ao SUS.

2.3 Onasemnogeno Abeparvoveque (Nome comercial: Zolgensma)

Zolgensma é uma terapia gênica baseada em vetor viral adeno-associado sintético, usada para tratamento de pacientes pediátricos abaixo de dois anos de

¹ LIMA-MARTINEZ, Marcos M. Metreleptina: Tratamiento para las complicaciones metabólicas de la lipodistrofia generalizada. *Rev Venez Endocrinol Metab* 2016; v. 14, n. 1, pp. 16-28. Disponível em: <http://ve.scielo.org/pdf/rvdem/v14n1/art03.pdf>

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota Técnica: Metreleptina. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - NATS-HCFMUSP. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/notas-tecnicas/20221220_nt_metreleptina.pdf

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota Técnica: Metreleptina. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - NATS-HCFMUSP. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/notas-tecnicas/20221220_nt_metreleptina.pdf

⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Bulário Myalept (metreleptina), AMRYT BRASIL COMERCIO E IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS LTDA, pó liofilizado para solução injetável, 3,0 mg, 5,8 mg e 11,3 mg, 2023. Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/q/?numeroRegistro=175040002>

idade com Atrofia Muscular Espinhal tipo 1 (CID10: G12.0), uma doença neuromuscular autossômica recessiva, rara e grave, causada por mutações bialélicas no gene que codifica a proteína de sobrevivência do neurônio motor, localizado na região 5q11.2-13.3 do cromossomo 5. A doença provoca degeneração dos neurônios motores na medula espinhal e no tronco encefálico, possuindo incidência mundial aproximada de 12 entre 100.000 pessoas¹. Pacientes com AME tipo 1, forma mais grave da doença, têm alta probabilidade de não sobreviver à primeira infância devido à insuficiência respiratória.

No âmbito do SUS, os fármacos Nusinersena (Spiranza) e Risdiplam são as alternativas medicamentosas disponíveis. Ambos modulam a decodificação e a transcrição do DNA, conforme preconiza o Protocolo Clínico da AME 5q tipos 1 e 2². Entretanto, nos casos de eventos adversos graves ou de ausência de efetividade do tratamento com Nusinersena e Risdiplam, o Zolgensma pode ser a única opção terapêutica elegível. Essa tecnologia foi elaborada com a proposta de ser uma terapêutica curativa definitiva para AME 5q. Consiste em um vetor de adenovírus geneticamente modificado (AAV9), recombinante autocomplementar, que atua inserindo uma codificação transgênica correta da proteína SMN no núcleo celular do neurônio motor. O custo da dose única de Zolgensma corresponde a 2,125 milhões de dólares, representando aproximadamente R\$ 10.625.000,00 (cotação do dólar em 29 de maio de 2023 – 1 dólar americano igual a 5,00 reais brasileiros)³.

Registrado na ANVISA desde agosto de 2020 (nº 100681174), o onasemnogeno abeparvoveque foi incorporado ao SUS por intermédio da Portaria SCTIE/MS nº 172, de 6 de dezembro de 2022, para o tratamento de pacientes pediátricos até seis meses de idade com AME 5q do tipo I, não submetidos ao uso de ventilação invasiva acima de 16 horas por dia. Nos termos do Relatório de Recomendação nº 793, a CONITEC considerou adequada a análise de custo-efetividade da terapia, resultando em menor custo em relação aos seus comparadores (terapia de suporte, nusinersena e risdiplam), ao longo do tempo. Além disso, foi deliberado que a evidência clínica disponível sugere sucesso do tratamento em pacientes de até seis meses de idade, que estejam fora

¹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Bulário Zolgensma (onasemnogeno abeparvoveque), Novartis Biociências S.A., suspensão injetável 2,0 x 10¹³ GV/ML, Bula profissional. Disponível em: file:///C:/Users/WIN%207/Downloads/bula_1685224553653.pdf

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolo Clínicos e Diretrizes Terapêuticas: Atrofia muscular espinhal 5q tipos 1 e 2. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, maio 2023. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/consultas/relatorios/2022/20220912_PCDT_AME_CP_57.pdf

³ NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO JUDICIÁRIO – NATJUS/DF. Nota Técnica: Zolgensma (Onasemnogene Abeparvovec-XIOI)/Atrofia muscular espinhal tipo 1. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/notas-laudos-e-pareceres/natjus-df/1145.pdf>

de ventilação invasiva permanente. Com isso, o medicamento encontra-se incorporado aos normativos do SUS¹.

2.4 Inotersena Nonadecassódica (Nome comercial: Tegsedi)

A Inotersena, princípio ativo do Tegsedi, é um inibidor oligonucleotídico *antisense* fosforotioato da transtirretina (TTR) molecular alvo, utilizado para tratamento de Polineuropatia Amiloidótica Familiar relacionada à transtirretina (PAF-TTR, CID-10 E85.1), em paciente adultos em estágio 2, ou pacientes não respondedores a Tafamidis Meglumina. A PAF-TTR consiste em uma doença rara, multissistêmica, progressiva e potencialmente fatal, causada por mutações no gene TTR. Essas mutações desencadeiam a produção da proteína TTR em conformação instável, formando fibrilas de amiloides que se depositam no interstício tecidual de diversos órgãos².

A sintomatologia sugestiva de polineuropatia compreende o declínio na capacidade funcional e motora, hipertrofia cardíaca, arritmia, alterações na motilidade gastrointestinal, emagrecimento constante, anormalidades renais e opacidades do cristalino e do vítreo. Na elaboração das diretrizes terapêuticas vigentes, aprovadas em outubro de 2018, a CONITEC recomendou a prescrição de tratamento farmacológico com Tafamidis Meglumina, bem como o transplante hepático no intuito de prevenir a formação de depósitos amiloides adicionais³.

