

# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

---

Volume 14, número 2, mai./ago. 2019



FACULDADE  
**SANTO AGOSTINHO**  
MONTES CLAROS • MG



# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 14, número 2, mai./ago. 2019

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

---

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS  
v. 14, n. 2 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – mai./ago. 2019

---



FACULDADE  
**SANTO AGOSTINHO**  
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

**FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)**  
**©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO**

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura  
Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo  
Coordenadora do Curso de Direito: Profa. Ms. Tatiana de Souza Araújo Antunes

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)  
Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil  
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

**Membros do Conselho Editorial**

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil	Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil	Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.
Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal	Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.
Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil	Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil
Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina	Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal
Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil	Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil
Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello	

**Organização, padronização e revisão linguística:** Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

**Diagramação/Editoração gráfica/Capa:** OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

---

v. 14, n. 2 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – mai./ago. 2019 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2020– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

# SUMÁRIO

<b>(IN) SUSTENTABILIDADE URBANA: A progressividade do IPTU como mecanismo socioambiental.</b> Adélia Alves Rocha, Émilien Vilas Boas Reis, Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira .....	12
<b>A CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE SIGILO DOS DADOS FISCAIS E BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS.</b> Clara Ferreira Alkimim, Wilson Medeiros Pereira .....	23
<b>A CRÍTICA DA CRÍTICA DE A. SEN À TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS.</b> Thadeu Weber, Bruna Fernandes Ternus .....	42
<b>A LEI 13.467/2017 E OS SEUS EFEITOS PARA O TELETRABALHO SOB O ENFOQUE DO TRINTENÁRIO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.</b> Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Marcelo Lucca .....	57
<b>A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, A PRIVACIDADE E A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.</b> Mateus Mantovani Sorgatto .....	75
<b>A ORIENTAÇÃO DOS PRAXISTAS E AS DÚVIDAS DOS MINISTROS NAS DEMARCAÇÕES DE TERRA NO BRASIL COLONIAL (SÉCULO XVIII).</b> Carmen Margarida Oliveira Alveal.....	90
<b>A VALIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO.</b> Ewerton Ricardo Messias, André Luis Cateli Rosa .....	121
<b>DIREITO AO RECONHECIMENTO DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS: IDENTIDADE, TERRITÓRIO E MEMÓRIA EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -STF.</b> Richardson Xavier Brant, João Batista de Almeida Costa .....	143
<b>ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DISFUNÇÃO SOLIPSISTA.</b> Dalton Max Fernandes de Oliveira.....	159
<b>DE “MULA” A “PATROA”: ATIVIDADES DESEMPENHADAS POR ADOLESCENTES ENVOLVIDAS COM O TRÁFICO DE DROGAS.</b> Ana Paula Motta Costa, Vitória Battisti da Silva .....	170

**EDITORIAL**

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 14, número 2, referente ao quadrimestre de 2019, traz muitos artigos científicos de qualidade incontestável e de conexão riquíssima com os atuais cenários nacionais e internacionais. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova incontestável de penetração em várias partes do mundo. E é o que este volume 14, número 2, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos países. Para tanto, inaugurando uma nova fase de nosso periódico, segue após essa minha fala um belíssimo olhar panorâmico escrito pelo prof. Ms. Gilberto Florêncio Faria.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 03 de maio de 2019.

É com imensa satisfação que apresentamos para a comunidade acadêmica nacional e internacional mais um número da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Os artigos a seguir apresentados dão um panorama sobre quão diversas, interessantes e pertinentes são as temáticas que orientam as pesquisas dos operadores do Direito hoje no Brasil e no mundo.

A maioria da população brasileira mora nas cidades e, por isso, políticas públicas e instrumentos jurídicos que tenham por objetivo garantir a todos a observância dos direitos fundamentais no âmbito do meio ambiente artificial são importantíssimas. Nesse sentido, pertinente a abordagem feita no artigo “(In)sustentabilidade urbana: a progressividade do IPTU como mecanismo socioambiental” de autoria das doutorandas Adélia Alves Rocha e Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira em parceria com o Professor Doutor Émilien Vilas Boas Reis.

No momento de nossa história em que procuramos reforçar nosso pacto constitucional ao combater a malversação e a corrupção, o trabalho intitulado “A constitucionalidade da transferência de sigilo dos dados fiscais e bancários do contribuinte ao Ministério Público para fins penais” de autoria da Professora Clara Ferreira Alkimim e do Professor Mestre Wilson Medeiros Pereira apresenta-se como fundamental no auxílio às reflexões acadêmicas.

No que tange às questões jusfilosóficas o artigo “A crítica da crítica de A. Sen à teoria de justiça de Rawls” do Professor Doutor Thadeu Weber e da mestrande Bruna Fernandes Ternus apresenta-se como prazeroso exercício consubstanciado no diálogo entre esses dois autores essenciais para a compreensão da Justiça.

Em sintonia com as mudanças nas relações de trabalho ocorridas hodiernamente no Brasil, o estudo “A Lei 13.467/2017 e os efeitos para o teletrabalho sob o enfoque do trintenário sistema

normativo brasileiro”, de autoria de Professora Doutora Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Professor Mestre Marcelo Lucca apresenta problematizações relativas ao meio ambiente do trabalho e o princípio da isonomia.

Estamos conectados num mar de informações, sem saber ao certo o reflexo disso em nossa privacidade. Tratando sobre a tensão entre princípios constitucionais, e também em sintonia com questões atuais, o artigo “A liberdade de informação, a privacidade e a necessária ponderação de princípios” de autoria do mestrando Mateus Mantovani Sorgatto proporciona uma visão clara sobre como superar tal desafio.

O trabalho da Professora Doutora Carmen Margarida Oliveira Alveal proporciona aos leitores uma experiência temporal no passado colonial, importante para a orientação das análises atuais, ao tratar da “A orientação dos praxistas e as dúvidas dos ministros nas demarcações de terra no Brasil colonial (século XVIII)”.

Em “A validade da análise econômica do direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico” os Professores Doutores Ewerton Ricardo Messias e André Luis Cateli Rosa esclarecem os leitores ao analisarem a aplicação da análise econômica do Direito nas decisões judiciais. Campos distintos e complementares do conhecimento ganham sentido com vistas à potencializar a prestação jurisdicional.

O reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do caráter multicultural da sociedade brasileira e pelo STF da precedência da ocupação do território pelos povos originários é objeto de análise acurada do artigo “Direito ao reconhecimento das populações tradicionais: identidade, território e memória em decisões do Supremo Tribunal Federal” de autoria do Professor Mestre e doutorando em Desenvolvimento Social Richardson Xavier Brant.

Passam os séculos e os apontamentos de Montesquieu sobre a concentração do poder permanecem como referência. Sobre garantias fundamentais e harmonização/independência entre os Poderes da República trata o Professor e mestrando em Direito Dalton Max Fernandes de Oliveira em seu cuidadoso estudo que tem por título “Ativismo judicial: uma análise da disfunção solipsista”.

Para encerrar, o comércio e o consumo de drogas é uma questão de dimensão internacional. E nos países da periferia do sistema capitalista esse problema ganha contornos dramáticos. Em “De mula a patroa: atividades desempenhadas por adolescentes envolvidas com o tráfico de drogas”, a Professora Doutora Ana Paula Motta Costa e a acadêmica de Direito Vitória Battisti da Silva analisam quais são as funções desempenhadas por adolescentes do gênero feminino ao atuarem no tráfico de drogas.

Este número consolida ainda mais o trabalho sério e dedicado realizado a muitas e valorosas mãos. Que a todos seja agradável a leitura. Bons estudos.

Prof. Ms. Gilberto Florêncio Faria

**ARTIGOS**

**(IN) SUSTENTABILIDADE URBANA: A progressividade do IPTU como mecanismo socioambiental.**

**(IN) URBAN SUSTAINABILITY: The progressiveness of the IPTU as a social and environmental mechanism**

Adélia Alves Rocha<sup>1</sup>

Émilien Vilas Boas Reis<sup>2</sup>

Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira<sup>3</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho consiste em verificar a interrelação do direito Tributário nas questões ambientais, especificamente nas políticas urbanas. Dessa forma, discute-se como a cobrança do IPTU – Imposto Predial Territorial Urbano- poderia, dentro do viés extrafiscal, alterar políticas urbanas e ou fomentar a preservação ambiental. Tendo em vista, o Estatuto da Cidade ou Lei do Meio Ambiente Artificial pondera-se pela utilização do direito tributário em proveito do desenvolvimento urbano como mecanismo capaz de viabilizar à propriedade atingir seu papel social. A defesa do meio ambiente, inclusive o artificial, está inserida no artigo 225 da Constituição Federal, que o tutela como direito da coletividade. Sendo assim, o direito de propriedade ao atender a função social estará contribuindo para a preservação ambiental e para o desenvolvimento de uma cidade sustentável. Para tanto, utilizar-se-á o método hipotético dedutivo através de pesquisas bibliográficas, doutrinárias e legislação vigente, buscando melhor compreensão do tema proposto.

Palavras-chave: Tributação – IPTU – Políticas Urbanas- Sustentabilidade

**ABSTRACT:** The objective of this work is to analyze the interference of tax law in environmental issues, specifically in urban policies. Thus, it is discussed how the collection of IPTU - Urban Territorial Property Tax - could, within the extra-fiscal bias, alter urban policies and / or promote

---

1. Doutoranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestra em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégia de Sustentabilidade pelo Instituto Educacional Santo Agostinho. Advogada. Professora do Ensino Superior. Assessora Jurídica da Secretaria do Meio Ambiente de Montes Claros- MG.

2. Pós-Doutor em Filosofia pela Faculdade do Porto (FLUP-Portugal). Mestre e Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Filosofia e de Filosofia do Direito na Graduação, Mestrado e no Doutorado da Escola Superior Dom Helder Câmara. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Por uma Justiça Ambiental” da ESDHC.

3. Doutoranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestra em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Especialista em Docência do Ensino Jurídico e em Direito Tributário. Advogada. Professora de Direito Tributário e Direito Financeiro do curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (Fasa). Membro do Grupo de Pesquisa “Por uma Justiça Ambiental” da ESDHC.

---

environmental preservation. In view of this, the City Statute or the Artificial Environment Law is weighed by the use of tax law to benefit urban development as a mechanism capable of enabling property to achieve its social role. The defense of the environment, including the artificial, is inserted in Article 225 of the Federal Constitution, which protects the right of collectivity. The objective of this work is to analyze the interference of tax law in environmental issues, Therefore, the right to property in meeting the social function will be contributing to environmental preservation and the development of a sustainable city. To do so, the hypothetical deductive method will be used through bibliographical, doctrinal and current legislation, seeking a better understanding of the proposed theme

Keywords: Taxation - IPTU - Urban Policies - Sustainability

## INTRODUÇÃO

Aspolíticas públicas representam a forma mais próxima de solução dos problemas urbanos que se apresentam, sejam eles locais ou regionais. Neste íterim, o direito tributário aparece como instrumento facilitador e ensejador de estratégias públicas, já que tais atividades precisam ser financiadas por receitas tributárias.

O dever fundamental de pagar tributos como representante do *imperium* do Estado, obriga que todos os cidadãos contribuam para a manutenção das atividades públicas. Entretanto, há de se ressaltar que a tributação não serve somente como forma de angariar recursos (função fiscal), mas também como mecanismo capaz de incentivar ou desestimular condutas do contribuinte (extrafiscal). É aí que surge a incidência do Imposto sobre a Propriedade predial e Territorial Urbana - IPTU como forma de incentivar que as propriedades atinjam sua função social e contribuam para o desenvolvimento urbano. A progressividade tributária pode, por exemplo, ao fixar a função social da propriedade, fortalecer a responsabilidade ambiental através de adoção de hortas comunitárias ou mesmo estimular a construção de novas moradias.

Há de se ressaltar que a progressividade não é um postulado tributário, mas uma forma de adoção de alíquotas (percentuais) progressivas tendo em vista a não adequação da propriedade ao seu desiderato social.

A Constituição Federal reservou um capítulo especial à política de desenvolvimento Urbano (arts. 182 e 183), notadamente, no art. 182, inciso II, § 4º que o define como “um mecanismo jurídico para efetivar a função socioambiental da propriedade urbana” de modo que ficará a cargo dos planos diretores traçarem os ditames do direito de propriedade urbana, utilizando parcelamento ou edificação compulsória, IPTU progressivo no tempo ou a desapropriação.

Este artigo propõe-se a analisar, preliminarmente, a evolução do direito de propriedade. Posteriormente, discutir-se-á a função social como limitador dos direitos de propriedade, compreendendo a imposição do IPTU na sua função extrafiscal como mecanismo de política

urbana e instrumento socioambiental. E por fim, será verificadose o IPTU progressivo corrobora para o desenvolvimento de uma cidade sustentável,

## 1. DIREITO DE PROPRIEDADE

A ideia de propriedade remonta do período Romano, quando segundo Diniz (2004) os feudos foram dados como usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços. Reforça Diniz (2004) que o Feudalismo só desapareceu do cenário jurídico mundial em 1789, com a chegada da Revolução Francesa consagrando seus ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

A relação entre propriedade e liberdade coincide com o surgimento do Estado. A ideologia liberal e individualista representava o triunfo da racionalidade humana e de sua vocação para a liberdade. Com o iluminismo, e o jusnaturalismo, concedeu-se ao sujeito de direito a possibilidade de manifestar livremente a sua vontade, em um contexto econômico propício à circulação do capital (FARIAS, 2017).

Os direitos de propriedade surgem no instante em que os recursos se tornam escassos.

Desde os primórdios, o indivíduo sempre procurou satisfazer as suas necessidades vitais por intermédio da apropriação de bens. Inicialmente, o homem pertencia à terra; com o tempo a terra passou a pertencer ao homem, em um processo que inicia com a busca por bens de consumo imediato; com o tempo, o domínio de coisas móveis, até perfazer-se a noção de propriedade, progressivamente complexa e plural. O verbo *ter* marca indelevelmente o direito subjetivo de propriedade, sendo inerente a qualquer ser humano o anseio pela segurança propiciada pela aquisição de bens. (FARIAS, 2017, p.261)

Por outro lado:

No início das civilizações as formas originárias da propriedade tinham uma feição comunitária. P. ex.: entre nossos indígenas, ao tempo da descoberta do Brasil, havia domínio comum das coisas úteis, entre os que habitavam a mesma oca, individualizando-se, tão somente, a propriedade de certos móveis, como redes, armas e utensílios de uso próprio o solo por sua vez, era pertencente a toda tribo e isso, temporariamente, por que nossos índios não se fixavam na terra, mudavam de cinco em cinco anos. (DINIZ, 2004, p.107)

Segundo Farias (2017) certo é que a ideologia liberal e individualista que se estabeleceu entre os séculos XVIII e XIX representava o triunfo da racionalidade humana e sua vocação para a liberdade. Suas ideias reconheciam ao sujeito de direito a possibilidade de manifestar

---

livremente a sua vontade em um contexto econômico onde se privilegiava o contrato e a propriedade. Nesse sentido, deve-se frisar a importância do iluminismo que trouxe consigo a ruptura do modelo típico de propriedade dirigido a um determinado grupo social, totalmente excludente. Ou seja, o homem passou a ser detentor de direitos e dentre eles a propriedade, sobre qual o Estado não podia intervir. “A propriedade será alcançada segundo a capacidade e esforço de cada um e, na forma da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, terá a garantia da exclusividade dos poderes de seu titular, como asilo inviolável e sagrado do indivíduo.” (FARIAS, 2017, p. 262).

Juridicamente, o Direito de propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha (DINIZ, 2004). Entretanto, a par desta definição defende Farias (2017) que, pode-se definir a propriedade como direito que alguém possui em relação a um determinado bem, tratando-se, portanto, de um direito fundamental, protegido pelo art. 5º da CF/88. Todavia, deve sempre atender a uma função social, em prol da coletividade. Além disso, a propriedade é preenchida a partir dos preceitos que constam no art. 1228 do Código Civil de 2002:

A propriedade é um direito *complexo*, que se instrumentaliza pelo domínio. Este, como substância econômica da propriedade, possibilita ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de *usar, gozar, dispor e reivindicar* coisa que lhe serve de objeto (1.228 do CC). A referida norma perfaz uma descrição analítica dos poderes dominicais nos moldes tradicionais. (FARIAS, 2017. p.266)

O direito de propriedade possui limitações extrínsecas de sua própria natureza. Ou seja, tem o fim de coibir abusos e impedir que o exercício do direito de propriedade acarrete prejuízo ao bem-estar social, permitindo desse modo o desempenho de sua função social (FARIAS, 2017)..

## **2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

A função social da propriedade é um conceito jurídico não concreto, ao passo que positiva o interesse individual na propriedade privada, sem que esta perca seu caráter individual de liberdade, mas relativizando-a em busca da igualdade social, como princípio estruturante de nossa ordem jurídica (TARTUCE, 2014). Para Tartuce (2014) a propriedade nos dias atuais apresenta-se impregnada de caráter social, afastando cada vez mais a concepção individualista do Código Civil de 1916, para garantir a forma de verdadeiro encargo social, aplicada ao bem-estar da coletividade. Lado outro, como primeiro dispositivo preliminar a respeito da propriedade, importa transcrever o § 1º do art. 1.228 do Código Civil vigente o qual aduz:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio, ecológico, o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002).