Prescritores indicam Inotersena Nonadecassódica para pacientes não atendidos pelas terapias disponíveis no SUS, por reduzir níveis de mRNA TTR hepático, retardar a progressão da doença e melhorar a qualidade de vida. O medicamento tem registro sanitário pela ANVISA (nº 157700002). Contudo, em 10 de maio de 2023, foi tornada pública a decisão da CONITEC de não incorporá-la. Para essa decisão, o Comitê de Medicamentos considerou o alto custo da tecnologia em relação ao efeito obtido, a falta de dados precisos sobre prevalência de PAF-TTR no Brasil e a restrição orçamentária no SUS⁴.

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de Recomendação Medicamento nº 793: Onasemnogeno abeparvoveque para o tratamento de atrofia muscular espinhal (AME). Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, dez. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/portaria/2022/20221207_relatorio_zolgensma_ame_tipo_i_793_2022.pdf

² PEREIRA, Ana Carolina Padula Ribeiro et al. Condutas clínicas e barreiras no tratamento da polineuropatia amiloidótica familiar associada à transtirretina (PAF-TTR) no Brasil. *Jornal Brasileiro de Economia da Saúde*, v. 13, n. 1, ago.2021, pp. 128-135. Disponível em: <https://jbes.com.br/images/v13n2/128.pdf>

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 22, de 2 de outubro de 2018: aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Polineuropatia Amiloidótica Familiar. Brasília: Ministério da Saúde, out. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2018/pcdt_polineuropatia_amiloidotica_familiar_2018.pdf

⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de Recomendação Medicamento nº 799: Inotersena para o tratamento da polineuropatia amiloidótica familiar relacionada à transtirretina em pacientes adultos não atendidos pela terapia com estabilizadores da proteína TTR no SUS. Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, mar. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/2023/20230511_relatorio_799_inotersena_paftr.pdf

2.5 Alfassebelipase (Nome comercial: Kanuma)

Alfassebelipase é uma terapia de reposição enzimática prolongada em pacientes com deficiência de lipase ácida lisossomal (LAL-D), doença autossômica recessiva provocada por uma mutação no gene LIPA, codificador da enzima lipase A. O defeito genético estimula o acúmulo lisossomal de ésteres do colesterol e triglicérides em tecidos e órgãos, provocando hepatomegalia, lesão crônica do fígado, esplenomegalia, anemia, trombocitopenia, falha no crescimento e risco aumentado de doença cardiovascular e aterosclerose. Sintomas clínicos decorrentes da deficiência de LAL são tipicamente fatais nos primeiros seis meses de vida. Se, entretanto, a manifestação inicial ocorrer em indivíduos adultos, sua progressão normalmente resultará em cirrose, complicações de doença hepática em fase terminal e dislipidemia grave¹.

Até a data de encerramento desta pesquisa, a CONITEC não havia publicado PCDT para a LAL-D, sendo essa a causa provável da judicialização do medicamento Kanuma (registro ANVISA nº 198110003), uma vez que o Ministério da Saúde não padroniza condutas para diagnóstico e tratamento dos indivíduos com essa doença. A Alfassebelipase, substância ativa do Kanuma, age substituindo a atividade da enzima LAL e conduz a reduções do teor de gordura no fígado, do colesterol de lipoproteínas de baixa densidade (LDL), das triglicérides e lesões hepáticas².

2.6 Eteplirsen

Eteplirsen é um oligômero Morfolino Fosforodiamidato de 30 nucleotídeos, associado ao tratamento da Distrofia Muscular de Duchenne (DMD, CID-10 G71.0). Mutações no gene codificador da proteína distrofina, o mais longo gene em seres humanos, com 79 exons, causam um distúrbio neuromuscular incurável e fatal, que afeta aproximadamente um em cada 3.500 – 5.000 nascimentos do sexo masculino. Meninos acometidos por DMD sofrem de deterioração muscular progressiva e perdem a capacidade de locomoção aos 12 anos de idade. Em quadros mais avançados, complicações cardiorrespiratórias podem provocar a morte³.

Não há diretrizes terapêuticas para a doença na rede pública de saúde. As tecnologias disponibilizadas pelo SUS são, na melhor das hipóteses, somente paliativas ou de tratamento sintomático: corticosteroides, diuréticos,

¹ BURTON, Barbara K. et al. Sebelipase alfa in children and adults with lysosomal acid lipase deficiency: Final results of the ARISE study. *Journal of Hepatology*, v. 76, n. 3, mar./2022, pp. 577-587. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0168827821021711>

² AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Bula do profissional de saúde: Kanuma alfassebelipase, Alexion Serviços e Farmacêutica do Brasil Ltda, solução para Diluição para Infusão 20 mg (2mg/ml). Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/q/?nomeProduto=Kanuma>

³ LIM, Kenji Rowel Q; MARUYAMA, Rika; YOKOTA, Toshifumi. Eteplirsen in the treatment of Duchenne muscular dystrophy. *Drug design, development and therapy*, v. 11, fev./ 2017, pp. 533-545. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28280301/>

betabloqueadores, anticoagulantes para auxiliar na função cardiovascular, fisioterapia, fornecimento de órteses, cadeiras de rodas e ventiladores mecânicos. De modo mais específico, alguns estudos sugerem que o tratamento com Eteplirsen retarda a progressão da doença, em termos de capacidade ambulatorial, e afeta positivamente a função pulmonar em pacientes. O medicamento atua influenciando o mecanismo de *splicing* a saltar o exon 51 na transcrição do mRNA, o que permite corrigir a tradução da distrofina, resultando na produção de proteínas funcionais encurtadas¹.

Contudo, em nota técnica datada de 14 de junho de 2022, o NAT-Jus do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que o atual estado da arte não permite inferir a eficácia, o tempo de sobrevida ou o custo-efetividade do medicamento². Sem registro na ANVISA, o Eteplirsen não está alocado em nenhum dos componentes da Assistência Farmacêutica no SUS.