Como se observa, a lei civil passa a consagrar, expressamente, a função social, em um sentido de finalidade, como postulado da propriedade, além de representar limitação a esse direito. “É possível dizer que a função social pode se confundir com o próprio conceito de propriedade, deve sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum, evidenciando-se uma destinação positiva que deve ser dada a coisa”. (TARTUCE, 2014. p. 903)

Em linhas gerais, a função social compõe a propriedade. A propriedade é, ao menos nesse sentido, função social, como todo instituto é o complexo que resulta de sua estrutura e de sua função (TARTUCE, 2014). Urge ressaltar ainda, que a função social é componente não só da propriedade rural ou agrária, mas também da propriedade urbana. A garantia da propriedade, nas palavras de Tartuce (2014) não tem incidência nos casos em que a propriedade não atende a sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio.

Para Gonçalves (2013) a função social da propriedade como princípio de direito é um instituto relativamente recente. Isto por que, seus ideais e fundamentos jurídicos se iniciou apenas no século XX, com o dever de atender uma necessidade econômica, e com a noção da prevalência do interesse público sobre o privado. No ordenamento jurídico brasileiro a função social e a propriedade são elementos inseparáveis. Desse modo, reforça o autor que a função social passa a trazer para o proprietário, obrigações de fazer ou não fazer, além da ideia de uso consciente da propriedade e dos recursos naturais que nela houver. Nesse sentido, o poder público, impõe ao proprietário condutas obrigacionais, a fim de que a propriedade passe a atender o interesse coletivo de modo geral.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco definitivo para garantir o instituto da função social da propriedade. Deste modo, o artigo 5º da Constituição, garantidor dos direitos e garantias fundamentais do ordenamento nacional, trouxe em seu inciso XXIII:

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:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>4</sup>, em seu artigo 17, consagra o direito à

propriedade como inalienável do ser humano, desdobrando-se em suas dimensões básicas (FARIAS, 2017). É assegurado como meio para garantia de subsistência, é o direito universal à terra como fonte provedora das condições mínimas para que a família e a comunidade possam levar uma vida digna.

O acesso universal à propriedade é o fundamento de todos os sistemas nacionais reguladores das diversas propriedades. Logo, a Constituição é centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia pública e privado (FARIAS, 2017). O mínimo existencial é algo quantitativo e qualitativo superior ao mínimo vital, ou seja, o Estado deve corroborar para a manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano.

Portanto, a intervenção do Estado na propriedade pode ser ensejada pela busca do cumprimento dos elementos fundamentais da Constituição, como maior distribuição de renda, através da aplicação da função social à propriedade.

### **3 - IPTU PROGRESSIVO EM FACE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

A relação jurídica é um vínculo concebido pelo ordenamento que conecta pessoas ou grupos com atribuições de poderes e deveres. Na relação jurídica de direito real, o proprietário titulariza o direito subjetivo de exigir dos não proprietários um dever genérico de abstenção, como reflexo da garantia individual da propriedade (FARIAS, 2017).

Além disso, certo é que a coletividade goza do direito subjetivo difuso de exigir que o proprietário conceda função social ao direito de propriedade, tendo amparo no art. 5<sup>a</sup>, inciso XXIII, da Constituição Federal "a propriedade atenderá a sua função social" (FARIAS, 2017).

Assim, verifica-se claramente que a propriedade urbana para fins de tributação pelo Imposto predial ou cumpre sua função social, ou não a cumpre, e nessa hipótese e somente nela poderá ser sancionada pela aplicação de alíquotas progressivas, um dos instrumentos para desestimular a improdutividade da propriedade territorial. (FIORILLO e FERREIRA, 2010, p.118)

Ademais, a função social por si só cria um complexo de direitos e obrigações, encargos, limitações estímulos e ameaças que formatam o direito de propriedade. Nesse sentido, o proprietário se encontrará em situações ativa e passiva e só poderá demandar abstenção da coletividade se, a seu turno, conceder função social.

[...]não existe função social da propriedade, mas funções sociais de diversas propriedades, pois em uma sociedade plural variados são os sujeitos de que exercem o direito subjetivo, como múltiplos são os bens jurídicos e as formas de satisfação patrimonial. Temos a pequena e grande propriedade. A pública e a privada. A propriedade de bens de consumo e de bens de produção, assim como a propriedade que se afirma na posse ou no crédito e em bens imateriais. Em tamanha profusão de propriedades, o que relevará para valorar cada centro de interesses não será o rótulo e sim a finalidade. (Farias, 2017, p. 320)

Nas palavras de Farias (2017) inexistem hierarquia entre os direitos fundamentais de propriedade e sua função social, sendo impossível estabelecer qualquer gradação entre tais institutos.

A constitucionalização do direito de propriedade, juntamente com a consagração constitucional da sua função socioambiental ou ecológica (art. 186, II da CF88) reforçam a perspectiva normativa dos deveres fundamentais de proteção ecológica conferida aos proprietários, o que também se verifica através da eficácia do direito fundamental ao ambiente – e também dos direitos sociais – nas relações entre particulares. (Sarlet e Fensterseifer, 2013, p.260)

Amaral e Levate (2014, p. 188) asseguram que “o §1228 do Código Civil estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”

Caso não seja atendida a função social, assegura Ramos (2011, p. 92) “que sobre a política urbana, sem olvidar dos princípios constitucionais tributários e das normas gerais contidas no CTN, (...) o IPTU progressivo no tempo poderá ser aplicado ao proprietário de imóvel urbano que deixar de atender a notificação do Poder Executivo Municipal”. Esta imposição se dará mediante majoração de alíquotas no prazo de cinco anos consecutivos, segundo reza o art 7º do Estatuto da Cidade. O assunto também é objeto de tutela constitucional:

A Constituição estabelece que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, estabelecendo expressamente que a propriedade urbana compre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas pelo plano diretor (Amaral e Levate, 2014, p. 190)

A progressividade segundo Murphy e Nagel (1960, p. 183) “ para todos os efeitos no que diz respeito à avaliação dos graus de progressividade tributária, podemos considerar mais representativo o método de avaliação que pesa os efeitos do sistema tributário sobre o bem-estar agregado”. Ao fazer opção pela aplicação de alíquotas progressivas que cumpram a função social da terra o aplicador deve estar atento para resultados que fomentem o adequado uso da propriedade.

Portanto, o direito à cidade é tutelado pela ordem constitucional como direito fundamental, à medida que a função social deve se sobrepor sobre interesses individuais regidos pelo comando dos conceitos de propriedade. Neste desiderato, a aplicação do IPTU progressivo se mostra importante instrumento socioambiental.

#### **4 A (IN) SUSTENTABILIDADE DO IPTU PROGRESSIVO**

Como exposto, o tributo na sua função fiscal visa arrecadar recursos capazes de manter a satisfação das necessidades públicas da sociedade. Neste encargo, a tributação constitui a principal receita econômica da atividade financeira estatal. Cumprido ao presente trabalho analisar outra função do tributo: a extrafiscal ou regulatória. Através da extrafiscalidade, segundo Montero (2014, p. 178) “o Estado passa a utilizar o tributo como um instrumento de regulação que lhe permite intervir na direção da atividade econômica com o intuito de alcançar determinados objetivos almejados pela sociedade.” A extrafiscalidade é utilizada tomando como base duas técnicas; a instituição de incentivos fiscais ou incidência de cargas tributárias mais elevadas, sendo que tais situações tendem a alterar o comportamento de contribuinte. Para a questão ambiental e o objeto em análise toma-se como base:

As cargas-tributárias. Através dos tributos são desestimulados comportamentos ou atos que, ainda que lícitos são considerados prejudiciais para a sociedade. Com esse tipo de medidas busca-se reorientar a conduta não desejada (comissiva ou omissiva), obstaculizando-a ou atribuindo-lhe consequências negativas. Nesse caso, trata-se de medidas de conservação social. A qualificação de um tributo como extrafiscal não dependerá apenas da finalidade expressada na norma jurídica, mas da estrutura impositiva utilizada para promover ou desincentivar a uma determinada atuação (MONTERO, 2014, p.182)

A CRFB, em seu artigo 182, trata da política de desenvolvimento urbano, que se traduz nas funções sociais da cidade, em que a propriedade urbana tem como desiderato cumprir as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. “Considerando-se a noção de meio ambiente artificial, a implementação de uma política adequada de desenvolvimento urbano se caracteriza como forma de defesa e preservação do meio ambiente, que somente se alcança através do atendimento, pelas propriedades urbanas de suas funções

socioambientais”. (ASSUNÇÃO, 2014, p.190). Sendo assim, o Estatuto da Cidade, ao tratar da política urbana sustenta em seu artigo 2º em resumo “a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, ao planejamento espacial do desenvolvimento das cidades e adequação dos instrumentos de política econômica, tributaria e financeira aos objetivos do desenvolvimento urbano.”

Inicialmente, cumpre grifar que “o conceito de desenvolvimento sustentável foi introduzido na obra “Nosso Futuro Comum” elaborada pela Comissão Mundial do Ambiente e Desenvolvimento, posteriormente ratificada na Conferência do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Rio 92).

A proposta desse conceito visa ao atendimento das necessidades das gerações atuais sem o comprometimento das futuras. (MEDEIROS et al., 2012). Portanto, se houver compatibilidade entre desenvolvimento e qualidade ambiental, haverá uma boa gestão urbana, e conseqüentemente uma cidade sustentável. Conforme, o Estatuto da Cidade em seu parágrafo único do Art. 1º busca-se “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

A sustentabilidade ambiental é baseada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Ela compete a trabalhar com escalas múltiplas de tempo e espaço, o que desarruma a caixa de ferramentas do economista convencional. Ela impede ainda a buscar soluções triplamente vencedoras (isto é, em termos sociais, econômicos e ecológicos), eliminando o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas, tanto sociais quanto ambientais. (VEIGA, 2005, p.172)

Portanto, a aplicabilidade do IPTU progressivo, como mecanismo de sustentabilidade requer que “o gerenciamento urbano tenha como resultado um produto social (não o mero produto administrativo), esse produto é uma cidade sustentável.” (COIMBRA, 2002.). Ou seja, a sustentabilidade urbana deve ser como um dos postulados do planejamento urbano, sendo aplicabilidade progressiva do IPTU um dos caminhos para tal desiderato.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A propriedade que não observar o exercício do seu dever jurídico, o atingimento da sua função social, sofrerá sanções diferenciadas do sistema jurídico, conforme o grau de desídia e a forma pela qual o ordenamento prioriza determinado modelo.

A progressividade do IPTU não pode ser vista como forma de restrição a propriedade, ao contrário suas funções serão harmonizadas pela tributação. A garantia do direito de propriedade só pode existir se estiver ligada ao desenvolvimento das cidades. Quando estiver em

jogo interesses coletivos relevantes como os ambientais, faz-se necessário que haja a redução da receita tributária em função da otimização de condutas socioambientais corretas.

Ressalta-se o fato do IPTU progressivo ter como objetivo o combate aos vazios urbanos e a especulação imobiliária na cidade, fomentando, assim, a expansão do perímetro urbano. Algumas questões devem fazer parte desta análise: a primeira diz respeito a aprovação de Lei Municipal que regulamente os institutos constitucionais. Ademais, a implementação do IPTU progressivo é custoso aos cofres público, visto a necessidade de infraestrutura urbana, como asfalto, saneamento básico, postos de saúde, escolas e transporte público.

Mesmo diante de tais dilemas, é preciso ressaltar que o objetivo precípua é garantir o direito de propriedade que deve ser entendido sempre como forma de garantir direitos sociais à coletividade, e, sobretudo o direito a uma cidade sustentável.

## REFERÊNCIAS

- ACSERALD, H. *Sustainability, discours and disputes*. Bonn: Weed Dialogue, 1995.
- ARAÚJO, Marcos Antonio Reis. *Unidades de Conservação no Brasil: da república à gestão de classe mundial*. Belo Horizonte: SEGRAC, 2007
- ASSUNÇÃO, Haroldo Celso de. *O IPTU como Instrumento de Efetivação da função socioambiental da propriedade urbana*. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; LEVATE, Luiz Gustavo. (Orgs.). *A Extrafiscalidade Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014. P.181-198.
- COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *O outro lado do meio ambiente: uma incursão humanista na questão ambiental*. Campinas: Millennium, 2002.
- DE MEDEIROS, Gerson Araújo; GIORDANO, Lucília do Carmo; REIS, Fábio Augusto Gomes Vieira. *Gestão Ambiental*. In: *Meio Ambiente e Sustentabilidade*. Orgs. Andre Henrique Rosa; Leonardo Fernandes Fraceto, Viviane Moschini-Carlos. Porto Alegre: Bookman, 2012
- DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do Imposto sobre a propriedade predial e Territorial Urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: direitos reais*. 13. Ed. Salvador: Juspodivim, 2017.
- FERNANDES, Marlene Allan. *Cidades sustentáveis: subsídios à elaboração da Agenda 21 brasileira*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; Consórcio Parceria 21 IBAM-ISER-REDEH, 2000.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário*. 3 ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- LIPORINI, Antonio Sérgio. *Instrumentos para Gestão Tributária de Cidades*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2003.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. O mito da propriedade: os impostos e a justiça. Tradução. Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação Ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAMOS, José Eduardo Silvério. *Tributação Ambiental: o IPTU e o meio ambiente urbano*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. Paula YoneStroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3 Ed. rev. Atual.eAmpl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

## A CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE SIGILO DOS DADOS FISCAIS E BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS

Clara Ferreira Alkimim<sup>1</sup>  
Wilson Medeiros Pereira<sup>2</sup>

**RESUMO:** Quando a materialidade dos crimes fiscais for apontada em procedimentos em que o Fisco obteve as informações diretamente com as instituições financeiras sem autorização judicial, nos termos da lei, questiona-se a licitude da utilização dessa notícia crime pelo Ministério Público para fins penais. Diante disso, o presente trabalho – utilizando-se do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental – objetivou analisar a constitucionalidade da transferência do sigilo dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo Fisco, no legítimo exercício de fiscalização, ao Ministério Público, para fins penais. Como objetivos específicos, buscou-se discutir os direitos fundamentais, a persecução penal brasileira e o desenvolvimento jurisprudencial sobre o tema. Observou-se que o desenvolvimento jurisprudencial brasileiro encontra-se favorável à transferência de sigilo bancário, contudo, não obsta a atuação do Poder Legislativo em sentido contrário.

**Palavras chave:** Direito à privacidade. Investigação financeira. Sigilo de dados.

**ABSTRACT:** When the materiality of tax crimes is pointed out in cases when the tax authority obtained the information directly from the financial institutions without a court order – as the legislation would require – there is a possibility of questioning the lawfulness of such direct forwarding of an investigation request to the Public Prosecutor's Office to start criminal prosecution measures. Using a deductive-monographic method and relying on bibliographic-documental research, this work aims to analyze the constitutionality of the forwarding of taxpayer's financial and fiscal data – obtained by the tax authorities on their ordinary overseeing duties – to the Public Prosecutor's Office for criminal investigation measures. In special, this work aims to discuss fundamental rights, the actual state of criminal prosecution in Brazil and the recent developments in jurisprudence regarding the topic. It was observed that the Brazilian jurisprudential development is favorable to the transfer of bank secrecy, however, does not

---

1. Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros.

2. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Subseção Judiciária de Montes Claros-MG. Possui pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva- BH/MG, e em "Direito Econômico e Empresarial" pela UNIMONTES. Graduado em Ciências Contábeis (2004) e em Direito (2000) pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professor do Curso de Direito da UNIMONTES

prevent the Legislative Power acting in the opposite direction.

**Keywords:** Right to privacy. Financial investigation. Data confidentiality.

## INTRODUÇÃO

O direito à privacidade, tutelado entre os direitos fundamentais, implica na proteção da esfera íntima dos indivíduos para que possam usufruir da vida sem interferências do Estado ou de terceiros. Nada obstante, a privacidade encontra-se entre os principais direitos fundamentais infringidos durante diligências investigatórias, tanto no âmbito cível quanto criminal, gerando as denominadas provas ilícitas.

Em especial à persecução criminal dos ilícitos tributários, costumam ser utilizadas técnicas de investigação financeira que demandam o acesso a dados bancários ou fiscais – abrangidos pelo direito à privacidade – do investigado para apurar sua capacidade econômica e a compatibilidade desta com as transações que realizou ou as informações fiscais que prestou à Administração Tributária.

Esses ilícitos penais tributários (como sonegação fiscal, crimes aduaneiros, dentre outros), que são da atribuição constitucional do Ministério Público apurar e buscar a tutela jurisdicional visto ser o titular da ação penal pública, podem ser constatados no curso da apuração dos ilícitos civis e administrativos atinentes à matéria tributária pelo Fisco. Nessa hipótese, cabe ao responsável pela investigação cível ou administrativa encaminhar a notícia crime ao *parquet* para que este possa formar a convicção sobre a autoria e a materialidade delitiva do fato.

Ocorre que a Administração Tributária, consoante a previsão da Lei Complementar nº 105/2001, possui a prerrogativa de poder acessar os dados bancários do contribuinte no exercício do seu legítimo dever de fiscalização e a representação penal aos órgãos de persecução criminal pode acabar contendo dados atinentes à vida privada do contribuinte sobre os quais a lei não autorizou, expressamente, a utilização no âmbito criminal.

Isso posto, o presente trabalho tem por objetiva analisar a constitucionalidade do compartilhamento de dados bancários e fiscais do contribuinte com o Ministério Público, para fins penais, obtidos pelo Fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do Poder Judiciário.

Trata-se de relevante pesquisa, pois a violação do direito fundamental à privacidade, além de configurar grave ofensa ao próprio Estado Democrático de Direito, conduz à produção de provas ilícitas que devem ser desentranhadas do processo por, presumidamente, serem prejudicial aos investigados, infringindo as garantias constitucionalmente protegidas.