2.7 Elexacaftor, Tezacaftor, Ivacaftor (Nome comercial: Trikafta)

A fibrose cística (CID-10: E84.0, E84.1 ou E84.8) pode ser compreendida como uma doença genética, autossômica recessiva, de acometimento multissistêmico do epitélio de vários órgãos. Desencadeada por mutações no gene da proteína reguladora da condutância transmembrana da fibrose cística (CFTR), provoca manifestações clínicas variáveis, incluindo insuficiência pancreática exócrina, desnutrição, lesão pulmonar progressiva, infecções respiratórias, risco de desidratação e redução significativa da expectativa de vida³. As condutas terapêuticas que constituem a linha de cuidado para a doença abrangem a indicação de enzimas pancreáticas, dornase alfa, tobramicina inalatória e ivacaftor, bem como fisioterapia, acompanhamento nutricional e tratamento medicamentoso das comorbidades⁴.

De acordo com Nota Técnica do NATS-HCFMUSP, elaborada em março de 2023, foi observado que o Trikafta (Elexacaftor/Tezacaftor/Ivacaftor) tem uma ação farmacológica comparativamente maior em relação aos medicamentos incorporados ao SUS, no que concerne à melhora das funções pulmonar e pancreática, melhora da

¹ LIM, Kenji Rowel Q; MARUYAMA, Rika; YOKOTA, Toshifumi. Eteplirsen in the treatment of Duchenne muscular dystrophy. *Drug design, development and therapy*, v. 11, fev./ 2017, pp. 533-545. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28280301/>

² NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO JUDICIÁRIO – NAT-JUS/SP. Nota Técnica nº 1177/2022 – NAT-JUZ/SP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/natjus/notas_tecnicas/NT_Duchenne_Eteplirsen_14-06-2022.pdf

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de recomendação, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas: Fibrose Cística. Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, ago./2022. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/consultas/relatorios/2022/20220812_PCDT_Fibrose_Cistica_CP_53_final.pdf

⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 25, de 27 de dezembro de 2021: aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Fibrose Cística. Brasília: Ministério da Saúde, dez. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2022/portal-portaria-conjunta-no-25_pcdt_fibrose-cistica.pdf

qualidade de vida e redução de hospitalizações, mesmo em fases avançadas da doença¹. Trata-se de um modulador da proteína CFTR, recentemente registrado na ANVISA (nº 138230005) para pacientes com seis anos de idade ou mais com pelo menos uma mutação no gene F508del-CFTR da fibrose cística. Porém, não foi incluído na lista orientadora do acesso a medicamentos no âmbito da Assistência Farmacêutica.

3 DESAFIOS À EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E INTEGRALIDADE NO TRATAMENTO DE DOENÇAS RARAS

Tendo surgido para nortear o acesso a medicamentos, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica desenvolve-se mediante execução das ações orçamentárias 4705, 4370, 20AE, 4295 e 4368, com empenhos de 14,1 bilhões de reais (8,5% do total empenhado pelo Ministério da Saúde em 2022)². Esses recursos traduzem a força normativa dos princípios da universalidade e integralidade, ao promover a disponibilização de medicamentos dos Componentes Básico, Estratégico e Especializado, macroprocesso que tem por objetivo suprir as demandas sociodemográficas nas três esferas de governo. Decisões sobre alocação de recursos são complexas e exigem conhecimento técnico daqueles que formulam políticas públicas, uma vez que podem colocar em risco a saúde da coletividade³.

Nesse contexto, as frentes de trabalho da CONITEC subsidiam as três instâncias gestoras com dados sobre a qualidade, acurácia, segurança e custo-efetividade de tecnologias em saúde, permitindo gerir racionalmente os recursos destinados aos serviços farmacêuticos. Como já se disse, a incorporação de tecnologias no SUS está condicionada por três fatores: evidências clínicas, avaliação econômica e análise de impacto orçamentário. Para averiguar a segurança e eficácia do medicamento, consideram-se ensaios clínicos randomizados e revisões sistemáticas que atendam aos critérios de elegibilidade (estudo multicêntrico, duplo-cego, de grupos paralelos, placebo-controlado).

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota Técnica Elexacaftor + Tezacaftor + Ivacaftor. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Complexo de saúde. Brasília: Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - NATS-HCFMUSP, 2023. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/notas-tecnicas/20230404_nt_elexacaftor-tezacaftor-ivacaftor

² Ação 4705 – Apoio Financeiro para Aquisição e Distribuição de medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Ação 4370 - Atendimento à População com medicamentos para Tratamento dos Portadores de HIV/AIDS, outras Infecções Sexualmente Transmissíveis e Hepatites Virais. Ação 20AE - Promoção da Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos na Atenção Básica em Saúde. Ação 4295 - Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas. Ação 4368 - Promoção da Assistência Farmacêutica por meio da aquisição de medicamentos do Componente Estratégico. (MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de gestão 2022. https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2022.pdf)

³ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 57, n. 1, fev.2023, p. 1-10.

Em seguida, a avaliação econômica toma por base a equação de custo-efetividade do medicamento, a contemplar preço proposto, alternativas terapêuticas comparadas e análise de sensibilidade determinística. Finalmente, o impacto orçamentário investiga cenários variáveis de incremento ou redução no desembolso, de acordo com custos, horizonte temporal, população elegível, características da doença e divisão de mercado.

Incertezas quanto a qualquer dos três aspectos podem resultar em recomendação desfavorável à incorporação da tecnologia. Mesmo com bons resultados clínicos, se a razão de custo-efetividade incremental for extremamente elevada, acarretando impacto orçamentário ao SUS, é improvável que o medicamento seja incorporado. Tal foi o caso da Inotersena para o tratamento de Polineuropatia Amiloidótica Familiar, conforme Relatório de Recomendação da CONITEC nº 799/2023¹. Não obstante, em 2022 o Ministério da Saúde empenhou R\$ 31.223.643,04 com o fornecimento judicial de Inotersena².