O presente trabalho evidencia-se importante, também, em razão do reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, da análise da constitucionalidade da transferência dos sigilos bancário e fiscal da Administração Tributária ao Ministério Público, para fins penais, quando, evidentemente, poderia haver infração

à privacidade do investigado.

## **1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE**

No direito brasileiro, a proteção da vida privada e da intimidade encontra-se positivada na CRFB/1988, em seu art. 5º, inciso X, mas também, articula-se com outros dispositivos constitucionais que resguardam o domicílio, a comunicação e os dados pessoais (BRASIL, 1988).

Dessa forma, visando à tutela da privacidade (gênero), o texto constitucional traz instrumentos para permitir o indivíduo conduzir a própria vida da maneira que julgar mais conveniente, assegurando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (espécies) (NOVELINO, 2019).

Setores da doutrina e da jurisprudência alemã categorizam o direito à privacidade em três esferas: a) esfera íntima: que constitui o núcleo essencial e intangível do direito à intimidade ou privacidade; b) esfera privada: que diz respeito a aspectos não sigilosos ou restritos da vida familiar, profissional e comercial do indivíduo, portanto, passíveis de ponderação em relação a outros bens jurídicos e c) esfera social: onde se situam os direitos à imagem e à palavra (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Essa classificação tem sido criticada em vista da impossibilidade de se contemplar todas as situações que envolvem a vida privada, contudo, pode servir de referencial para a distinção de situações concretas, assim como para enquadrar o direito à privacidade no âmbito de proteção do direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

A CRFB/1988 inovou ao estabelecer a tutela ao sigilo de dados, dentre os quais se destaca, no contexto atual, os bancários e fiscais, estando aqueles a cargo de empresas privadas ou instituições financeiras estatais e estes últimos, em princípio, em poder da Receita Federal (TAVARES, 2017).

Quanto ao âmbito de proteção, em ambos os casos, não se efetua, em regra, diferença entre os diversos dados e informações armazenadas nos cadastros fiscais e bancários, de forma que a integralidade está tutelada. Isso porque, em eventual intervenção restritiva, se houver diferenciação entre as informações requisitadas, poder-se-ia, acidentalmente, acessar outras informações que dizem respeito à esfera da intimidade pessoal e familiar (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

De acordo com Lima (2018), os sigilos bancário e fiscal são um dever jurídico imposto às instituições financeiras e às entidades atuantes no sistema financeiro nacional para que estas não divulguem informações sobre as manifestações financeiras de seus clientes.

Essa obrigação, além de derivar do texto constitucional, foi regulamentada pela Lei Complementar nº 105/2001, que prevê: “art. 1º. As instituições financeiras a conservarão do sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados” (BRASIL, 2001).

Ademais, também em âmbito infraconstitucional, o Código Tributário Nacional veda “a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades” (art. 198) (BRASIL, 1966).

Geralmente, cabe somente ao titular do direito a decisão sobre divulgação de suas informações pessoais, mas o direito à privacidade poderá sofrer intervenções restritivas, que, consoante Novelino (2019), serão legítimas quando adequadas à fomentação de outros princípios constitucionais, necessárias ante a inexistência de outro meio similarmente eficaz e proporcional na realização de princípios que, no caso concreto, possuem maiores razões que o direito à privacidade.

A quebra do sigilo de dados bancários e fiscais pode ser utilizada como meio de obtenção de prova, funcionando como ferramenta adequada à revelação de informações essenciais à elucidação da autoria e materialidade delitiva por meio dos registros dos serviços disponibilizados pelas instituições financeiras (LIMA, 2018).

Para tanto, são hipóteses legais em que tais informações podem ser validamente acessadas nos fins de investigação ou instrução processual penal: a) fornecimento voluntário pelo titular do direito; b) se autorizada pela autoridade judiciária competente; c) em Comissões Parlamentares de Inquérito; d) por requisição do Ministério Público sobre informações de órgãos públicos; e e) pela Administração tributária, nos termos da lei (LIMA, 2018).

Dentre elas, destacam-se as limitações ao direito de privacidade dos dados fiscais e bancários previstas na Lei Complementar nº 105/2001, em seus arts. 5º e 6º, segundo as quais haveria possibilidade de transferência do sigilo bancário ao Fisco, sem prévia autorização judicial, quando necessários os dados do contribuinte para o subsídio de processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso (BRASIL, 2001).

Em decorrência dessa permissão legal, iniciaram-se debates sobre a legalidade de eventuais provas em processo penal advindas de Representação Fiscal para Fins Penais na qual contenha informações pessoais do contribuinte obtidas na forma da Lei Complementar nº 105/2001.

Questionamentos sobre a constitucionalidade do acesso direto pelo Fisco aos dados bancários e fiscais do contribuinte, previsto em lei, mas também, da possibilidade de utilização pelo Ministério Público desses dados a partir de Representação Fiscal para Fins Penais foram levados ao Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral da matéria.

Nos próximos tópicos serão abordadas as discussões advindas de ambas as hipóteses e suas consequências no processo, enfocando-se na apreciação da constitucionalidade da transferência do sigilo dos dados fiscais e bancários do contribuinte ao Ministério Público para fins penais.

## **2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NO**

---

## ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O constitucionalismo é expressão da ideologia liberal que surgiu como uma doutrina de limitação do poder do Estado para a tutela dos direitos fundamentais. Assim, a instituição de uma Constituição com as diretrizes e as bases escolhidas pelo Poder Constituinte implica na consagração do texto constitucional como parâmetro de observância obrigatória por todos aqueles a ele subordinado, fazendo surgir, então, o denominado controle de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade constata a desconformidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição, aplicando-se à conduta omissiva do legislador – que dará ensejo ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, mas também ao ato jurídico (*lato sensu*) privado ou público – para qual caberá ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo -, em razão de incompatibilidades no que tange ao agente, forma, conteúdo ou fim (TAVARES, 2017).

No Brasil, o controle pode ser preventivo – durante a elaboração do ato ou norma – ou repressivo, destacando-se que neste último confere-se ao Poder Judiciário o poder de decisão, seja de maneira incidental pelos magistrados no exercício de sua jurisdição, seja ou principal pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, por meio de controle concentrado e pela via recursal.

Em regra, as decisões em controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, não vinculando, entretanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo<sup>3</sup>, sendo que a desvinculação deste último (não somente no controle concentrado, mas em todas as manifestações do Poder Judiciário) decorre da independência atribuída a cada um dos poderes constituídos em razão do princípio da separação dos poderes<sup>4</sup> (TAVARES, 2017).

Lado outro, quanto ao estabelecimento do processo penal, nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um poder estatal capaz de sobrepor aos ímpetos individualistas dos homens para realizar a aplicação do direito. Diante disso, a repressão dos atos criminosos se dava através do regime de autotutela, cujas principais características são a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

À medida que o Estado se consolidava, gradativamente, absorveu o poder de analisar as pretensões e resolver os conflitos através de juízes estatais que, por provocação das partes e as substituindo, exerceriam a jurisdição. Para tanto, o processo surgiu como “instrumento por meio

---

3. Exemplo disso foi a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983, no ano de 2016, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a realização de vaquejadas por se tratar de evento em que são realizados atos de crueldade contra os animais, violando, portanto o art. 225, §1º, VII, da CRFB/1988 (BRASIL, 2016a). Contudo, logo após, o Poder Legislativo promulgou emenda constitucional adicionando o §7º ao art. 225 da CRFB/1988 a fim de ressaltar que as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais (assim como as vaquejadas), registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, não ofendem a CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

---

do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca da solução” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 44).

Há que se destacar que, assim como nas demais áreas processuais, em razão do Estado Democrático de Direito, a existência do direito processual penal necessita ser compreendida a partir da leitura constitucional, visto que, com a recepção dos direitos naturais pelas constituições democráticas, o Estado tem o dever de atribuir eficácia a esses direitos fundamentais (LOPES JUNIOR, 2017).

Segundo Lopes Junior (2017), no processo penal existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, isto é, além de ser um instrumento a serviço do poder punitivo estatal, o direito processual penal desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido, sendo o meio pelo qual, também, se legitima a imposição da pena.

Logo, a desvirtuação do processo retira a credibilidade do próprio fim almejado, o qual, seja por excesso de punição ou de defesa, produzirá resultado jurídico anômalo distinto da finalidade da justiça.

Nesse ínterim, a CRFB/1988 elencou diversos princípios processuais penais, sob rol não taxativo, traçando diretrizes a serem observadas pelos órgãos de persecução penal, tais como, presunção de não culpabilidade, contraditório, ampla defesa, publicidade, devido processo legal, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros (BRASIL, 1988).

Em especial ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a CRFB/1988 limitou o direito fundamental à prova e a busca da verdade real, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI, porquanto:

[...] em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. (...) Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal (LIMA, 2018, p. 629).

Em relação aos direitos e garantias individuais, a proibição de provas ilícitas objetiva, de forma imediata, a tutela do direito à intimidade, à privacidade, à imagem e à inviolabilidade de

---

4. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

---

domicílio, os quais, geralmente, são os mais atingidos durante as diligências investigatórias (PACELLI, 2017).

As provas obtidas por meios ilegais, consoante Lima (2018), funcionam como um gênero, do qual são espécies: a) as provas ilícitas, que são aquelas obtidas mediante violação direta ou indireta das normas materiais de direito penal ou de direito constitucional e b) as provas ilegítimas, compreendidas aquelas obtidas ou produzidas em desacordo com normas processuais.

Portanto, caso a produção da prova no processo penal viole o direito de privacidade do investigado ou do réu, dever-se-ia declarar a ilicitude da prova e desentranhá-la dos autos.

### **3. ESTUDO DE DIREITO COMPARADO ACERCA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NA PERSECUÇÃO PENAL**

A globalização e a revolução tecnológica, ao contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional de bens e serviços, acabaram por propiciar o crescimento dos ilícitos que utilizam de estruturas econômicas empresariais e do sistema financeiro - sobretudo as organizações criminosas e os grupos terroristas -, cujos proventos passaram a dispor de complexas operações de lavagem de dinheiro para dificultarem, sobremaneira, a repressão estatal (MARTINS, 2018).

Nesse cenário, a investigação financeira ganha especial importância no esforço internacional de combate à lavagem de dinheiro, à recuperação de ativos e ao financiamento do terrorismo e das organizações criminosas.

Desde o ano de 1919, a *Internal Revenue Service's Criminal Investigation Division* e os demais órgãos de persecução penal empregam técnicas de investigação financeira nos Estados Unidos da América para apurar evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Exemplo disso foi, nos anos 1930, a análise financeira aplicada em investigações envolvendo falsificação de bebidas e na emergente máfia americana, que resultou na prisão, por sonegação fiscal, do gângster Al Capone, de Chicago (MARTINS, 2018).

Por sua vez, os grandes casos de corrupção no Brasil, desvendados na última década, desde o Caso Mensalão até o Caso Lava Jato, valeram-se, também, do sistemático emprego de dados financeiros. Posteriormente, na edição da lei nº 12.850/2013, ao tratar da investigação criminal e dos meios de obtenção de provas relacionadas às organizações criminosas, foi elencado de maneira expressa, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, observando-se a legislação específica (BRASIL, 2013; MARTINS, 2018).

Como visto, em razão de ser uma técnica especial de investigação financeira, o afastamento dos sigilos bancário e fiscal demanda autorização judicial, em regra. Porém, quando os dados foram legalmente obtidos pelo Fisco e remetidos aos órgãos de persecução penal como *notitia criminis*, a exigência do prévio crivo do Poder Judiciário poderia ser entendida como um garantismo exacerbado.

Nesse sentido, o direito norte-americano, tradicionalmente visto como zeloso das garantias individuais, dentre as quais o direito à privacidade<sup>5</sup>, consolidou, ao menos desde no julgamento do caso *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976), que o acesso a dados bancários pelas autoridades de persecução penal norte-americanas pressupõe simplesmente a existência de um procedimento legal, não sendo exigida maior autorização judicial. Veja-se:

*There is no legitimate 'expectation of privacy' in the contents of the original checks and deposit slips, since the checks are not confidential communications but negotiable instruments to be used in commercial transactions, and all the documents obtained contain only information voluntarily conveyed to the banks and exposed to their employees in the ordinary course of business. **The Fourth Amendment does not prohibit the obtaining of information revealed to a third party and conveyed by him to Government authorities.** The Act's recordkeeping requirements do not alter these considerations so as to create a protectable Fourth Amendment interest of a bank depositor in the bank's records of his account [...] **Access to bank records under the Act is to be controlled by "existing legal process."** That does not mean that greater judicial scrutiny, equivalent to that required for a search warrant, is necessary when a subpoena is used to obtain a depositor's bank records (USA, 1976) (grifo não original).*

Em 2016, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, começou a se alinhar a essa posição menos burocrática para a investigação criminal. Observe-se o excerto do voto da Ministra Carmen Lúcia: “não há como se dar cobro às finalidades do Estado, especialmente da Administração Fazendária, e **até ao Direito Penal**, nos casos em que precisa haver investigação e penalização, se não houver acesso a esses dados, que, de toda sorte, já são de conhecimento das instituições financeiras que nem Estado são” (grifo não original) (BRASIL, 2016b).

---

5. A previsão constitucional norte-americana equivalente ao direito fundamental à privacidade é a Emenda nº IV a qual prevê: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas” (tradução livre) (USA, 1789).

Não há 'expectativa de privacidade' legítima no conteúdo dos cheques e comprovantes de depósito originais, uma vez que os cheques não são comunicações confidenciais, mas instrumentos negociáveis para serem usados em transações comerciais, e todos os documentos obtidos contêm apenas informações voluntariamente transmitidas aos bancos e expostos aos seus funcionários no curso normal dos negócios. **A Quarta Emenda não proíbe a obtenção de informações reveladas a terceiros e transmitidas por ele às autoridades governamentais.** Os requisitos de manutenção de registros da lei não alteram essas considerações para criar um interesse protegido da Quarta Emenda de um depositante bancário nos registros bancários de sua conta [...] **O acesso aos registros bancários nos termos da lei deve ser controlado pelo "processo legal existente". Isso não significa que um maior escrutínio judicial, equivalente ao exigido para um mandado, seja necessário quando uma intimação é usada para obter os registros bancários de um depositante** (tradução livre).

Corroborando essa posição, na mesma oportunidade, o Ministro Roberto Barroso verificou que o afastamento do sigilo bancário e fiscal se trata de meio adequado a “promover a finalidade de combater as mais diversas formas de fuga ilegítima da tributação e controlar o fluxo de capitais, **inclusive para fins penais**” (grifo não original) (BRASIL, 2016b).

Sobre o tema, importante destacar que o Brasil assumiu compromissos internacionais, perante o G20<sup>7</sup> e o *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*<sup>8</sup>, obrigando-se a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas (BRASIL, 2016b).

Entretanto, conforme notícia publicada no portal Valor Econômico, em 9 de novembro de 2013, segundo levantamento realizado pelo grupo internacional *Tax Justice Network*, com base em dados de 2011 do Banco Mundial, o Brasil só perde para a Rússia no ranking mundial da sonegação fiscal (BRASIL, 2016b).

A constitucionalidade da utilização direta pelo Ministério Público dos dados bancários e fiscais recebidos através de representação fiscal para fins penais, elaborada pelo Fisco no legítimo exercício de fiscalização, não havia, ainda, sido objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal no Brasil, havendo apenas breves menções nas decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 2.390, 2.386, 2.397, 2.589 e do Recurso Extraordinário n° 601.314/SP-RG, pela constitucionalidade da Lei Complementar n° 105/2001.

Tendo em vista a relevância da matéria constitucional, após a interposição do Recurso Extraordinário n° 1.055.941/SP pelo Ministério Público Federal, que visava combater decisão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região julgando ilícita a prova obtida diretamente pelo *parquet* com a Receita, o Supremo Tribunal Federal, em 12 de abril de 2018, reconheceu a repercussão geral da referida questão constitucional, cujo desenvolvimento jurisprudencial será visto nos próximos tópicos.

#### **4. A CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE SIGILO DOS DADOS FISCAIS E BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS**

Assim como visto anteriormente, o advento das Leis Complementares n° 104/2001 e 105/2001, fez surgir debates acerca da proteção dos sigilos bancário e fiscal questionando a utilização dos dados obtidos pelo Fisco, na forma dessas leis, tanto no âmbito cível quanto no

---

7. G20 é um grupo internacional formado pelas 19 maiores economias do mundo e a União Européia criado no final da década de 1990, após crises financeiras pelas quais passavam algumas potências econômicas, visando-se o fortalecimento da economia internacional.

8. O Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários é um órgão criado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE). Ressalve-se que o Brasil não integra a OCDE, sendo apenas membro do Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários.

criminal.

Primeiramente, discutia-se na doutrina e tribunais brasileiros, se o acesso direto pela Administração Tributária aos dados bancários do contribuinte, para fins de investigação dos ilícitos tributários, infringiria o direito fundamental à privacidade, colocando-se à prova a própria constitucionalidade das sobreditas leis.

Sobre o tema, em 2011, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, o Ministro Ayres Brito delimitou o direito à intimidade esclarecendo que as informações do indivíduo protegidas por tal garantia constitucional são aquelas relacionadas à esfera do “ser”, vinculada à sua personalidade, e não aquela do “ter”. Ademais, o Ministro Dias Toffoli destacou que o acesso pelo Fisco não se trata de quebra de sigilo bancário, que é crime, mas sim de transferência do sigilo (BRASIL, 2011a).

Nessa oportunidade, os supracitados Ministros foram votos vencidos, mas, em 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu em repercussão geral (RE n 601.314/SP-RG, tema 225), conjuntamente às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.589, pela constitucionalidade dos questionados dispositivos das Leis Complementares nº 104/2001 e 105/2001, legitimando o acesso aos dados bancários pela Receita Federal sem a necessidade de haver intervenção do Poder Judiciário.

Além de se destacar o compromisso internacional feito pelo Brasil, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários em cumprir os padrões internacionais de transparência na de troca de informações bancárias e buscar combater práticas criminosas, ressaltou-se a importância do zelo pela ordem tributária após a CRFB/1988. Veja-se:

[...] A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. **Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição *sine qua non* para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.** (BRASIL, 2016b).

Depreende-se, pois, que para a manutenção dos objetivos da República Federativa do

---

Brasil e para a consecução dos direitos fundamentais, é mister que haja meios para o combate à sonegação fiscal, sendo esta uma das principais razões pela qual o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o acesso dos dados bancários do contribuinte diretamente pelo Fisco.

Ademais, conforme o que foi decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.390/DF, os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) não implicariam em quebra de sigilo bancário, mas sim transfeririam o dever de sigilo à Administração Tributária, visto que não há autorização para exposição ou circulação dos dados, estando resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da CRFB/1988 (BRASIL, 2016b).

De igual forma, o art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, ao inserir o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, configuraria a transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, confluindo com outros comandos legais sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos (BRASIL, 2016b).

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou, também, legítima a previsão do art. 3º, §3º da Lei Complementar nº 105/2001 que confere à Advocacia-Geral da União o direito de acesso às informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte (BRASIL, 2016b).

Entretanto, conforme adiantado nos capítulos anteriores, nesse julgamento, houve apenas breves menções acerca da possibilidade de remessa dos dados obtidos legitimamente pelo Fisco ao Ministério Público, para fins penais, mas a matéria que já vinha sendo discutida pelos juristas brasileiros.

Sobre esse tema, em 21 de dezembro 2007, foi publicada a Nota Técnica nº 179/DENOR/CGU/AGU, aprovada pelo então Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, aduzindo a possibilidade jurídica da irrestrita transferência de matéria amparada pelo sigilo fiscal ao Ministério Público Federal, independentemente de prévia autorização judicial (SARAIVAFILHO, 2014).

Isso porque, nos termos do art. 198, §1º, inciso II, e §2º, do CTN/1966, com redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001, e do art. 8º, inciso VIII e §2º da Lei Complementar nº 75/1993, e diante da presunção da constitucionalidade das leis, não haveria razões para se opor reserva de sigilo fiscal ao Ministério Público em relação aos dados fiscais dos contribuintes (SARAIVAFILHO, 2014).

Corroborando tal entendimento, Macedo (2008) afirmou que, muito embora a Lei Complementar nº 105/2001 não tenha previsto a possibilidade de o Ministério Público ter acesso direto aos dados bancários, estabeleceu o dever legal de o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários informar o *parquet* a ocorrência de crime de ação pública, **juntando à comunicação dos fatos os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos** (grifo não original).

---

Ademais, aduzia que o Ministério Público é dotado de prerrogativas para a quebra dos sigilos bancário e fiscal, principalmente na defesa do patrimônio durante o curso de sua investigação no inquérito civil, não podendo sua função constitucional estar subordinada a decisão do Poder Judiciário (MACEDO, 2008).

Em específico à investigação financeira envolvendo recursos públicos, tal qual visto no primeiro capítulo, a jurisprudência brasileira é pacífica no sentido de autorizar a requisição direta do Ministério Público às instituições financeiras, porque as contas bancárias dos entes públicos, em regra, não são protegidas pelo direito à privacidade e, por conseguinte, inoponível o sigilo bancário, ainda que contenha transações financeiras com particulares, não configurando violação reflexa da privacidade destes<sup>9</sup>.

Em 2016, foi criado o Projeto de Lei nº 6.064 com o intuito de alterar o Decreto nº 70.235/1972 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, para extinguir o voto de qualidade no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, contudo, foi arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2016c).

Ocorre que esse projeto de lei foi desarquivado, na Sessão Plenária de 13 de fevereiro de 2019, oportunidade na qual foi apresentada Emenda Aglutinativa para inserir um dispositivo alterando o art. 83 da Lei nº 9.430/1996 que versa sobre a representação fiscal para fins penais (BRASIL, 2016c).

A proposta de Emenda Aglutinativa dispõe que a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao *parquet* após a decisão terminativa, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente, sob pena de responsabilização civil e criminal (BRASIL, 2016c).

No mais, a proposta estabelece a expressa necessidade de obtenção de autorização judicial para a Receita Federal compartilhar os dados com o Ministério Público nas hipóteses de indícios dos crimes contra a ordem tributária, relacionados ao controle aduaneiro ou contra a

---

**Não são nulas as provas obtidas por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de titularidade de Prefeitura para fins de apurar supostos crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública.** É lícita a requisição pelo Ministério Público de informações bancárias de contas de titularidade da Prefeitura, com o fim de proteger o patrimônio público, não se podendo falar em quebra ilegal de sigilo bancário. O sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos. **Diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, cabe ao MP, no exercício de seus poderes investigatórios** (art. 129, VIII, da CF/88), requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados a partir de conta corrente de titularidade da Prefeitura. Essa requisição compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias sucessivas, ainda que realizadas por particulares, e objetiva garantir o acesso ao real destino desses recursos públicos. (Informativo nº 572 STJ) (BRASIL, 2015). (Informativo nº 879 STF) (BRASIL, 2017) (grifo não original).

Art. 83-A. Havendo indícios de crimes diversos dos referidos no artigo anterior, o auditor-fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverá reportá-los ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, que adotará procedimento especial interno, em comissão competente, para analisar a materialidade das evidências indicadas pelo referido auditor, respondendo civil e criminalmente as autoridades envolvidas pelo não cumprimento do disposto neste artigo. Parágrafo único. **Confirmados os indícios tratados no caput, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, mediante autorização judicial, deverá reportá-las às autoridades competentes para fins de investigação penal.**

Art. 83-B Nas hipóteses dos artigos 83 e 83-A, as autoridades competentes para o envio da representação fiscal para fins penais deverão assegurar o sigilo dos dados compartilhados, dentre outros: I - Nome da pessoa física ou jurídica;

---

Previdência Social<sup>10</sup> (BRASIL, 2016c).

O projeto de lei encontra-se para deliberação em Sessão Ordinária do Plenário da Câmara dos Deputados, contudo, em, 18 de setembro de 2019, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu a Nota Técnica PGR/ 2ª CCR Nº 14/2019 sugerindo a rejeição da proposta de alteração do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, alegando sua inconstitucionalidade e cerceamento do combate à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro (MPF, 2019).

Considerando que os sigilos bancário e fiscal são corolários do direito à privacidade, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais brasileiros mantinham posicionamento de que, salvo os casos específicos autorizados em lei, deveriam ser opostos aos órgãos de persecução penal, mas no próximo tópico como ocorreu o desenvolvimento jurisprudencial dos tribunais superiores brasileiros.

## 5. O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 12 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP julgou, por unanimidade, constitucional a questão do compartilhamento direto de dados entre Ministério Público e Receita e, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (Tema nº 990), vencido o Ministro Edson Fachin, sem a manifestação da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2018a).

O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público Federal buscando-se atacar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região que julgou ilícita a prova remetida pelo Fisco ao *parquet* sem autorização judicial<sup>11</sup>. Tinha como fundamentos a afronta aos arts. 5º, incisos X e XII, art. 145, §1º e 129, inciso VI, todos da CRFB/1988, bem como a alegação de que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a licitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público para fins penais em repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, em conjunto com as ADI nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.589 (BRASIL, 2018a).

Na oportunidade, o Ministro Relator Dias Toffoli admitiu que o Supremo Tribunal Federal, em virtude da inteligência estabelecida no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, já

---

II - Número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF) ou número de inscrição no Cadastro de Pessoa Jurídica (CNPJ); e III - Tipificação legal do suposto ilícito objeto da representação fiscal para fins penais (BRASIL, 2016c) (grifo não original).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. NULIDADE DO COMPARTILHAMENTO PARA A ESFERA PENAL DE DADOS ACOBERTADOS POR SIGILO BANCÁRIO OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO COMPETENTE. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO. 1. Conforme precedentes do C. STJ e da Quarta Seção deste Regional, a quebra do sigilo bancário para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, está sujeita à prévia autorização judicial. 2. Hipótese em que a prova da materialidade encontra-se em procedimento administrativo no bojo do qual a Receita Federal, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, obteve dados acobertados por sigilo mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial. 3. **Reconhecida a ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o**

---

havia decidido, de forma esparsa, permitindo o compartilhamento de dados para fins de persecução penal, ressaltando que, com fundamento no art. 198, §3º, inciso I, do CTN, não seria vedada a divulgação de informação para representação fiscal com fins penais, sobretudo quando se observa a efetiva supressão de tributos<sup>12</sup> (BRASIL, 2018a).

Porém, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal havia somente tangenciado o tema no julgamento que assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, destacou-se a relevância de, acaso se reafirmar a jurisprudência, “debater sobre os limites objetivos que os órgãos administrativos de fiscalização fazendária deverão observar ao transferir automaticamente para o Ministério Público informações sobre movimentação bancária e fiscal dos contribuintes em geral, sem comprometer a higidez constitucional” (BRASIL, 2018a).

O Ministro Edson Fachin, na ocasião, foi voto vencido por considerar que o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado, suficientemente, sobre o tema, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, julgando legítima a prestação de informações para combater as mais diversas formas de evasão ilícita da tributação e controlar o fluxo de capitais, inclusive para fins penais<sup>13</sup> (BRASIL, 2018a).

Nada obstante a essa tendência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, no informativo de jurisprudência nº 0482/2011, havia se posicionado contrariamente à possibilidade de o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, nos seguintes termos:

A Turma reiterou o entendimento de que **o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais de intimidade da vida privada dos cidadãos. Somente quando precedida da devida autorização judicial, tal medida é válida.** Assim, a Turma concedeu a ordem para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de

---

**Ministério Público Federal, para fins penais, e estando a materialidade delitiva demonstrada exclusivamente com base em tais elementos (ou provas deles derivadas), tem-se que a ação penal padece de nulidade desde o início quanto à apuração do crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.** 4. Prejudicado o recurso defensivo. (BRASIL, 2017b) (grifo não original).

De igual maneira a esse entendimento, o Ministro Relator citou os seguintes julgados: nº 973.685/SP, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 24/3/17; ARE nº 998.818, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 4/10/16; e ARE nº 939.055/ES, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 18/4/16 (BRASIL, 2018a).

Destacou, também, que ambas as turmas do tribunal confirmam que a matéria em comento está devidamente incluída em sede de repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, citando como exemplos o ARE 841344 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 12/02/2017; ARE 107607 AgR, Ministra Relatora Rosa Weber, DJe 07/11/2017, dentre outros (BRASIL, 2018a).

---

convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida. (BRASIL, 2011b) (grifo não original).

Ocorre que, após o reconhecimento da repercussão geral, em sentido diverso, o tribunal superior se manifestou, conforme os informativos de jurisprudência n<sup>os</sup> 0623/2018 e 0634/2018, pela possibilidade de utilização dos dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal, considerando lícito, inclusive, o compartilhamento com a Polícia, ao término do procedimento administrativo fiscal, quando verificada a prática, em tese de infração penal. Veja-se:

[...] Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de compartilhamento de dados obtidos legitimamente pelo fisco com o órgão ministerial e com a polícia, sem prévia autorização judicial, para uso em ação penal. **Primeiramente, necessário frisar ser prescindível a autorização judicial para a requisição de informações bancárias pela receita federal, como meio de concretizar seus mecanismos fiscalizatórios na seara tributária, ante a constitucionalidade da disciplina contida no art. 6º da lei complementar n. 105/2001, reconhecida pela suprema corte no julgamento do RE n. 601.314/SP, sob a sistemática da repercussão geral.** A seu turno, o entendimento já consagrado neste tribunal, é no sentido de que a quebra do sigilo bancário, para fins penais, exige autorização judicial mediante decisão devidamente fundamentada. Contudo, **em recente orientação firmada pela quinta turma deste tribunal, no julgamento do recurso em habeas corpus n. 75.532/SP assentou-se que o envio dos dados sigilosos pela Receita Federal à Polícia ou ao Ministério Público, quando do esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, decorre de mera obrigação legal de comunicar às autoridades competentes acerca de possível ilícito cometido, não representando assim ofensa ao princípio da reserva de jurisdição o uso de tais elementos compartilhados para fins penais.** Com efeito, constitui obrigação dos órgãos de fiscalização tributária, prevista no art. 83 da lei n. 9.430/96 (redação dada pela lei n. 12.350/2010) comunicar o ministério público, quando do encerramento do procedimento administrativo sobre exigência de crédito tributário, eventual prática de crime. E mais, não configura quebra do dever de sigilo *'a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa'* (inc. IV do § 3º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001). Como se vê, os citados dispositivos

expressamente albergam o dever de remessa de dados bancários indicativos de eventual ilícito penal ao ministério público, a partir do término do procedimento administrativo tributário, como forma de permitir a investigação e persecução penal. Desse modo, **a ação penal fundada em tais elementos não pode ser tomada como ofensiva à reserva de jurisdição, pois amparada em exceção categórica da legislação.** Vale dizer, sendo legítimo os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se igualmente lícita sua utilização para fins da persecução criminal, a partir da comunicação obrigatória promovida pela receita federal no cumprimento de seu dever legal, quando do término da fase administrativa (BRASIL, 2018b) ( Informativo nº 0634/2018) (grifo não original).

Ademais, no informativo nº 0623/2018 do Superior Tribunal de Justiça, frisou-se que “há reiteradas decisões do STF, afirmando que deve ser estendida a compreensão fixada no julgamento do RE 601.314-SP à esfera criminal, sendo legítimos '[...] os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo Administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal” (BRASIL, 2018b).

O Recurso Extraordinário nº 1.055.941 teve seu julgamento de mérito finalizado em 28 de novembro de 2019, oportunidade na qual o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, apreciando o tema 990 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, sendo votos vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que negaram provimento ao recurso (BRASIL, 2019).

Posteriormente, em 04 de dezembro de 2019, o sobredito tribunal, por maioria, deixando vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, fixa a seguinte tese formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes julgando a constitucionalidade da transferência de sigilo dos dados fiscais e bancários do contribuinte ao Ministério Público para fins penais:

1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios (BRASIL, 2019).

Assim, o Supremo Tribunal Federal encerra, por ora, no âmbito do Poder Judiciário a problemática acerca da constitucionalidade da transferência de sigilo dos dados fiscais e bancários aos órgãos de persecução penal, restando a possibilidade de o Poder Legislativo aprovar o Projeto de Lei nº 6.064 exigindo a autorização judicial para tal compartilhamento de dados.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A princípio, o encaminhamento de representação fiscal para fins penais contendo dados relativos às informações bancárias e fiscais do contribuinte, obtidas pela Administração Tributária no legítimo exercício de fiscalização, era tratado pela jurisprudência brasileira como quebra dos sigilos bancário e fiscal, devendo estar sujeita à prévia autorização judicial, em razão do princípio da reserva de jurisdição.

Dessa forma, quando a prova da materialidade do crime utilizada pelo Ministério Público encontrava-se fundada em procedimento administrativo em que a Fisco obteve os dados bancários e fiscais do contribuinte, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, o Poder Judiciário brasileiro constatava a ilicitude da prova obtida, e, por conseguinte, desentranhavam-na dos autos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, entendeu que não há quebra de sigilo bancário no compartilhamento com o Ministério Público de dados do contribuinte, para fins penais, obtidos pelo Fisco, sem o crivo do Poder Judiciário.

Em vez disso, há a transferência do sigilo, pois o membro do Ministério Público deve zelar pela subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. Ademais, o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes por parte da Administração Tributária é meio idôneo a alcançar os fins pretendidos, sendo instrumento que subsidia a efetiva apuração do valor devido dos tributos, é um mecanismo com aptidão de promover a finalidade de combater as mais diversas formas de fuga ilegítima da tributação e controlar o fluxo de capitais, inclusive para fins penais.

Diante do exposto, observa-se que o desenvolvimento jurisprudencial indica a superação dos clássicos posicionamentos sobre a imposição do sigilo bancário e fiscal ao Ministério Público para fins de apuração dos crimes contra a ordem tributária, relacionados ao controle aduaneiro ou contra a Previdência Social, sendo importante avanço no combate às fraudes tributárias visto conceder maior amplitude às investigações.

Essa tendência dos tribunais brasileiros alinha-se ao da jurisprudência internacional, a exemplo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, embora tradicional na tutela dos direitos fundamentais, entende desnecessária uma maior autorização judicial quando os dados

foram obtidos legitimamente obedecendo-se um procedimento legal.

Por fim, há que se ressaltar que as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, inclusive em controle de constitucionalidade, difuso ou abstrato, - tal qual o Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP - como visto, não vinculam o Poder Legislativo o qual poderá exercer sua função legislativa livremente, inclusive, estabelecendo regras diametralmente opostas às julgadas pelos tribunais. Assim, nada obsta que o Projeto de Lei nº 6.064/2016 exija a autorização judicial prévia para o encaminhamento da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 de jul. de 2019 às 14h.

BRASIL. **Lei Complementar nº 105 de 2001**. Brasília (DF). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm) Acesso em: 30 de jul. de 2019 às 14h.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 2013**. Brasília (DF). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)/ Acesso em 22 de set. de 2019 às 23h.