A questão que ressurge nesse ponto, designadamente, é a de saber em que medida a interferência do Judiciário afeta a integralidade, como contraponto às políticas de saúde. A Figura 2 exhibe a avaliação comparativa dos medicamentos analisados no item anterior, considerando as seguintes dimensões: registro na ANVISA³, incorporação da tecnologia ao SUS⁴ e disponibilidade de alternativa terapêutica definida em protocolo⁵:

Figura 2: Medicamentos adquiridos pelo Ministério da Saúde para atender decisões judiciais, considerando as dez maiores aquisições de 2022.

Tecnologia (princípio ativo)	Registro ANVISA	Dispensação pelo SUS	Outras tecnologias disponíveis no SUS
Eculizumabe, concentração 10 mg/ml, forma farmacêutica: solução injetável	198110001	RENAME 2022: Código ATC L04AA25 – Componente Especializado	Transfusão sanguínea e Transplante alogênico de células-tronco hematopoiéticas (TCTH)

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de Recomendação Medicamento nº 799: Inotersena para o tratamento da polineuropatia amiloidótica familiar relacionada à transtirretina em pacientes adultos não atendidos pela terapia com estabilizadores da proteína TTR no SUS. Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, mar. 2023. Disponível em:

https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/2023/20230511_relatorio_799_inotersena_paftrtr.pdf

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de gestão 2022.

https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2022.pdf

³ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Consultas: Bulário eletrônico. Disponível em:

<https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/>. Acesso em: 19 maio 2023

⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/20220128_rename_2022.pdf. Acesso em: 19 maio 2023.

⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT. Disponível em: <https://www.gov.br/sau.gov.br/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt#d>. Acesso em: 19 maio 2023.

Metreleptina, concentração: 11,3 mg, forma farmacêutica: pó líófilo p/injetável	175040002	-	Mudanças no estilo de vida e tratamento das comorbidades.
Onasemnogeno abeparvoeque-XIOI, concentração: 2.0x10 ¹³ vg/ml, forma farmacêutica: suspensão injetável	100681174	Incorporado por meio da Portaria SCTIE/MS nº 172, de 6 de dezembro de 2022	Tratamento medicamentoso com Nusinersena (Spiranza) ou Risdiplam.
Inotersena, composição: nonadecassódica, concentração: 200 mg/ml, forma farmacêutica: solução injetável	157700002	-	Transplante de fígado ou Tratamento medicamentoso com Tafamidis meglumina.
Alfassebelipase, composição: alfa, concentração: 2 mg/ml, forma farmacêutica: solução injetável	198110003	-	-
Eteplirsên, concentração: 50 mg/ml, forma farmacêutica: solução injetável	-	-	Fisioterapia, fornecimento de órteses, cadeiras de rodas e ventiladores mecânicos, e tratamentos com corticosteroides, diuréticos e anticoagulantes.
Elexacaftor, composição: associado ao Tezacaftor e Ivacaftor, concentração: 100 mg + 50 mg + 75 mg	138230005	-	Enzimas pancreáticas, dornase alfa, tobramicina inalatória, ivacaftor, fisioterapia, acompanhamento nutricional e tratamento farmacológico das comorbidades.

Fonte: elaboração dos autores.

No ano de 2022, o Ministério da Saúde gastou R\$ 384.443.779,64 em dez aquisições de medicamentos de alto custo, destinadas a atender demandas judiciais. Conforme demonstra a Figura 1, os medicamentos sem registro na ANVISA representaram 16,9% do valor total contratado, sendo R\$ 65.319.183,18 relativos a despesas com aquisição de Metreleptina 11,3 mg e Eteplirsên 50 mg/ml. Em consulta à base de dados da ANVISA, observou-se que a emissão do registro do Myalept (Metreleptina) ocorreu somente após o exercício de referência, em março de 2023¹. No plano normativo, os resultados evidenciam ter havido uma mitigação judicial do art. 19-T, *caput*, II, da Lei nº 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento sem registro sanitário.

Dos sete princípios ativos, seis não prefiguravam em algum Componente da Assistência Farmacêutica quando foram judicializados. Sendo assim, 67,2% das despesas correspondem ao fornecimento de tecnologias não incorporadas (R\$ 258.106.213,46), uma vez que apenas o Eculizumabe 10 mg/ml já havia sido formalmente incluído na RENAME, considerando-se o exercício de 2022.

¹ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Bulário Myalept (metreleptina), AMRYT BRASIL COMERCIO E IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS LTDA, pó liofilizado para solução injetável, 3,0 mg, 5,8 mg e 11,3 mg. 2023. Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/q/?numeroRegistro=175040002>

Nesse mesmo período, merece destaque a recomendação da CONITEC para incorporar o Zolgensma, consoante Portaria SCTIE/MS nº 172, de 6 de dezembro de 2022. Porém, nos termos da Portaria de Consolidação GM/MS nº 2/2017, Anexo XXVIII, o fármaco ainda teria de passar por pactuação de financiamento no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite (art. 61, § 2º), e ser publicado no Protocolo Clínico da AME 5q tipo 1, antes de sua inclusão efetiva no Componente Especializado (art. 62).

Quanto à disponibilidade de alternativa terapêutica no SUS, o Ministério da Saúde aprovou PCDTs para quatro das doenças mencionadas: Hemoglobinúria Paroxística Noturna¹, Atrofia Muscular Espinhal tipo 1², Polineuropatia Amiloidótica Familiar³ e Fibrose Cística⁴. Embora existam terapias disponíveis no SUS para o controle das comorbidades associadas à Lipodistrofia Congênita Generalizada, à Distrofia Muscular de Duchenne e à Deficiência de lipase ácida lisossomal, é importante notar, como anteriormente descrito, que essas intervenções podem ser insuficientes para produzir uma resposta clínica satisfatória a curto ou longo prazo. Conseqüentemente, entre as despesas totais da Figura 1, 24,1% (R\$ 92.800.085,50) referem-se a medicamentos indicados para o tratamento de doenças e agravos sem estratégia de cuidado preconizada em PCDT. Os resultados sugerem que esse fator exerce influência significativa sobre a judicialização dos fármacos Metreleptina, Eteplirsen e Alfassebelipase.