BRASIL. **Lei nº 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional)**. Brasília (DF). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/15172.htm) Acesso em: 30 de jul. de 2019 às 14h.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.064 de 2016**. (2016c) Brasília (DF). Disponível em: <HTTPS://WWW.CAMARA.LEG.BR/PROPOSICOESWEB/FICHADETRAMITACAO?IDPROPOSICAO=2110223/>. Acesso em 22 de set. de 2019 às 23h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 308.493-CE**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 20 de out. de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 160.646-SP**, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 1º de set de 2011 (2011b).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.473/SP**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 20 de mar. de 2018 (2018b).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983**. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. DJe 10 de out. de 2016 (2016a). Disponível em: <HTTP://PORTAL.STF.JUS.BR/PROCESSOS/DETALHE.ASP?INCIDENTE=4425243/> Acesso em 28 de set. de 2019 às 17h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859**. Ministro Relator Dias Toffoli. Data de Julgamento 24 de fev de 2016 (2016b).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 133.118/CE**, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma. Julgado em 26 de set. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP**. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. Data de Julgamento 12 de abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 389.808/PR**. Relator Ministro Marco Aurélio, Dje de 10 de maio de 2011 (2011a).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP**. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. Data de Julgamento 12 de abr. de 2018 (2018a).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. ISBN 97-85-392-0277-5. São Paulo (SP): Malheiros Editores LTDA, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACEDO, Amilcar Fagundes Freitas. Sigilo bancário e fiscal: possibilidade de o Ministério Público determinar a quebra dos sigilos bancário e fiscal independentemente de autorização judicial. *In: Revista Jurídica Tributária*, Porto Alegre, ano 1, n. 3, p. 179-198, out./dez., 2008.

MARTINS, Tiago Misael de Jesus. Investigação Financeira. *In: Crimes Fiscais, Delitos Econômicos e Financeiros*. ISBN 978-85-85257-40-8. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília (DF): MPF, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Nota técnica nº PGR/ 2ª CCR Nº 14/2019**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Brasília (DF): MPF, 2019. Disponível em: [HTTP://WWW.MPF.MP.BR/PGR/DOCUMENTOS/NOTA\\_TECNICA\\_14\\_2ACCR\\_PL\\_606\\_4\\_AUDITORES.PDF/](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota_tecnica_14_2accr_pl_606_4_audidores.pdf). Acesso em 23 de set. de 2019 às 20h.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador (BA): Editora Juspodivm, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. ISBN 978-85-970-1025-1. São Paulo (SP): Atlas, 2017.

SARAIVA FILHO, Oswald Othon de Pontes. Sigilo Fiscal em face do Ministério Público. *In: Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 12, n. 69, p. 9-47, maio/jun., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Constitution of the United States (1789)**. Disponível em: [HTTPS://WWW.SENATE.GOV/CIVICS/CONSTITUTION\\_ITEM/CONSTITUTION.HTM/](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm) Acesso em: 07 de set. de 2019 às 14h.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). *United States's Supreme Court. United States v. Miller, 425 U.S. 435*. Julgamento em: 12 de jan. de 1976. Decidido em: 21 de abr. de 1976. Disponível em: [HTTPS://SUPREME.JUSTIA.COM/CASES/FEDERAL/US/425/435/](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/435/) Acesso em: 07 de set. de 2019 às 14h.

## A CRÍTICA DA CRÍTICA DE A. SEN À TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

Thadeu Weber<sup>1</sup>

Bruna Fernandes Ternus<sup>2</sup>

**RESUMO:** O texto apresenta a crítica de A. Sen à teoria da justiça de J. Rawls e elabora uma breve reconstrução da leitura rawlsiana de Sen. A preocupação central é identificar problemas detectados e propor possibilidades argumentativas do filósofo americano. Desse modo, articula-se sobre algumas questões abertas no debate dos dois autores e ensaiam-se possíveis respostas. Por fim, examinam-se limitações que podem ser apontadas em relação à posição original, ponto de partida da justiça como equidade.

**Palavras-chave:** bens primários, capacidades, contrato social, justiça, posição original.

**ABSTRACT:** The paper presents Amartya Sen's critique of J. Rawls's theory of justice and elaborates a brief reconstruction of Rawls's reading of A. Sen. Hence, the main concern is to identify problems and to propose possible answers by the American philosopher. In this way, it articulates on some questions proposed in the discussion of the two authors and tests possible answers. Finally, it examines limitations that can be pointed out with respect to the original position, starting point of justice as fairness.

**Keywords:** primary goods, capabilities, social contract, justice, original position.

### INTRODUÇÃO

A teoria da justiça de J. Rawls pode ser considerada como uma das maiores contribuições à Filosofia Política desenvolvida nas últimas décadas. Isso pode ser verificado pelas enormes repercussões, comentários, interpretações, influências e divergências que provocou e está provocando. É praticamente impossível encontrar algum autor que discute questões de justiça a partir da publicação de *Uma Teoria da Justiça* que não se refira a ele. No debate entre liberais e comunitaristas Rawls é figura central. Como crítico do utilitarismo sua leitura é indispensável.

As divergências, no entanto, são muitas. O presente texto apresenta e discute uma delas: a de A. Sen, principalmente a partir de sua obra *A Ideia da Justiça*. Depois de fazer uma breve reconstrução da leitura rawlsiana feita por Sen, o objetivo principal é identificar problemas

---

1. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, nos programas de Pós-Graduação em Filosofia e Pós-Graduação em Direito.

2. Mestranda em Filosofia Política pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

---

detectados, propor possíveis respostas a partir do filósofo americano e apontar eventuais equívocos e insuficiências de interpretação. Um dos pontos examinados diz respeito à distribuição dos bens primários, considerando as amplas variações de capacidades dos cidadãos. O alcance do princípio da diferença é retomado e a concepção normativa de pessoa é explicitada, com o intuito de dar alguma contribuição ao debate.

O artigo destaca ainda algumas questões abertas e que, segundo Sen, necessitam de “novas investigações”, na teoria da justiça de Rawls. Merece atenção o problema da insistência rawlsiana nas instituições justas e não em “sociedades justas”, a questão dos limites do contratualismo e a da relação entre os princípios de justiça de determinada sociedade com o “direito dos povos”.

O objetivo é entrar no mérito da avaliação de A. Sen, retomar os textos de Rawls e explicitá-los a propósito das dificuldades levantadas, apontando possíveis equívocos e acertos.

### **1. A leitura rawlsiana de A. Sen**

O fato de o livro *A ideia da justiça* ser dedicado à Rawls, já mostra o profundo reconhecimento de A. Sen. As referências a ele perpassam toda a obra, ora para destacar suas contribuições para o tema da justiça no pensamento contemporâneo, ora para apontar “problemas que podem ser efetivamente enfrentados” (SEN, 2011, p. 95), ou seja, suas discordâncias.

Merece destaque, inicialmente, a reconstrução da “justiça como equidade” feita por Sen. Esforça-se o autor em explicar temas básicos como o da posição original, o da equidade e o da concepção política de justiça. Igualmente, manifesta certo ceticismo em relação à “escolha única, na posição original, de determinado conjunto de princípios para as instituições justas necessárias para uma sociedade plenamente justa” (SEN, 2011, p. 87). A diversidade de interesses, por vezes conflitantes, afeta por demais nossas compreensões de justiça. À vista disso, como, então, formular os mesmos princípios de justiça para padrões de comportamento que se alteram de tal maneira em sociedades tão diferentes? Consequentemente, mesmo depois de cuidadosa reflexão e “discussão pública”, teríamos que admitir a possibilidade de as pessoas continuarem a defender princípios de justiça muito diferentes daqueles supostamente objeto de acordo na posição original rawlsiana.

No entanto, apesar desse ceticismo, destaca “lições positivas” que resultam das teses rawlsianas. Quanto a isso, não se trata de reconstruir essas lições, mas apenas destacar a importância dada por Sen ao princípio da diferença de Rawls, “da equidade dos arranjos sociais” (SEM, 2011, p. 95), sobretudo no que se refere à importância que a eliminação da pobreza assume dentro da teoria da justiça. A ideia dos bens primários, introduzida para explicar quem são os menos favorecidos, teve um efeito enorme, segundo Sen, na “análise de políticas públicas para a remoção da pobreza” (SEN, 2011, p. 95). Ele destaca a importância que a equidade representa “para que se preste atenção especialmente nas dificuldades das pessoas em pior situação” (SEN, 2011, p. 95).

Cumpra salientar, outrossim, o destaque dado pelo autor à concepção normativa de pessoa de Rawls. Desse modo, ao apontar para as “qualidades morais” das pessoas, isto é, a capacidade de ter e desenvolver senso de justiça, bem como a capacidade de ter e desenvolver uma concepção do bem, Rawls estaria indo além da “teoria da escolha racional”, segundo a qual as pessoas teriam apenas um “senso de autointeresse e prudência mas não uma capacidade de considerar ideias de equidade e justiça” (SEN, 2011, p. 93). Além de enriquecer o conceito de racionalidade, Sen destaca ainda a importância da distinção rawlsiana entre o racional e o razoável.

Acima de tudo, Sen dá um destaque especial à tese central de Rawls, segundo à qual “a equidade é fundamental para a justiça” (SEN, 2011, p. 93). Isso representa um grande avanço nas discussões sobre o tema da justiça, principalmente em relação ao utilitarismo, teoria marcante até então. Assim, por mais que haja discordância do ponto de vista sobre como a posição original pode atingir a imparcialidade, isso não desmerece o valor da prioridade da equidade<sup>3</sup>.

## 2. Problemas detectados

É conhecida a tese rawlsiana em relação à prioridade do justo sobre o bem. Mais designadamente, na justiça como equidade o autor defende a prioridade dos direitos e liberdades fundamentais sobre quaisquer concepções comunitárias do bem. Tal prioridade se justifica perante a necessidade de um acordo acerca dos princípios de justiça, o que não é possível em relação às doutrinas morais abrangentes, em virtude de elas revelarem distintas concepções do bem. No *Liberalismo Político*, Rawls insiste em que “a prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca, como eu disse, por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas” (RAWLS, 2000, p. 349). Essa tese perpassa toda a obra. É o que define, propriamente, o caráter liberal da justiça como equidade, ou seja, requer a atribuição de uma “prioridade especial” à proteção dos direitos fundamentais e visa, ao mesmo tempo, a inclusão de medidas para assegurá-los a todos os cidadãos. Entretanto, Sen considera exagerada (extremada) essa prioridade da liberdade (Cf. SEN, 2011, p. 96).

A observação é válida à medida que nos leva a explicitar os próprios princípios de justiça e evidenciar suas reformulações, sobretudo em *O liberalismo político*. Ocorre que a prioridade estabelecida se refere invariavelmente aos direitos e liberdades fundamentais, em relação ao segundo princípio de justiça. No entanto, é preciso lembrar que nas reformulações feitas em *O liberalismo político*, no sentido de dar ênfase a sua concepção política de justiça, Rawls insiste que o referido princípio dos direitos e liberdades básicas iguais deve ser “precedido de um princípio lexicamente anterior que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos,

---

3. Não é propósito deste trabalho explicitar a reconstrução das principais teses rawlsianas elaboradas por Sen. Seria uma repetição desnecessária. Importa identificar os problemas apontados e referir as questões consideradas em aberto pelo economista indiano.

---

ao menos na medida em que satisfazê-las seja necessário para que eles entendam e tenham condições de exercer esses direitos e liberdades de forma efetiva” (RAWLS, 2011, p. 8). Ainda, nesta perspectiva, Höffe também salienta que “Rawls defende uma prevalência do primeiro princípio (direitos e liberdades) sobre o segundo princípio (chances, rendimento e bem-estar). Com isto, ele reconhece a (absoluta) prioridade dos objetos não-econômicos sobre os econômicos” (2006, p. 290).

Ora, fica claro que existem necessidades básicas a serem satisfeitas como condição de possibilidade da efetivação dos direitos fundamentais. Nessas, certamente, estão incluídas as necessidades de alimentação, educação, saúde e moradia. Sem a satisfação disso certamente não se pode falar em realização de quaisquer direitos e liberdades individuais. Portanto, as exigências de Sen estão contempladas no princípio lexicamente anterior ao das liberdades iguais (primeiro princípio). Podemos falar na efetivação de um mínimo existencial (que Rawls chama de mínimo social) como condição prévia da concretização do primeiro princípio de justiça rawlsiano<sup>4</sup>.

Não há, portanto, uma “prioridade totalmente irrestrita” da liberdade, uma vez que sua concretização requer a satisfação de condições prévias, as necessidades básicas dos cidadãos. Logo a fome individual e a coletiva, a negligência médica e as demais necessidades básicas não são menos importantes do que as liberdades individuais. Ao contrário, resolver esses problemas é condição para a efetivação das liberdades pessoais. Elas expressam o conteúdo do mínimo existencial. Rawls diria que um princípio que diz respeito às necessidades básicas dos cidadãos “tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio” (RAWLS, 2011, p. 8).

Inegavelmente, há um outro comentário crítico em que Sen refere-se ao princípio de diferença de Rawls. O tema central aqui são os menos favorecidos. Quem são eles? Rawls responde com a introdução do conceito de “bens primários” (Cf. RAWLS, 2003, p. 81). Esses bens “consistem em diferentes condições sociais e meios polivalentes geralmente necessários para que os cidadãos possam desenvolver-se adequadamente e exercer plenamente suas duas faculdades morais, além de procurar realizar suas concepções do bem” (RAWLS, 2003, p. 81). Com efeito, trata-se dos meios necessários para o exercício pleno da cidadania. Indicam os direitos e as liberdades fundamentais, a liberdade equitativa de oportunidades, a renda, a riqueza e o auto respeito. Com isso, não se trata apenas da satisfação das necessidades básicas para uma vida digna (mínimo social), mas das condições para o exercício pleno da cidadania.

A distribuição desses bens seria igual? Para Sen, Rawls não estaria levando suficientemente em conta as “amplas variações” que as “pessoas apresentam quanto às capacidades de converter bens primários em viver bem” (SEN, 2011, p. 96). A atribuição de um “mesmo índice de bens primários” (RAWLS, 2011, p. 215) para capacidades tão diferentes acabaria sendo injusta. Isso leva o autor a mudar o foco dos bens primários para uma “avaliação das liberdades e capacidades”

---

4. Sobre o tema do mínimo existencial em Rawls, ver T. Weber, *Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013, capítulo VI.

(SEN, 2011, p. 97). Isso se justificaria pelo fato de as capacidades serem determinantes na realização<sup>5</sup> desses bens primários. Dadas as enormes variações, a ênfase deveria estar, pois, nas capacidades e não nos bens primários. Uma pessoa com deficiência física<sup>6</sup>, por exemplo, precisa de uma renda bem maior, em virtude de sua capacidade ter limitações. No entanto, identificar exatamente quem são os menos favorecidos e se os bens primários são suficientes para atender suas necessidades básicas, continua sendo uma questão desafiadora. Certos grupos, como os incapacitados, não se situariam fora dos piores posicionadas, indaga Forst, em *Contextos da Justiça* (Cf. FORST, 2010, p. 176).

Rawls, todavia, no *Liberalismo Político*, tem uma resposta à indicação dessa questão apontada por Sen. A saber, concorda que garantir o mesmo índice de bens primários para satisfazer as necessidades dos cidadãos, dadas suas diferenças, seria injusto. Não se pode, no entanto, dizer que o autor ignora essas variações, tão enfatizadas por Sen. Rawls está pressupondo que os cidadãos, embora não tenham capacidades iguais, têm pelo menos no “patamar do mínimo essencial” (RAWLS, 2011, p. 217), faculdades morais para que possam ser “membros plenamente cooperadores da sociedade” (RAWLS, 2011, p. 217). E nisso são iguais. É claro que as capacidades dos cidadãos são fundamentais para a efetivação dos bens primários. Mas se as tem, em grau mínimo, para serem cidadãos, é o essencial.

A respeito dessa crítica, especificamente, desenvolvida por Sen em seu texto “*Equality of what?*”, o economista interpreta a distribuição de bens primários na teoria rawlsiana como prisioneira do que ele chama de “fetichismo distributivo”. O argumento desenvolvido por Sen nesse texto coaduna com sua interpretação da posse de bens e recursos enquanto não suficientes para o problema das variações interindividuais que são significativas num contexto de conversão desses bens em “boa vida” (Cf. VITA, 1999). A resposta de Rawls a essa leitura é facilmente identificada no desenvolvimento das qualidades morais dos cidadãos atrelado à posse desses bens primários permitindo as condições necessárias para o exercício da cidadania.

Rawls parte, então, de uma concepção normativa de pessoa segundo a qual requerem-se qualidades num grau mínimo para o exercício pleno da cidadania. Obviamente que há variações. Como lidar com elas? Rawls distingue quatro tipos delas e pergunta se algumas “situam as pessoas acima ou abaixo da linha divisória”, isto é, se elas têm ou não têm as capacidades mínimas para serem membros cooperativos da sociedade.

As variações são as seguintes: “a) variações das capacidades e habilidades morais e intelectuais; b) variações nas capacidades e habilidades físicas, inclusive os efeitos que

---

5. Sen desenvolve o argumento das capacidades no texto “*Development as capability expansion*”. Neste texto critica a teoria dos bens primários interpretando os mesmos como meios para a liberdade, e as capacidades de realização enquanto expressões das próprias liberdades.

6. Uma continuação deste debate que envolve capacidades e deficiências é desenvolvida sob um viés crítico feminista por Martha Nussbaum. A análise de Nussbaum abrange para além da pessoa com deficiência, o indivíduo encarregado de realizar o papel ativo desta na sociedade. Segundo a autora, este papel é normalmente desempenhado por uma mulher.

---

enfermidades e contingências têm sobre as capacidades naturais; c) variações nas concepções dos cidadãos (o fato do pluralismo razoável); e d) variações nos gostos e preferências [...]” (RAWLS, 2011, p. 216).