Em uma análise desse fenômeno, o Grupo de Pesquisa em Economia da Saúde da Universidade Federal de Minas Gerais investigou se os critérios de integralidade e acesso universal à assistência farmacêutica, instituídos pela Lei nº 12.401/2011 e pelo Decreto nº 7.508/2011, teriam a capacidade de racionalizar a judicialização da saúde no Brasil. Nessa pesquisa, foram selecionados os registros de 6.112 processos judiciais deferidos contra a

¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 18, de 20 de novembro de 2019: Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, nov. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2019/pcdt__hpn.pdf

² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 6, de 15 de maio de 2023: Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Atrofia Muscular Espinhal 5q tipos 1 e 2. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação e Complexo da Saúde, maio 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2023/portaria-conjunta-no-6-atrofia-muscular-espinhal-5q-tipos-1-e-2-docx.pdf>

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 22, de 02 de outubro de 2018: Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Polineuropatia Amiloidótica Familiar. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, out. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2018/pcdt_polineuropatia_amiloidotica_familiar_2018.pdf

⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria Conjunta nº 25, de 27 de dezembro de 2021: Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Fibrose Cística. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, dez. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2022/portal-portaria-conjunta-no-25_pcdt_fibrose-cistica.pdf

Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais (SES/MG), de 1999 a 2009. O trabalho dos pesquisadores consistiu em aferir, segundo a classificação de adequação aos parâmetros normativos, se o usuário estava assistido por ações e serviços de saúde do SUS, bem como se o medicamento demandado constava na RENAME. Dessa forma, de 10.051 medicamentos, 773 (7,69%) foram considerados adequados aos critérios de acesso à assistência farmacêutica, 6.919 (68,84%) inadequados, e 2.359 (23,47%) impossíveis de classificar. Em resumo, se os atos normativos que regulamentam o princípio da integralidade fossem observados pelo Poder Judiciário, entre 68,84% e 85,77% dos medicamentos teriam sido indeferidos¹.

No Estado da Bahia, Alves e Silva mapearam as demandas de usuários atendidos pelo Serviço de Orientação ao Paciente da Assistência Farmacêutica, da Secretaria Estadual de Saúde, no ano de 2016. O estudo demonstrou que 70,5% dos medicamentos solicitados por meio de ação judicial não estavam previstos na RENAME, exigindo que o gestor realocasse recursos destinados a outras ações e serviços de saúde a fim de atender à demanda². Em relação aos medicamentos inclusos em programas de assistência farmacêutica, observou-se a prevalência de fármacos do Componente Especializado (86,96%) e, em menor quantidade, do Componente Básico (13,04%). Nessa visão, as pesquisadoras também identificaram que 60% das solicitações relativas a medicamentos do CEAF poderiam ser atendidas por via administrativa, uma vez que as doenças e agravos desses pacientes estavam contemplados em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS.

Finalmente, Oliveira *et al* conduziram um estudo retrospectivo de 987 ações judiciais que pleiteavam medicamentos no Estado do Rio Grande do Norte, entre janeiro de 2013 e dezembro de 2017³. Partindo de uma amostragem de 1.517 medicamentos, foi possível verificar que os pedidos de concessão de liminar foram atendidos pelo Judiciário em 95,6% dos casos, com percentual de sentença favorável ao autor de 90,2%. Mais que isso, os pesquisadores ressaltam que o critério determinante para a antecipação da tutela consiste na “constatação da necessidade urgente do autor de acesso a determinado medicamento, tendo como respaldo os documentos apresentados pelo próprio demandante, baseados, geralmente, em receituário e laudos médicos”⁴.

¹ LOPES, Luciana de Melo Nunes et al. Integralidade e universalidade da assistência farmacêutica em tempos de judicialização da saúde. *Saúde e Sociedade*. São Paulo, v. 28, n. 2, pp.124-131, 2019

² ALVES, Alba da Cunha; SILVA, Thalita Oliveira da. Judicialização da saúde no acesso a medicamentos no SUS em uma Secretaria Estadual da Saúde. *Revista baiana de Saúde Pública*, v. 43, jan./mar. 2019, pp. 45-56.

³ OLIVEIRA, Yonara Monique da Costa. Judicialização no acesso a medicamentos: análise das demandas judiciais no Estado do Rio Grande do Norte, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 1, 2021.

⁴ OLIVEIRA, Yonara Monique da Costa. Judicialização no acesso a medicamentos: análise das demandas judiciais no Estado do Rio Grande do Norte, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 1, 2021, p. 8.

Sob esse enfoque, Daniel Wei Liang Wang¹ afirma que “a decisão judicial que manda fornecer tratamento não incorporado é uma escolha institucional do Judiciário de atribuir a si a decisão final sobre o que o sistema de saúde deve ou não custear”. Compreendendo que o impacto econômico da judicialização sobre o orçamento é suportado pelos outros usuários do SUS, o autor argumenta que “os tribunais têm sido utilizados para forçar gastos e fazer escolhas alocativas que a legislação não prevê ou mesmo veda”². Ao garantir o acesso de um número reduzido de pessoas a insumos e procedimentos não previstos em listas oficiais, as prestações deferidas pelo Poder Judiciário inevitavelmente criam assimetrias dentro das políticas públicas de saúde.

Em contraposição, Fernando Aith *et al*, do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, sustentam que a judicialização do direito à saúde constitui uma importante via de acesso a tecnologias específicas para pacientes com doenças raras ou não contempladas em Diretrizes Terapêuticas do SUS³:

[...] imagine-se uma hipótese na qual o sistema público somente oferecerá de forma universal os serviços que constarem dos protocolos clínicos aprovados pelo Ministério da Saúde. Nesses casos, os pacientes com demandas que não estão contempladas pelos protocolos oficiais ficariam à margem do sistema público de saúde e teriam negados os seus pedidos de tratamento pelo poder público. Nessa hipótese, o princípio da integralidade deixa de ser cumprido, já que o SUS estará deixando de atender uma pessoa com necessidades comprovadas de saúde.

Como se extrai do levantamento documental, as indicações de uso dos medicamentos Eculizumabe, Metreleptina, Onasemnogeno Abeparvoveque, Inotersena, Alfassebelipase, Eteplirsen e Elexaftor/Texacaftor/Ivacaftor associam-se ao tratamento de pacientes com doenças raras, de origem congênita ou adquirida. No Brasil, seguindo o critério definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), consideram-se raras as condições clínicas que afetam até 65 em cada 100 mil indivíduos, e ultrarraras as de incidência estimada de 1 para

¹ WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 849-869, maio/ago. 2021, p. 858.

² WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 849-869, maio/ago. 2021, p. 853.

³ AITH, Fernando et al. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, 2014, p. 30.

cada 50 mil¹. De acordo com Bouwman, Sousa e Pina², devido à baixa prevalência dessas doenças, “o setor farmacêutico tem pouco interesse, em condições normais de mercado, em desenvolver e comercializar medicamentos destinados a apenas um pequeno número de pacientes”. Dessa forma, as tecnologias disponíveis para o tratamento de doenças raras normalmente registram alto custo social e econômico para os sistemas de saúde.

Demandas judiciais relativas ao fornecimento desses medicamentos podem emergir quando: (i) o paciente apresenta-se refratário ou intolerante à primeira e/ou segunda linha de cuidado definida pelo SUS; (ii) a doença ou agravo não consta em Protocolo Clínico; (iii) o médico prescreve fármaco para uso distinto daquele aprovado no registro (uso *off-label*); ou (iv) ocorrem problemas de gestão dos Componentes da Assistência Farmacêutica.

Em alguns desses casos, a falta de estratégia pública adequada às necessidades do paciente resultará na intervenção do Judiciário, com o propósito de garantir o acesso universal e integral à saúde. Porém, à medida que sobrevalorizam laudos médicos em detrimento de avaliações de impacto orçamentário, juízes e tribunais comprometem a governança de políticas públicas, o uso racional de medicamentos e a administração dos recursos destinados a ações e serviços de saúde para toda a coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa explorou os efeitos orçamentários da judicialização da saúde, concentrando-se em compreender seu impacto sobre as ações e serviços de assistência farmacêutica no SUS. Com base em dados do Ministério da Saúde relativos ao exercício de 2022, observou-se que há crescente demanda por medicamentos indicados para o tratamento de doenças raras, com sete fármacos respondendo por R\$ 384.443.779,64 em despesas não previstas. Se, por um lado, a dispensação judicial desses medicamentos assegura a integralidade e o acesso universal à saúde para alguns pacientes, por outro, compromete a execução orçamentária dos recursos destinados às políticas públicas, sobretudo as despesas do Componente Especializado (CEAF).

Para o equacionamento dessas variáveis, o processo de tomada de decisão judicial deve ser contingenciado por critérios científicos, econômicos e normativos. Em primeiro lugar, é preciso que o sistema de justiça trabalhe em estreita colaboração com os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) e os Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS).

¹ WESTARB MOTA, Jefferson et al. Acesso a medicamentos para doenças raras no pós-estudo: revisão integrativa. Revista Bioética, v. 30, n. 3, Brasília, jul./set. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/tSHcCKVdbY5St4cxXXydvMh/?format=pdf&lang=pt>

² BOUWMAN, Maria Luísa; SOUSA, João José Simões; PINA, Maria Eugénia Tavares. Regulatory issues for orphan medicines: A review. Health Policy and Technology, v. 9, n. 1, p. 115-121, mar. 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2211883719300796>

Estruturados pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 238, de 06 de setembro de 2016, os NAT-Jus subsidiam as decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais nas demandas relativas a prestações de saúde, por meio da elaboração de notas técnicas. Esses documentos apresentam, a partir das evidências científicas disponíveis, dados sobre a eficácia, a segurança e o custo da tecnologia solicitada para um caso clínico específico. O pedido de apoio técnico deve ser formulado mediante acesso ao Sistema e-NatJus¹.

Da mesma forma, ao emitir pareceres técnico-científicos, os NATS fornecem ao Judiciário conclusões suficientes para indicar ou contraindicar o uso de uma tecnologia em saúde. Existem atualmente 101 NATS distribuídos entre hospitais e universidades em todas as regiões do Brasil, voltados à Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS)². Em setembro de 2022, o Ministério da Saúde formalizou o Acordo de Cooperação Técnica nº 09/2022 com o CNJ e o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HCFMUSP), tendo por objetivo o desenvolvimento de 150 notas técnicas pelos pesquisadores do NATS-HCFMUSP³.

Entre os critérios normativos, há alguns que oferecem a possibilidade de alinhar decisões judiciais em um contexto de dispensação de medicamentos. Nos termos do art. 19-M da Lei nº 8.080/1990, é de grande importância distinguir se o Protocolo Clínico para a doença ou agravo à saúde padroniza linha de cuidado medicamentoso, ou, na falta deste, se o fármaco integra as relações oficiais instituídas pelos gestores do SUS.

No entanto, a norma que veda o fornecimento de insumos em desconformidade com Protocolo Clínico pode ser atenuada, excepcionalmente, face ao diagnóstico de doenças raras, uma vez que muitas delas não se encontram previstas em PCDT ou em algum programa da Assistência Farmacêutica. Nos casos em que o SUS não estabelece estratégia de cuidado compatível com a condição do paciente, indeferir o acesso judicial a medicamento comprovadamente seguro e eficaz significaria renunciar à diretriz de integralidade.