Considerando que os princípios da justiça estão assegurados, o tratamento dessas variações não é injusto, tendo em vista que toda a pessoa tem, em grau mínimo, capacidades para ser “membro plenamente cooperador da sociedade” (RAWLS, 2011, p.217). As variações que situam as pessoas acima do “mínimo essencial”, e que, portanto, estão acima da linha divisória, são administradas com “práticas sociais de se qualificar para posições ocupacionais e da livre competição, contra um pano de fundo de igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, 2011, p. 217). Aqui se parte do pressuposto de que as pessoas tenham capacidades, em grau mínimo, para o exercício da cidadania. E isso basta para os propósitos da justiça como equidade. A questão é garantir oportunidades iguais, até mesmo com ações afirmativas, já que todos têm capacidades, embora em níveis diferentes, mas em grau mínimo necessário, para ser cidadão.

O problema, desse modo, não são as capacidades, mas as oportunidades. Nesse contexto, se justificam, inclusive, as cotas<sup>7</sup>. As variações que colocam os cidadãos abaixo da linha divisória, tendo em vista uma doença grave ou por outras razões, devem ser resolvidas no estágio legislativo (Cf. RAWLS, 2011, p. 217). Medidas específicas devem ser tomadas a fim de compensar ou restabelecer e desenvolver as capacidades desses cidadãos. Mas isso não é objeto de princípios e sim de leis. Tendo em vista as variações, um índice relativamente flexível de bens primários pode ser estabelecido no estágio legislativo.

As variações referentes às distintas concepções de bem são administradas pelo princípio da tolerância. Elas têm seu limite de permissividade nos princípios de justiça (a concepção política e pública de justiça). Dessa forma, fazem parte de uma sociedade democrática e como tal devem ser respeitadas. As variações dos gostos e preferências são de responsabilidade de cada um. Desde que não prejudiquem os outros, o desenvolvimento dessas preferências deve ser livremente admitido. Por isso, é importante frisar que os bens primários visam “desenvolver capacidades que transformam as pessoas em participantes sociais” (FORST, 2010, p. 180). E para isso a concepção normativa de pessoa tem um papel fundamental.

Dessa maneira, Rawls atende ao amplo espectro das variações e indica como se deve lidar com elas. Com exceção das “fatalidades” apontadas, indica que todos têm em grau mínimo necessário capacidades para o exercício da cidadania. As variações que estão acima desse mínimo podem receber incentivos diversos de acordo com suas capacidades e habilidades. Além disso, oportunidades iguais devem ser asseguradas. Qualificações no exercício dessas capacidades podem e devem ser oferecidas, até para atender as variações. Todavia, do ponto de vista do exercício da cidadania importa ter essas capacidades em grau mínimo necessário para

---

7. Sobre o tema das cotas, ver: Forst, R. *Contextos da Justiça*, p. 97. Também Sandel, M., *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, cap. 07, p. 209.

esse exercício. Por essa razão, é irrelevante tê-las desenvolvido mais ou menos. O importante é tê-las em grau mínimo necessário para a atuação numa sociedade cooperativa. Forst comenta o propósito de Rawls: “O objetivo da teoria dos bens básicos é assegurar as capacidades fundamentais dos cidadãos para serem membros cooperativos das sociedades” (FORST, 2010, p. 177). Para isso, um índice mínimo de bens primários é necessário. Este pode ser ampliado para atender habilidades dos que estão acima do mínimo, bem como para os que requerem necessidades especiais e, portanto, estão abaixo do mínimo. Essa flexibilização cabe ao legislativo. É importante destacar que, de acordo com o princípio da diferença, a distribuição dos bens sociais deve ser justificada diante dos menos favorecidos (Cf. FORST, 2010, p. 178).

Em função disso, os bens primários devem ser garantidos a todos os cidadãos. Os que estão acima da linha divisória serão assegurados com incentivos e oportunidades de educação, precisamente com o propósito de atender as diferenças. Os que estão abaixo da linha divisória, justamente o legislativo deverá providenciar uma normatização adequada ao seu atendimento. O exercício das capacidades deve vir acompanhado da garantia de oportunidades iguais, ainda que ocorram grandes variações, mas que estão acima do “mínimo essencial”. As variações, no que se refere às distintas concepções do bem, não devem ser objetos de preocupação e ingerência do Estado, sob condição de que não violem os princípios de justiça.

Em vista disso, Rawls prioriza as capacidades com a concepção normativa de pessoa, isto é, como cidadãos, e nisso, no seu grau mínimo, são iguais. Do ponto de vista na justiça com equidade isso é fundamental. Os bens primários são os meios para a realização efetiva dessa concepção normativa de pessoa. Logo, se são requeridas certas capacidades para o exercício da cidadania, também se requer a satisfação de um índice de bens primários para o desenvolvimento delas. Assim, as variações das capacidades acima de um mínimo são administráveis pelo princípio da diferença, ou seja, com incentivos (benefícios fiscais). Estes não são injustos, exatamente por valorizarem as diferenças. Sen reconhece que a mudança de foco de bens primários para capacidades não indicaria um “afastamento do próprio programa de Rawls” (SEN, 2011, p. 97), até porque os bens primários visam o desenvolvimento das capacidades dos cidadãos. Isto posto, Forst resume uma possível resposta de Rawls a Sen: “A orientação para os bens básicos deve ser uma orientação para as capacidades das pessoas de realizarem certas funções humanas” (FORST, 2010, p. 177). Pessoas desiguais certamente usarão de forma desigual os bens básicos. Mas uma flexibilização desses bens é da competência do estágio legislativo e não foco da posição original.

### **3. Questões abertas**

Com o título “dificuldades que necessitam de novas investigações”, Sen discute a) o problema da insistência rawlsiana nas instituições justas e não em “sociedades justas”; b) os limites do contratualismo e c) a relação entre os princípios de justiça de uma determinada sociedade com o “direito dos povos” (SEN, 2011, p. 97).

Quanto ao primeiro aspecto, de fato, Rawls insiste na concepção política de justiça aplicável à estrutura básica da sociedade, isto é, às instituições políticas e sociais mais importantes, entre as quais está a Constituição política. Um acordo político somente é possível e necessário em torno de “elementos constitucionais essenciais”, portanto, valores políticos. Isso se aplica tão somente à estrutura básica da sociedade: suas instituições mais importantes.

Sen considera demasiada a atenção da justiça como equidade concedida às instituições justas, “em vez de focalizar às sociedades justas que podem tentar contar com instituições eficazes e características comportamentais reais” (SEN, 2011, p. 97). Ele mostra-se atento com o comportamento real das pessoas e como isso deve ser objeto de preocupação central de uma teoria da justiça. Chama a atenção para a possível desconexão da concepção política de justiça com os “padrões reais de comportamento que surgem em qualquer sociedade real com aquelas instituições” (SEN, 2011, p. 99). Diante disso, Sen está preocupado com a aplicabilidade dos princípios de justiça ao comportamento real das pessoas e não só às instituições. O autor questiona a possibilidade de “identificar instituições justas para uma sociedade sem torná-las dependentes do comportamento real” (SEN, 2011, p. 99).

A questão é saber o que significaria exatamente essa dependência. O que determina o conteúdo dos princípios que deveriam orientar essas instituições? É o comportamento real das pessoas? Não há o problema de se partir do descritivo para o normativo?

Esse debate envolve, certamente, os limites da posição original. O objetivo rawlsiano é, sem dúvida, chegar a um acordo sobre os princípios de justiça, e então, aplicá-los às instituições sociais. Nessa aplicação nos estágios legislativo e judiciário, o véu da ignorância é em parte retirado. Não se pode, no entanto, partir do comportamento real das pessoas para a construção dos princípios ou fazer depender as instituições dos comportamentos reais. Consequentemente, partiríamos do que *é* para o que *deve ser*. Cairíamos numa falácia naturalista. Na aplicação dos princípios, os estágios legislativo e judicial haverão de considerar aspectos particulares e o contexto de uma determinada sociedade. Parte-se, então, do que *deve ser* para o que *é*.

É oportuna a preocupação de Sen no sentido de verificar um certo distanciamento entre os princípios de justiça rawlsianos e o comportamento real das pessoas. Segundo ele, não há um “salto imediato” da aceitação dos princípios para uma alteração do comportamento real dos cidadãos de acordo com aqueles princípios.

Ora, isso, em Rawls, parece estar resolvido com a apresentação dos quatro estágios da aplicação dos princípios, onde gradualmente o véu da ignorância é retirado. Mas, supor que as instituições escolhidas devem estar “em conformidade com os padrões reais de comportamento” (SEN, 2011, p. 99) parece inverter a lógica da seleção de princípios e sua aplicação. O acordo político diz respeito aos elementos constitucionais essenciais e não a valores não-políticos, isto é, à vida como um todo. Atingido esse acordo, procedemos com sua aplicação.

Estamos tratando de um construtivismo político. Quando falamos das instituições estamos nos referindo a uma Constituição e a um sistema público de regras. Não se pode pensar em sociedades justas sem instituições justas. Os princípios de justiça indicam um dever-ser e

orientam os comportamentos reais. Contudo, aqueles não dependem desses. Faz parte da concepção política de justiça torná-la não dependente de doutrinas morais abrangentes, que identificam comunidades éticas concretas. Estas, no entanto, podem endossar os princípios daquela. A aplicação dos princípios de justiça nos estágios legislativo e judiciário sobrevém de acordo com os padrões de comportamento real dos cidadãos. O véu da ignorância é, em parte, retirado. No estágio judicial ele não mais existe. Os princípios e as regras são aplicados aos casos concretos. O suposto abismo entre os princípios e os fatos concretos, então, desaparece.

Quanto ao segundo aspecto, Sen chama a atenção para os limites do contrato social ou do “raciocínio contratualista”. De fato, o contratualismo de Rawls, que se enquadra na tradição do contrato social de Locke, Rousseau e Kant, pretende ser uma alternativa ao utilitarismo, teoria que defende a ideia do maior bem para o maior número de pessoas, como critério de justiça. No entanto, para Sen, o tipo de argumentação do contrato social defendido por Rawls e comparado com o utilitarismo, “negligencia a exploração de outras abordagens que não são contratualistas nem utilitaristas” (SEN, 2011, p.100). Sen, por conseguinte, questiona essa comparação exclusiva com a tradição utilitarista. Dá como exemplo de abordagem, para além do contrato social, o artifício do “espectador imparcial” de A. Smith e que não seria “um modelo de contrato social, nem a maximização da soma total de utilidades” (SEN, 2011, p.101)<sup>8</sup>. A questão de Sen é que a abordagem da equidade do “espectador imparcial” pode levar em conta “possibilidades” que o contrato social não pode contemplar. Segundo Sen, Smith “estava preocupado com a necessidade de ampliar a discussão para evitar o paroquialismo no plano dos valores” (SEN, 2011, p. 75).

Um dos aspectos apontados é que a teoria do contrato social, de Rawls, não conseguiria “lidar com a avaliação comparativa” (SEN, 2011, p. 101). Ora, Rawls não compara a sua teoria apenas com o utilitarismo, mas também com o intuicionismo, os liberais libertários, entre outros. Quando diz que a posição original é um “procedimento de seleção” está pressupondo comparações. “O que fazemos é oferecer às partes uma lista de princípios, um menu, por assim dizer. Na lista encontram-se as mais importantes concepções de justiça política existentes em nossa tradição de filosofia política” (RAWLS, 2003, p. 117). As partes deverão escolher uma das alternativas oferecidas. O equilíbrio reflexivo inclui comparações e ponderações. Os argumentos das diversas concepções de justiça de nossa tradição filosófica são “cuidadosamente considerados” (RAWLS, 2003 p. 43).

Dessa forma, parece inadequada a observação de que o contratualismo de Rawls não consegue “lidar com avaliações comparativas”. O procedimento de seleção proposto inclui ponderações e avaliações. Esse é o papel do equilíbrio reflexivo. Além disso, os princípios de

---

8. Com a ideia do expectador imparcial, segundo Sen, Smith quer mostrar que na argumentação pública não se pode deixar de fora “as perspectivas e argumentos apresentados por toda pessoa cuja avaliação seja relevante, quer porque seus interesses estejam envolvidos, quer porque suas opiniões sobre essas questões lançam luz sobre juízos específicos” (Sen, 2011, p. 74). Sen endossa a ideia da “imparcialidade aberta” de A. Smith.

---

justiça são apresentados como razoáveis e não como verdadeiros. Não excluem, portanto, outras alternativas, também como razoáveis. Aliás, o que dá estabilidade àqueles princípios de justiça é o endosso das doutrinas morais abrangentes. Esse é o princípio da legitimidade. A dificuldade da “imparcialidade aberta” de Smith, endossada por Sen, é a possibilidade de um acordo político. O “véu da ignorância” é um artifício que pretende ajudar na formação de um consenso. Mas ele não exclui princípios e interesses generalizáveis. O acordo necessário diz respeito aos elementos constitucionais essenciais.

Outro tópico é que a teoria da “justiça como equidade” cairia num “paroquialismo”, sendo necessário “prestar atenção em vozes além dos participantes do grupo contratualista” (SEN, 2011, p.101). Ora, a posição original é um artifício de representação, um exercício mental, onde ninguém está excluído e pode, através da reflexão, entrar a qualquer momento. É claro que a concepção política de justiça diz respeito à estrutura básica de determinada sociedade. Esse seria o grupo focal. A posição original é um artifício de representação onde todos os cidadãos de uma sociedade estão representados pelas partes. Para além dessas sociedades entramos no “direito dos povos”, com outra posição original e com outros princípios de justiça. Não é somente na posição original que todas as vozes estão representadas, mas, também, na aplicação dos princípios, como é o caso do estágio legislativo. Todos os interesses aqui são levados em conta. É claro que Sen está preocupado com as decisões dos grupos focais e suas repercussões para mais além daquelas determinadas sociedades.

Quanto à ênfase nas instituições sociais e não nas “realizações sociais” há que se considerar mais uma vez a diferença entre a parte ideal e a não-ideal da teoria da justiça rawlsiana. As realizações sociais vinculam-se à aplicação dos princípios. Não existem sociedades justas sem instituições justas.

Quanto à relevância das “perspectivas globais” ou a relação entre os princípios de justiça e o direito dos povos (terceiro ponto), Sen insiste em sustentar que o contrato social de Rawls “limita o envolvimento dos participantes na busca de justiça para os membros de uma dada comunidade política, ou povo”, tipo “Estado-nação” (SEN, 2011, p.101).

De fato, a concepção política de justiça aplica-se tão somente a estrutura básica de uma determinada sociedade. Não se direciona “para além das fronteiras de um país”. Ocorre que, segundo Sen, esse “além das fronteiras” [...] “não pode deixar de entrar na apreciação da justiça dentro de um país” (SEN, 2011, p. 102). As decisões tomadas numa comunidade política e o funcionamento das suas instituições podem ter consequências das mais variadas formas em outros países. O terrorismo mundial ou a invasão do Iraque pelos Estados Unidos podem ser citados como exemplos. Cada país ou sociedade “pode ter crenças paroquiais que exigem um exame mais global” (SEN, 2011, p. 102). Da mesma forma, valores éticos e políticos de uma sociedade “podem ser questionados com a ajuda das experiências de outros países” (SEN, 2011, p. 102). Discursos locais podem ser influenciados e enriquecidos por práticas globalmente reconhecidas. Sendo assim, exemplos não faltam: a posição desigual das mulheres, a pena de morte e a tortura são práticas vigentes em alguns países e não mais aceitos pela comunidade

---

internacional, e por boas razões. São reprovadas pelo próprio “espírito do mundo” (*Weltgeist*), para usar uma expressão de Hegel (Cf. HEGEL, 1986, § 339 e § 340)<sup>9</sup>. Notadamente, Rawls parece não levar suficientemente a sério “as influências que ultrapassam as fronteiras nacionais” (SEN, 2011, p. 102).

O filósofo americano responderia com o “direito dos povos”: outros princípios devem ser adotados, dentro de uma segunda posição original. No entanto, Sen tem razão ao evidenciar a importância das “perspectivas globais” dentro das decisões internas de determinadas sociedades. O mundo globalizado exige isso. Certas escolhas e a adoção de certas políticas têm enormes repercussões e podem ter consequências negativas sobre as pessoas para além das fronteiras de cada país. Decisões sobre reservas florestais e fábricas de armas atômicas, entre muitas outras, são exemplos claros. A adoção de uma concepção política liberal de justiça tem fortes implicações em outras sociedades. Na teoria da justiça de Rawls parece haver um certo distanciamento entre a adoção de princípios de justiça por determinadas sociedades e sua relação e implicações internacionais. O risco de cair num “paroquialismo” parece, de fato, existir, embora, com o “direito dos povos”, ele possa ser minimizado. Boas Constituições são aquelas que se adaptam gradualmente ao “espírito do tempo”.

#### **4. O problema da posição original**

Devido à importância que assume a posição original na teoria da justiça de Rawls e considerando as múltiplas divergências que provocou é oportuno destacar alguns aspectos apontados por Sen nesse tópico específico.

O autor indica algumas limitações do que chama de “imparcialidade fechada” da posição original (SEN, 2011, p.169), em contraposição à “imparcialidade aberta do espectador imparcial”, de A. Smith (SEN, 2011, p.169). É uma questão metodológica importante que está em jogo. Diante disso, Sen endossa uma das “preocupações metodológicas” de A. Smith no sentido de enfatizar a “necessidade de invocar uma ampla variedade de pontos de vista e perspectivas baseada em experiências diversas, distantes e próximas, em vez de se contentar com defrontar-se – de forma real ou contrafáctica - com outras pessoas que vivem no mesmo ambiente cultural e social, com o mesmo tipo de experiências, preconceitos e convicções sobre o que é razoável e o que não é, e até mesmo crenças sobre o que é viável e o que não é” (SEN, 2011, p. 75). Aqui está exatamente o problema central: como chegar a um acordo diante da necessidade de levar em conta a diversidade de pontos de vista?