Quanto aos fármacos sem registro na ANVISA, sobre eles deverá prevalecer a regra do art. 19-T, *caput*, II, da Lei nº 8.080/1990, em função da ausência de certificação sobre sua segurança, eficácia terapêutica e

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema e-NatJus. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acocoes/forum-da-saude-3/e-natjus/>

² REDE BRASILEIRA DE AVALIAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE. Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde. Disponível em: <https://rebrats.saude.gov.br/10-institucional/110-os-nats>

³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Acordo de Cooperação / Ministério da Saúde nº 9/2022. Termo de Cooperação técnica que entre si celebram a União, por intermédio do Ministério da Saúde, o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e o Conselho Nacional de Justiça, para os fins que especifica. Brasília: Ministério da Saúde, Gabinete, Coordenação-Geral do Gabinete do Ministro, Coordenação de Atos e Publicações Oficiais, set. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/tcot-047-2022-ms-09-2022.pdf>

biodisponibilidade. É equivocado o argumento de que a garantia do acesso universal à saúde autoriza o Poder Judiciário, com base em estudos clínicos e laudos médicos, a ordenar a dispensação de tecnologias sem registro na ANVISA. Magistrados não possuem conhecimento institucional para promover controle sanitário e, quando o fazem, podem por em risco a saúde dos demandantes.

Assim, à medida que esses critérios constituem limites técnico-normativos à atuação do Judiciário, mostra-se possível reconstruir uma posição de garantia da integralidade e do acesso universal à saúde, concebida dialogicamente com a formulação e a execução das políticas de assistência farmacêutica no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Consultas:**

Bulário eletrônico. Disponível em:

<https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/>. Acesso em: 19 maio 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Bula do**

profissional de saúde: Kanuma alfassebelipase, Alexion Serviços e Farmacêutica do Brasil Ltda, solução para Diluição para Infusão 20 mg (2mg/ml). Disponível em:

<https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/q/?nomeProduto=Kanuma>.

Acesso em: 19 maio 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Bulário**

Myalept (metreleptina): AMRYT BRASIL COMERCIO E

IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS LTDA, pó liofilizado para solução injetável, 3,0 mg, 5,8 mg e 11,3 mg. 2023. Disponível em:

<https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/q/?numeroRegistro=175040002>.

Acesso em: 15 maio 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Bulário**

Zolgensma (onasemnogeno abeparvoveque), Novartis Biociências S.A.,

suspensão injetável 2,0 x 1013 GV/ML, Bula profissional. Disponível em:

file:///C:/Users/WIN%207/Downloads/bula_1685224553653.pdf. Acesso

em: 15 maio 2023.

AITH, Fernando *et al.* Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica.

Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, 2014.

Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804>.

Acesso em: 15 maio 2023.

ALVES, Alba da Cunha; SILVA, Thalita Oliveira da. Judicialização da saúde no acesso a medicamentos no SUS em uma Secretaria Estadual da Saúde.

Revista Baiana de Saúde Pública, v. 43, jan./mar. 2019, p. 45-56.

Disponível em: <https://pesquisa.bv.salud.org/portal/resource/pt/biblio-1140214>. Acesso em: 21 maio 2023.

ARAÚJO DINIZ, M. G. Direito Social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 472–485, 2013. Disponível em:

<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/99>. Acesso em: 10 maio 2023.

BOUWMAN, Maria Luísa; SOUSA, João José Simões; PINA, Maria Eugénia Tavares. Regulatory issues for orphan medicines: A review. *Health Policy and Technology*, v. 9, n. 1, p. 115-121, mar. 2020. Disponível em:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2211883719300796>. Acesso em: 25 maio 2023.

BURTON, Barbara K. et al. Sebelipase alfa in children and adults with lysosomal acid lipase deficiency: Final results of the ARISE study. **Journal of Hepatology**, v. 76, n. 3, mar./2022, pp. 577-587. Disponível em:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0168827821021711>. Acesso em: 21 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**. Disponível em:

<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 15 maio 2023.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Portal da Transparência, Despesas, Áreas de Atuação (Funções) do Governo, Função Específica: Saúde**. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2023>. Acesso em: 10 maio 2023.

LIM, Kenji Rowel Q; MARUYAMA, Rika; YOKOTA, Toshifumi. Eteplirsén in the treatment of Duchenne muscular dystrophy. **Drug design, development and therapy**, v. 11, fev./ 2017, pp. 533-545. Disponível em:

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28280301/>. Acesso em: 21 maio 2023.

LIMA-MARTINEZ, Marcos M. Metreleptina: Tratamiento para las complicaciones metabólicas de la lipodistrofia generalizada. **Rev Venez Endocrinol Metab**, v. 14, n. 1, 2016, p. 16-28. Disponível em:

<http://ve.scielo.org/pdf/rvdem/v14n1/art03.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

LOPES, Luciana de Melo Nunes *et al.* Integralidade e universalidade da assistência farmacêutica em tempos de judicialização da saúde. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 28, n. 2, pp.124-131, 2019. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/zg4Jnz5w58m3Hp9d69BYPZJ>. Acesso em: 21 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Acordo de Cooperação / Ministério da Saúde nº 9/2022**. Termo de Cooperação técnica que entre si celebram a

União, por intermédio do Ministério da Saúde, o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e o Conselho Nacional de Justiça, para os fins que especifica. Brasília: Ministério da Saúde, Gabinete, Coordenação-Geral do Gabinete do Ministro, Coordenação de Atos e Publicações Oficiais, set. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/tcot-047-2022-ms-09-2022.pdf>. Acesso em: 25 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica**. Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/ceaf>. Acesso em: 27 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica**. Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/cesaf>. Acesso em: 27 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Conheça a CONITEC**. Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC, abr. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/a-comissao/conheca-a-conitec>. Acesso em: 23 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Nota Técnica: Metreleptina**. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - NATS-HCFMUSP https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/notas-tecnicas/20221220_nt_metreleptina.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Nota Técnica Elexacaftor + Tezacaftor + Ivacaftor**. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Complexo de saúde. Brasília: Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - NATS-HCFMUSP, 2023. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/notas-tecnicas/20230404_nt_elexacaftor-tezacaftor-ivacaftor. Acesso: 21 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria Conjunta nº 6, de 15 de maio de 2023**: Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Atrofia Muscular Espinhal 5q tipos 1 e 2. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação e Complexo da Saúde, maio 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2023/portaria-conjunta-no-6-atrofia-muscular-espinhal-5q-tipos-1-e-2-docx.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria Conjunta nº 18, de 20 de novembro de 2019:** Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, nov. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2019/pcdt__hpn.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria Conjunta nº 22, de 2 de outubro de 2018:** aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Polineuropatia Amiloidótica Familiar. Brasília: Ministério da Saúde, out. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2018/pcdt_polineuropatia_amiloidotica_familiar_2018.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria Conjunta nº 25, de 27 de dezembro de 2021:** aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Fibrose Cística. Brasília: Ministério da Saúde, dez. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2022/portal-portaria-conjunta-no-25_pcdt_fibrose-cistica.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolo Clínicos e Diretrizes Terapêuticas:** Atrofia muscular espinhal 5q tipos 1 e 2. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, maio 2023. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/consultas/relatorios/2022/20220912_PCDT_AME_CP_57.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt#d>. Acesso em: 19 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas:** Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/protocolos/pcdt__hpn.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME.** Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/20220128_rename_2022.pdf. Acesso em: 19 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório de gestão 2021.** Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2021.pdf. Acesso em: 13 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório de gestão 2022.** https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2022.pdf. Disponível em: 13 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório de recomendação nº 659:** Exclusão do ecolizumabe para tratamento da Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC). Brasília: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/2021/20210909_relatorio_eculizumabe_hpn_659_2020_final.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório de Recomendação Medicamento nº 793:** Onasemnogeno abeparvoveque para o tratamento de atrofia muscular espinhal (AME). Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, dez. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/portaria/2022/20221207_relatorio_zolgensma_ame_tipo_i_793_2022.pdf. Acesso em: 14 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório de Recomendação Medicamento nº 799:** Inotersena para o tratamento da polineuropatia amiloidótica familiar relacionada à transtirretina em pacientes adultos não atendidos pela terapia com estabilizadores da proteína TTR no SUS. Brasília: Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, mar. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/2023/20230511_relatorio_799_inotersena_paftrr.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório de recomendação, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas:** Atrofia muscular espinhal 5q tipos I e II. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, ago./2022. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/consultas/relatorios/2022/20220912_PCDT_AME_CP_57.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório de recomendação, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas:** Fibrose Cística. Ministério da Saúde, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, ago./2022. Disponível em: https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/consultas/relatorios/2022/20220812_PCDT_Fibrose_Cistica_CP_53_final.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO JUDICIÁRIO – NATJUS/DF.

Nota Técnica: Zolgensma (Onasemnogene Abeparvovec-XIOI)/Atrofia muscular espinhal tipo 1. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/notas-laudos-e-pareceres/natjus-df/1145.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO JUDICIÁRIO – NATJUS/SP. **Nota técnica nº 237/2023 – NATJUS/SP.** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em:

https://www.trf3.jus.br/documentos/natjus/notas_tecnicas/NT_237_2022_Inotersena_02-02-2023.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO AO JUDICIÁRIO – NAT-JUS/SP.

Nota Técnica nº 1177/2022 – NAT-JUS/SP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em:

https://www.trf3.jus.br/documentos/natjus/notas_tecnicas/NT_Duchenne_Eteplirsen_14-06-2022.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

OLIVEIRA, Yonara Monique da Costa. Judicialização no acesso a medicamentos: análise das demandas judiciais no Estado do Rio Grande do Norte, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 37, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/8LMvgpKqDyx5S6Ttpcrryxq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constitution of the World Health Organization. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Basic Documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019)**. Genebra: 2020. Disponível em:

https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=6. Acesso em: 10 maio 2023.

PEREIRA, Ana Carolina Padula Ribeiro *et al.* Conduas clínicas e barreiras no tratamento da polineuropatia amiloidótica familiar associada à transtirretina (PAF-TTR) no Brasil. **Jornal Brasileiro de Economia da Saúde**, v. 13, n. 1, ago.2021, pp. 128-135. Disponível em:

<https://jbes.com.br/images/v13n2/128.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social Rights Against the Poor. **Vienna Journal on International Constitutional Law**, v. 7, n. 4, 2013, p. 454-475. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2257151&forceview=1>. Acesso em: 10 maio 2023.

REDE BRASILEIRA DE AVALIAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE. **Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde**. Disponível em: <https://rebrats.saude.gov.br/10-institucional/110-os-nats>. Acesso em: 25 maio 2023.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. **Revista de Saúde Pública**, São

Paulo, v. 57, n. 1, fev.2023, p. 1-10. Disponível em:
<https://rsp.fsp.usp.br/artigo/judicializacao-e-direito-a-saude-no-brasil-uma-trajetoria-de-encontros-e-desencontros/>. Acesso em: 20 maio 2023.

WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 2, p. 849-869, maio/ago. 2021. Disponível em:
<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/650>. Acesso em: 15 maio 2023.

WESTARB MOTA, Jefferson et al. Acesso a medicamentos para doenças raras no pós-estudo: revisão integrativa. **Revista Bioética**, v. 30, n. 3, Brasília, jul./set. 2022. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/bioet/a/tSHcCKVdbY5St4cxXXydvMh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 maio 2023.

ARQUIVO JURÍDICO
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI
ISSN 2317-918X