Uma primeira limitação apontada diz respeito à “negligência na exclusão”. Na verdade, Sen retoma o problema dos limites do contrato social, abordado por ocasião das “dificuldades que

---

Sobre o assunto ver, também, BOBBIO, N. *Estudos sobre Hegel*, p. 107.

necessitam de novas investigações” (SEN, 2011, p. 97). O problema diz respeito às pessoas “que não pertencem ao grupo focal, mas cujas vidas são afetadas pelas decisões desse grupo” (SEN, 2011, p. 169). Esse seria o problema da imparcialidade fechada da posição original. Sen reconhece que ele somente surge na medida em que as decisões do “grupo focal” tiverem implicações sobre os que estão fora do grupo. Isso é bastante comum.

A questão é saber se alguns, realmente, ficam fora do grupo focal e como são afetados. Efetivamente, a posição original não exclui ninguém dos componentes de determinada sociedade. Ela é um exercício mental onde qualquer um pode entrar a qualquer momento. Além do mais, o acordo atingido em torno de certos princípios não exclui as doutrinas morais abrangentes razoáveis. Aqueles princípios de justiça são tidos como razoáveis e não como verdadeiros, podendo por isso ser endossados pelas doutrinas morais. É isso que dá legitimidade aos princípios. Nesse caso, todos os cidadãos, através de suas concepções morais abrangentes razoáveis, estão contemplados no consenso sobreposto, atingido pelo equilíbrio reflexivo. Dessa forma, não existem “pontos de vista e perspectivas” excluídas. É claro que estamos falando de um determinado país ou sociedade bem ordenada. Ficam fora as relações entre os “povos”. Mas para isso existe outra posição original e são acordados outros princípios. O respeito aos direitos humanos está entre eles.

Sen, no entanto, tem razão ao dizer que as decisões tomadas pelas partes na posição original, que constituem a justiça como equidade, podem ter influências sobre as pessoas de outras sociedades ou países, não representadas naquela situação hipotética. De fato, os princípios acordados dizem respeito a estrutura básica de uma determinada sociedade. Com relação às outras sociedades, Rawls responderia com o “direito dos povos”, com outra posição original<sup>10</sup> e com outros princípios. Isso, no entanto, não satisfaz a Sen, uma vez que decisões e escolhas internas de um país podem ter repercussões e consequências em outros, não devidamente salientadas por Rawls. O terrorismo internacional é um exemplo disso. O mundo globalizado ultrapassa as fronteiras dos “grupos focais”. “As relações entre os diferentes países ou comunidades políticas são onipresentes em um mundo interdependente, e funcionam de forma interativa” (SEN, 2011, p. 170). Daria o “Direito dos povos” conta disso? Para Sen “a ideia de um exercício global de contrato social para a população mundial inteira pareceria ser profundamente irrealista” (SEN, 2011, p. 171). Ele não menospreza a importância e o alcance dos acordos internacionais. O problema é que as decisões internas dos países têm efeitos e influências muito significativas, e negligenciadas por Rawls.

Além do mais, salienta Sen, as divisões mundiais, atualmente, não podem ser restringidas às distintas nações ou povos, mas vão muito além disso. Os efeitos do funcionamento de diversas corporações transnacionais devem ser vistos como operações sem fronteiras. Elas tomam

---

10. Sobre a segunda posição original, ver Rawls em *O Direito dos Povos*, p. 47.

“decisões de negócios sobre o registro de pessoa jurídica” e não se encaixam no modelo da posição original de nações ou povos.

Caso exemplar da necessidade desse descolamento da imparcialidade fechada da posição original, que visa determinada estrutura básica de uma sociedade, é a caso dos direitos humanos. Sua noção “baseia-se em nossa humanidade compartilhada” (SEN, 2011, p. 174). Trata-se de direitos de todo ser humano e não são originários de uma determinada sociedade política. Para Sen, deve-se destacar a diferença entre direitos humanos e direitos positivados por determinada Constituição. As nações não podem desrespeitar os direitos humanos, ainda que não os tenham positivado na forma de direitos fundamentais. O direito de não ser torturado não depende de nenhum país. Mesmo que não se expresse claramente sobre isso em sua Carta Constitucional, nenhuma nação estará autorizada a praticá-la. A imparcialidade aberta de Smith permitiria, segundo o autor, esclarecer que os direitos humanos não precisam estar “subordinados à cidadania e nacionalidade” (SEN, 2011, p. 175). Ocorre que Rawls se pronuncia expressamente sobre o respeito aos direitos humanos no *Direitos dos Povos*. Cada país deve respeitá-los ainda que não os tenha positivado em sua Constituição. O autor prevê, inclusive, intervenção em países em casos de sua violação.

A posição de Sen, portanto, parece não levar suficientemente em consideração a segunda posição original de Rawls, exatamente a que diz respeito ao “direito dos povos”. Não estaria aí contemplada a “imparcialidade aberta”? Os princípios de justiça construídos na segunda posição original, em grande parte, corrigem possíveis desvios e insuficiências dos “grupos focais”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crítica de A. Sen à teoria da justiça de J. Rawls é extremamente sugestiva no sentido de chamar a atenção para aspectos pouco lembrados nas interpretações usuais. Os problemas identificados vão desde os limites da posição original para a escolha dos princípios de justiça até o problema da igual distribuição dos bens primários para uma ampla variação das capacidades dos cidadãos. Afeta também a prioridade “extremada” da liberdade em relação às necessidades básicas dos indivíduos, tais como a alimentação e os cuidados com a saúde. É enfático ao destacar a pouca importância dada às consequências e repercussões das decisões de determinados “grupos focais” para além das fronteiras de seus países.

Tais indicações requerem um retorno aos textos de Rawls com o propósito de elaborar explicitações e possíveis respostas. Considerar injusta a atribuição de um mesmo índice de bens primários para capacidades tão diferentes negligencia a importância da concepção normativa de pessoa do filósofo estadunidense. A preocupação deste é com as exigências necessárias, num grau mínimo, para o desenvolvimento das qualidades morais e, por conseguinte, do exercício pleno da cidadania. Neste caso, capacidades e bens primários devem ser entendidos conjuntamente.

Os princípios de justiça devem assegurar bens primários num grau mínimo para o exercício pleno da cidadania, isto é, para que os cidadãos possam ser membros cooperativos da

sociedade, desenvolvendo suas qualidades morais. As variações interessam a partir desse mínimo. Um grande número de medidas pode ser tomado para atendê-las, mas depois de garantido o mínimo para todos. Importante destacar que as variações que situam as pessoas abaixo de um mínimo necessário para o desenvolvimento de suas capacidades precisam de um tratamento especial do legislativo. Rawls prevê, portanto, uma ampla flexibilização na distribuição dos bens primários, considerando, precisamente, as variações das capacidades.

Sen, certamente, acerta ao chamar a atenção para o problema de um certo “paroquialismo” na teoria da justiça de Rawls. Defender a necessidade de uma segunda posição original para o “direito dos povos” resolve só em parte o problema. As decisões e escolhas feitas numa comunidade política certamente podem afetar outros países. A relação entre as duas posições originais e as implicações da concretização de seus princípios parece não terem sido suficientemente avaliados por Rawls. Práticas locais podem ser enormemente influenciadas por práticas globalmente reconhecidas. É preciso ficar atento às perspectivas globais dentro das escolhas internas de determinadas sociedades. Isso pode não ser contemplado por nenhum dos dois tipos de princípios acordados. Uma continuação desse debate é desenvolvida por Denílson Werle em “A ideia da justiça e a prática da democracia”, no qual articula as questões que envolvem a análise de justiça comparativa seniana às práticas democráticas e o exercício de razão pública, numa perspectiva global (Cf. WERLE, 2012, p. 59).

Cumprir notar que a leitura de um economista evidencia maior aplicabilidade da teoria de Rawls. Isso se manifesta na importância dada à sua teoria distributiva, através de incentivos que melhoram a situação dos menos favorecidos. O princípio da diferença teria sido decisivo na adoção de políticas públicas para a redução da pobreza, na avaliação do pensador indiano.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. **Estudos sobre Hegel**. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- FORST, R. **Contextos da Justiça**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- HÖFFE, O. **Justiça Política**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUSSBAUM, M. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- RAWLS, J. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Justiça como Equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito dos Povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SANDEL, M. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SEN, A. **A Ideia da Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- \_\_\_\_\_. Equality of What? In **Tanner Lectures on Human Values**, org. Sterling McMurrin, Cambridge: Cambridge University Press, p. 197-220, 1980.

\_\_\_\_\_. Development as CapabilityExpansion. In: **Fukuda-Parr S, et al Readings in HumanDevelopment**, New Delhiand New York: Oxford University Press, 2003.

SMITH, A. **Teoria dos Sentimentos Morais**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

VITA, Álvaro de. Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 471-496, 1999.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis: VOZES, 2013.

WERLE, Denílson Luis. A ideia de justiça e a prática da democracia. **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 153-161, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n92/n92a11.pdf>>.

## **A LEI 13.467/2017 E OS SEUS EFEITOS PARA O TELETRABALHO SOB O ENFOQUE DO TRINTENÁRIO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO**

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet<sup>1</sup>

Marcelo Lucca<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Reforma Trabalhista atendeu ao princípio da isonomia quanto às normas de segurança do trabalho, em particular quanto ao teletrabalho? Qual o controle das medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador que o empregador pode fazer, sem ferir a inviolabilidade do domicílio? Tais questões são aclaradas no presente trabalho, pelo método de abordagem indutivo, perpassando-se por um histórico da proteção da saúde e da segurança do trabalhador, assim como pelos efeitos da Lei nº 13.467/2017, com ênfase ao teletrabalho, para então alcançar a análise da citada legislação sob o enfoque do princípio da isonomia.

Palavras-chave: Direitos Humanos e Fundamentais. Reforma trabalhista. Teletrabalho. Segurança do Trabalho. Princípio da isonomia.

**ABSTRACT:** Has the Labor Reform complied with the principle of isonomy with regard to occupational safety standards, in particular teleworking? What is the control of worker's health and safety protection measures that the employer can do without hurting the inviolability of the household? These issues are clarified in the present work by the inductive approach method, passing through a history of protection of health and safety of the worker, as well as the effects of Law No. 13.467/2017, with emphasis on telework, to achieve the analysis of said legislation under the focus of the principle of isonomy.

Keywords: Human and Fundamental Rights. Labor reform. Telecommuting. Labor Safety. Principle of isonomy.

### **1 – CONTEXTO GERAL**

O Direito do Trabalho, manifestação incontestada da confluência de alguns dos mais representativos direitos humanos e fundamentais, obteve relevância jurídica no Brasil após o

---

1. Advogada, graduada e mestre em Direito pela UFC- Universidade Federal do Ceará, doutora em Direito pela UNIA- Universidade de Augsburg(Alemanha), pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburg(Alemanha), ex-bolsista do instituto Max Planck de Direito Privado em Hamburg (Alemanha), atualmente professora do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Feevale.

2. Graduado em Direito (Unisinos), graduado em Engenharia Civil (IPA) com especialização em Engenharia de Segurança do Trabalho (IPA), Master em Prevención de Riesgos Laborales (Universidad de Sevilla), Mestre em Direito (UNIRITTER). Professor da pós-graduação do Centro Universitário Metodista do IPA. Servidor do TRT 4ª Região

final do regime escravagista, mas permaneceu latente até a década de 1930, momento em que as políticas públicas estatais voltaram-se à industrialização do país e tomaram contornos de proteção social – situação que gerou grande impacto sobre a produção legislativa ligada a esta esfera do Direito (CRIVELLI, 2017. p. 165-182). Assim, a contar desse período histórico em diante, proliferaram-se as leis que versavam sobre direitos dos trabalhadores, cujo ápice ocorreu em 1943, por intermédio do Decreto-Lei n. 5.452 (BRASIL, 1943), o qual aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Conjuntamente à legislação produzida ao tempo, edificou-se a doutrina jurídica do Direito do Trabalho, marcada por seu viés protecionista. Por igual razão, até os dias atuais, o mais relevante princípio do Direito do Trabalho é o princípio da proteção, o qual afasta-se de qualquer ideal de igualdade formal e concede proteção especial ao obreiro, parte considerada hipossuficiente dentro da relação de trabalho (RODRIGUEZ, 2000. p. 35).

O Direito do Trabalho brasileiro manteve-se atrelado ao postulado da proteção do trabalhador, contando com uma atuação estatal intervencionista nas relações de trabalho. Contudo, em 2016, por iniciativa da Câmara dos Deputados Federais, o Projeto de Lei nº 6.787 (BRASIL, 2016b), transformado na Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, introduziu no cenário jurídico nacional a reforma trabalhista – iniciativa legislativa com viés liberal, a qual teve por escopo conceder maior autonomia (especialmente negocial) aos empregadores e trabalhadores, e notada abstenção do Estado nesta seara (PESSOA, 2017. p. 47-52).

Nesse contexto de virada copernicana, em que há uma mudança de paradigma das políticas públicas relativas ao Direito do Trabalho, algumas alterações apresentadas à legislação laboral geram controvérsias marcantes, a exemplo da regulamentação do teletrabalho, presente nos art. 75-A a 75-E, da CLT.

Torna-se conveniente sublinhar que, segundo o texto da CLT alterado pela Lei n. 13.467 de 2017, mais especificamente o art. 75-B, o teletrabalho consiste na prestação de serviços pelo empregado, preponderantemente fora das dependências do empregador, mediante o uso de tecnologias de informação e de comunicação, sem que se constitua em atividade de trabalho externo (BRASIL, 1943). O trabalhador passou a ter a possibilidade de prestar seus serviços à distância – em casa ou em local que melhor lhe convier – por meio da utilização das TIC – tecnologias de informação e de comunicação, ou seja, utilizando a Internet.

Ocorre que essa situação abre vácuos no quesito da sua aplicabilidade e ao ensejar questionamentos, gera alguns riscos, sobretudo no que afeta à saúde do empregado. Isto, pois, conforme a redação do art. 75-D, a aquisição e a manutenção de equipamentos de tecnologia e a infraestrutura adequada à prestação do trabalho nesta modalidade não serão necessariamente custeadas ou fornecidas pelo empregador, mas negociadas contratualmente entre o obreiro e a empresa (BRASIL, 1943). Além disso, interessante destacar que não há regulamentação acerca da fiscalização da observância das normas de medicina e de segurança do trabalho no efetivo ambiente de trabalho do empregado, apenas a indicação de que o empregador deverá instruir os empregados “quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho<sup>3</sup>”, e

que estes necessitam “assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”<sup>4</sup>.

Em face disso, o presente estudo, mediante emprego do indutivo, procura elucidar o seguinte ponto controverso: as modificações trazidas pela reforma trabalhista à categorização das espécies de trabalho, com a instituição do teletrabalho, encontram-se em harmonia com o princípio da isonomia, especialmente no que tange às normas de medicina e de segurança do trabalho aplicáveis ao meio ambiente laboral? A fim de responder à questão, divide-se este trabalho em três tópicos: uma investigação acerca da lei nº 13.467/2017 e os seus reflexos para o teletrabalho; a medicina e a segurança do trabalho: o meio ambiente laboral; e, a relação eficaz entre o princípio da isonomia e o atual modelo de teletrabalho brasileiro.

No primeiro tópico, lei nº 13.467/2017: a reforma trabalhista e o teletrabalho, pretende-se examinar sucintamente a construção do Direito do Trabalho no Brasil, com destaque a sua formulação protetiva ao trabalhador, para alcançar os impactos paradigmáticos introduzidos na legislação laboral pela reforma trabalhista ao regulamentar o teletrabalho, ao passo que se abordam breves aspectos históricos e uma análise legislativa.

Em continuação, o segundo tópico discorre sobre a medicina e a segurança do trabalho como fontes norteadoras da construção do meio ambiente laboral, tentando apresentar aspectos da origem do sistema legal de proteção à integridade física do trabalhador, para ao final sopesar as alterações sofridas pela matéria após a reforma trabalhista.

Por fim, no terceiro tópico, o princípio da isonomia e o teletrabalho brasileiro serão enfrentados no sentido de apresentar uma proposta de conceituação doutrinária acerca deste princípio constitucionalmente erigido na Carta de 1988(doravante CF/88), culminando com a análise do sentido eficaz e, particularmente da harmonização deste aos termos da Lei n. 13.467 de 2017 no que tange ao teletrabalho nos novos limites do Estado prestacional.

## **2 - A PERSPECTIVA DA LEI N. 13.467/2017 PARA A REFORMA TRABALHISTA E PARA O TELETRABALHO**

As normas do Direito do Trabalho no Brasil apontam para o século XIX, notadamente a partir do Código Comercial de 1850, e por leis esparsas datadas de 1852, as quais estabeleceram o trabalho livre nas estradas de ferro. Contudo, em dado momento histórico, diante da utilização de mão-de-obra escrava, pouco se produziu nessa seara do Direito. No que se refere a esse contexto de escravidão é que se considera a Lei Áurea (BRASIL, 1888), como o primeiro grande marco justaltrabalhista brasileiro, posto ter instituído o trabalho livre para todos (CRIVELLI, 2017. p. 165-182).

---

3. É a redação do *caput* do art. 75-E, da CLT: “o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”. In BRASIL, 1943.

4. Dita o parágrafo único do art. 75-E, da CLT: “o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”. In BRASIL, 1943.

---

Posteriormente, a partir da Revolução de 1930, o Estado brasileiro assumiu uma postura intervencionista, focada nas questões sociais, marcada pelas políticas públicas do governo Vargas e, em consequência, abriu-se um caminho à intensificação da regulamentação das relações de trabalho por meio da legislação. Essa mudança de paradigma governamental refletiu na legislação pátria, que passou a tomar rumos distintos dos até então experimentados, com notável afastamento dos modelos econômicos, sociais e culturais escravocratas e patriarcais de uma sociedade agrária, com vistas à industrialização do país (LUZ; SANTIN, 2010).

Acresce-se a Constituição Federal de 1934 (BRASIL, 1934), a qual inseriu diversas dispositivos sobre a ordem econômica e social, tais como direitos fundamentais na qualidade de preceitos básicos à legislação laboral, que estabeleceram o direito ao salário mínimo, jornada de trabalho diária de oito horas, repouso semanal, entre outros (MOREL; PESSANHA, 2007). Não se pode olvidar o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, o qual produziu a Consolidação das Leis do Trabalho, agregando toda a legislação atinente ao Direito do Trabalho produzida ao tempo (BRASIL, 1943).

O Direito do Trabalho brasileiro persistiu na mesma linha, qual seja, de intervenção estatal com enfoque na proteção ao trabalhador em consonância com os direitos humanos e com a teoria dos direitos fundamentais. É o que se pode reconhecer especialmente na CF/88, que em seu art. 7º laceou o rol de direitos básicos dos trabalhadores inaugurado na Constituição Federal de 1934. Mesmo porque, a doutrina jurídica que se firmou ao longo do tempo no entorno da legislação do trabalho aponta para alguns princípios basilares, dentre os quais sobressai o princípio da proteção: “critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador” (RODRIGUEZ, 2000. p. 35). Nessa altura, importa reafirmar que desde a promulgação da CF/88 até os dias atuais, inúmeras foram as normas jurídicas nacionais criadas para a proteção dos trabalhadores, ensejando um contexto eminentemente protetivo, inclusive no que concerne à medicina e à segurança do trabalho.

Em contrapartida surgiu no ano de 2016, por iniciativa da Câmara dos Deputados Federais, o Projeto de Lei n. 6.787 (BRASIL, 2016b), transformado na Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (intitulada de Reforma Trabalhista). Trata-se de Projeto de Lei, de cunho liberal, tendo por escopo, segundo sua própria exposição de motivos, a modernização da legislação trabalhista mediante a valorização da negociação coletiva, sob o enfoque do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (PESSOA, 2017. p. 47-52).

Salienta-se, à guisa de exemplo, a fundamentação *in verbis*:

Categories de trabalhadores como bancários, metalúrgicos e petroleiros, dentre outras, prescindem há muito tempo da atuação do Estado, para promover-lhes o entendimento com as empresas. Contudo, esses pactos laborais vêm tendo a sua autonomia questionada judicialmente, trazendo insegurança jurídica às partes quanto ao que foi negociado. Decisões judiciais vem, reiteradamente, revendo

pactos laborais firmado entre empregadores e trabalhadores, pois não se tem um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho (BRASIL, 2016b).

Ainda compõe a exposição de motivos do Projeto de Lei em debate, trecho do acórdão do Recurso Extraordinário n. 590.415/SC (BRASIL, 2015), o qual versa sobre a validade e os efeitos de acordo coletivo destinado à implementação de plano de demissão incentivada. O aresto é enfático ao posicionar-se favoravelmente acerca da autonomia coletiva dos trabalhadores para a negociação das normas contratuais laborais, visto entender que a prática resta perfeitamente alinhada aos preceitos do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Assim, de forma razoavelmente célere – a despeito das críticas apontadas por associações de classe, juristas e autoridades públicas, tais como membros do Ministério Público do Trabalho – o Projeto de Lei foi aprovado e sancionado pela Presidência da República em 13 de julho de 2017, com vigência a partir do dia 11 de novembro do mesmo ano (FELICIANO; TREVISIO; FONTES, 2017. p. 07). Aqui é importante frisar que as mudanças incorporadas ao ordenamento jurídico com a aprovação do Projeto em comento não se restringiram à CLT, pois como bem define a ementa da sua redação final, alterou-se “a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho” (BRASIL, 2016b).

A propósito, consiste em uma alteração consideravelmente profunda na medida em que o giro paradigmático deixou de ter eminentemente em uma conotação voltada aos esteios do Estado social e passou a expressar uma mirada liberal da realidade brasileira, contrariando frontalmente o equilíbrio estabelecido entre a iniciativa privada e os valores sociais do trabalho que se encontram na qualidade de fundamentos da República consagrados no artigo 1º da CF/88 e persistem reafirmados sistemática e enfaticamente pelos os outros dispositivos constitucionais.

De fato, o teor dessa alteração legislativa confronta a estrutura nuclear do Estado social erigido a partir de 1988. Assim, a partir da transformação do Projeto de Lei debatido propriamente na Lei nº 13.467 de 2017, certos paradigmas do Direito do Trabalho, em especial os da paleta de direitos fundamentais, passaram a ser questionados e esmaecidos. De mais a mais, o princípio da proteção parece flexibilizado frente ao princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, o qual vem bem delineado no parágrafo terceiro do art. 8º, incorporado à CLT<sup>5</sup>.

A Lei n. 13.467 de 2017 trouxe a prevalência das negociações coletivas sobre a lei,

---

5. Prescreve o parágrafo terceiro do art. 8º da CLT: “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. [...] § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico,

---

ratificando a relevância e a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. É o que se verifica a partir da leitura do *caput* do art. 611-A da CLT: “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei [...]” (BRASIL, 1943).

Contudo, as alterações legislativas comportadas na Lei n. 13.467 não se limitaram à sobreposição das negociações coletivas à lei ao arrepio do princípio da proteção. No que afeta às formas de trabalho, a nova legislação introduziu ao Direito do Trabalho uma regulamentação própria acerca do teletrabalho com a inclusão dos art. 75-A a 75-E no texto da CLT, ao que se passou a contar com conceituação e delimitação específicas nas relações de emprego (MELO, 2017, p. 117-122).

Segundo a CLT, alterada pela Lei n. 13.467 de 2017, mais especificamente o art. 75-B, o teletrabalho consiste na “prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 1943). Nessa toada, o empregado presta seus serviços regularmente por meio da internet, em qualquer lugar que não seja o estabelecimento do empregador, com a utilização de ferramentas de trabalho não necessariamente repassadas (ou adquiridas), por este último.

Isso ocorre, porque, ainda em virtude das inserções de artigos na CLT pela lei em comento, o custeio das ferramentas de trabalho (tecnológicas ou não), será conforme o caso, de responsabilidade do empregado ou do empregador. É que, na forma do que dispõe o art. 75-D da CLT, o ônus relativo à aquisição, à manutenção e, inclusive, ao fornecimento dos “equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito” (BRASIL, 1943).

Porém nessa espécie de prestação de trabalho regulamentada pela reforma trabalhista, não restou claro como (e se), ocorrerá fiscalização pelo empregador acerca das condições do meio ambiente de trabalho do obreiro. Em relação a esse ponto, o art. 75-E da CLT indica a obrigação do empregador em instruir seus empregados quanto às precauções adequadas e necessárias para evitar doenças e acidentes de trabalho, bem como ao empregado, no sentido de seguir tais instruções (BRASIL, 1943).

Porém, as referidas obrigações não se tratam de inovações no Direito do Trabalho. Nos moldes dos art. 157 e 158, ambos da CLT, com a redação dada pela Lei n. 6.514/1977, é responsabilidade de todo empregador executar as normas de segurança e de medicina do trabalho, bem como, instruir seus empregados acerca das precauções necessárias a serem tomadas para evitar os acidentes do trabalho ou as doenças ocupacionais; e de outro vértice,

---

respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. *In* BRASIL, 1943.

entende como responsabilidades dos empregados, cujo descumprimento pode acarretar demissão por justo motivo (BRASIL, 1977). Nisso consiste a essência da relação protetiva.

A questão que parece prejudicada pela reforma trabalhista vai além. Porque, ao instituir o teletrabalho, embora a legislação transpareça certa preocupação com a ocorrência de acidentes de trabalho e com o adoecimento do trabalhador, como visto alhures, não parece presente o cuidado com o meio ambiente de trabalho – este compreendido como algo muito mais amplo que o espaço físico ocupado pelo empregado, por abarcar outros elementos, e.g., aspectos psíquicos, advindos de relações interpessoais, especialmente as hierárquicas e as subordinativas, as quais geram uma imensidão de reflexos na saúde física e mental do trabalhador (MELO, 2017. P. 117-122).

Isto é o que já ocorre na sociedade contemporânea, como refere Harari, ao dizer que a IA (Inteligência Artificial) toma decisões melhor do que nós sobre carreiras e até mesmo relacionamentos, assim, portanto, alterando significativamente nosso conceito de humanidade e de vida. Conforme o autor, os humanos costumam pensar sobre a vida como um drama de tomadas de decisão, enquanto a democracia liberal e o capitalismo de livre mercado veem o indivíduo como um agente autônomo que está constantemente fazendo escolhas no que tange ao mundo (HARARI, 2018. p. 59).

De qualquer sorte o que se pretende grifar é o movimento irrefreável e, mais especificamente, a rapidez das alterações que tem alterado o panorama das relações sociais, particularmente no que afeta ao trabalho, sobretudo quando se tem em mente o uso indiscriminado de algoritmos. Infere-se, destarte, a urgência na atenção redobrada à figura do trabalhador para que não fique à deriva do panorama encetado pelas intervenções tecnológicas.

É nesse sentido que se passa a análise sobre o teletrabalho e o meio ambiente laboral, de maneira a traçar um estudo histórico, contextualizado e crítico acerca da construção do trabalho à distância do ambiente laboral do empregador a despeito das vantagens que aparentemente podem repercutir em um primeiro plano analítico. É o que se apresenta no tópico subsequente.

### **3 - MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO: O MEIO AMBIENTE LABORAL**

Há precedentes históricos que confirmam que a partir do aparecimento do ser humano em sua sanha por um itinerário civilizatório e, especialmente a partir da clivagem da revolução industrial que forjou a sua relação com o mundo do trabalho, tem-se sentido a necessidade de defender a saúde ameaçada pelo risco das atividades laborais. A evolução tecnológica tem sido de grande importância para a melhoria das condições de trabalho, particularmente quando se tem em mente as promessas de desobrigação do ser humano quanto às tarefas mais insalubres e perigosas. Entretanto, no que se refere à segurança, esses efeitos nem sempre são positivos. Embora haja subnotificação, os dados das taxas de acidentes não indicam uma expressiva redução (CORTES, 2007).

Em rigor, não é difícil encontrar referências que recuperem e atestem esse histórico caracterizado pela vulnerabilização da saúde do trabalhador desde a antiguidade até os dias

---

atuais. Os efeitos do chumbo em mineração e metalurgia, e.g., ou a proteção dos trabalhadores contra o meio ambiente pulvígeno já eram citados por Hipócrates e Plínio, nos séculos II AC e I, respectivamente.

Esses eventos históricos iniciais, com especial referência às doenças profissionais e suas técnicas de prevenção, delineavam a relevância de uma disciplina técnica, ou seja, a Medicina do Trabalho e a Prevenção. Nesta breve travessia histórica, torna-se possível vislumbrar o século XVI, no qual há textos de Filippus Georgius Agricola e Paracelsus, que descreveram as doenças e os sistemas de proteção e, posteriormente, o século XVIII, quando Bernardino Ramazzini publicou um tratado<sup>6</sup> sobre as doenças dos artesãos de um grande número de profissões da época e as condições de higiene recomendadas (ventilação, temperatura, vestuário, etc), valendo-lhe a alcunha de pai da Medicina do Trabalho (CORTES, 2007).

O verdadeiro significado de Segurança (e Higiene) do Trabalho incontestavelmente nasceu na e em decorrência da Revolução Industrial. Como consequência da invenção da máquina a vapor de James Watt, ocorreu o aumento substancial de fábricas e do número de acidentes, sem o correspondente progresso em adoção e no desenvolvimento de técnicas para evitá-los. A situação tornou-se tão caótica naquele tempo, face a alta demanda de trabalho e o surgimento de invenções notáveis como a lançadeira voadora, a fiação, o tear e outros na indústria têxtil, para citar um exemplo, que alguns problemas sanitários surgiram e outros foram potencializados. Cortes (2007) destaca em particular a questão das crianças que trabalhavam em condições insalubres, 14 ou 15 horas por dia, conforme descrito por Engels (1844), ao relatar a situação em Manchester City, onde as máquinas aumentaram continuamente sua potência e velocidade, criando riscos maiores.

Nessa época de euforia da revolução industrial, o trabalhador era considerado o único culpado do acidente, recaindo sobre a responsabilidade do empregador apenas em face do total abandono do seu empregado. Até o século XIX não havia o cuidado quanto à efetivação de medidas protetivas ou precaucionais como a criação de inspeções da fábrica. No entanto, surgiu na Inglaterra em 1833 a chamada Lei das Fábricas, estendendo-se a outros países, que tinha intenção de evitar acidentes em fábricas, todavia isto não ocorreu de modo apropriado, gerando efeitos aquém dos esperados (CORTES, 2007).

Somente no início do século vindouro, em particular, na medida em que os conceitos de Segurança e de Higiene se notabilizaram, firmando-se como parte irrenunciável, especialmente motivado pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, e do seu Serviço de Segurança e Prevenção de Acidentes em 1921, houve a formação da chamada Escola Americana de Segurança de Trabalho com os seus expoentes Heinrich, Simonds, Grimaldi, Bird,

---

6. Título original: *De Morbis Artificum Diatriba*, publicado pela primeira vez no ano de 1700 .

autores de uma filosofia de segurança, que empreendeu a base da concepção atual da questão (CORTES, 2007).

Assim, o Estado ausente passou a tentar estabelecer os parâmetros do desempenho do trabalho e das condições de contraprestação, obrigando-se a intervir na relação laboral, por meio da edição de normas protetoras à parte vulnerabilizada em razão das péssimas condições de higiene e de segurança.

Moraes (2009, p. 41) leciona que a origem da legislação protetiva remonta ao sistema alemão, no qual, desde 1884 foi abandonada a consideração da culpa e instituída a do risco profissional. Até aquele momento entendia-se que o trabalhador das grandes fábricas não merecia a intervenção do Estado, uma vez que a postura “atentaria contra o sacratíssimo princípio da liberdade do trabalho” (MORAES, 2009, p.7).

Na contemporaneidade, em função do padrão imposto pela internet 2.0 e da sociedade informacional, a definição de local de trabalho encontra-se em aberto. Não se concebe mais que a definição de local de trabalho seja aquele espaço que pertence ao empregador ou ao contratante, eis que as possibilidades configuradas pelo padrão da tecnologia aplicada ao trabalho por meios telemáticos ampliaram essa definição, de modo que o trabalho pode ser exercido até mesmo no local de residência do trabalhador.

Nesse sentido, urge questionar qual o alcance que as medidas protetivas à integridade do trabalhador possuem, diante da necessidade de comando patronal dentro da residência. Há, deste modo, exigência insofismável de uma reflexão sobre o novo padrão de direitos e de garantias que serão efetivamente assegurados ao trabalhador na medida em que se insere um novo panorama social com características transnacionais forjado pela ação dos algoritmos na moldura da internet 4.0, encetando drásticas repercussões nos diversos âmbitos da vida humana, especificamente no jurídico e no político, ao tempo em que carece de uma resposta que alinhe uma efetiva proteção multinível concernente com o Estado democrático de Direito.

Portanto, assim como o desenvolvimento do tear mecânico e da máquina a vapor foram o marco zero da revolução industrial do final do século XVIII, que substituiu uma economia agrária e rural pela indústria mecanizada, os avanços tecnológicos de informação e da comunicação implementam cada vez mais mudanças sociais, econômicas e culturais, nas quais o teletrabalho surge como um modelo de profissão profundamente ligado às novas máquinas e métodos de trabalho, demandando profissionais com conhecimento e com disponibilidade para compreender e utilizar as alternativas que as novas tecnologias trazem às empresas e às casas de modo geral e nunca vislumbrados.

Em rigor, tornou-se possível trabalhar remotamente e simultaneamente em projetos, tendo contato com outros trabalhadores até mesmo em outros países, devido à facilidade de comunicação e à migração progressiva de atividades econômicas do mundo físico para o mundo virtual. De todo modo o que se infere *ab initio* é a precarização que se tem em vista quanto à condição de trabalhador e uma prognose um tanto negativa em relação ao futuro próximo.

No que toca à tendência de precarização o que se observa é uma espécie de maximização das

exigências por resultados, gerando inclusive quadros de exaustão fruto da hiperconectividade, a despeito da concretização das garantias de condições mínimas, que passam em um giro perverso, a ser entendidas como disposições caprichosas do obreiro, eximindo-se as responsabilidades do empregador.

Feitas essas ponderações, importante compreender em que medida o teletrabalho impõe mudanças ao modo de trabalhar e comporta diferenciações entre empregados que a ele aderem e aqueles que persistem no modelo tradicional de prestação de serviços. Nesse sentido, aborda-se a seguir o teletrabalho sob o enfoque do princípio da isonomia.

#### **4 – A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E SUA APLICABILIDADE AO TELETRABALHO NO PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

O trabalho foi duramente atingido pelas inovações tecnológicas e pela expansão econômica mundial, especialmente no que diz respeito às inovações em informática e nas telecomunicações que reduziram as distâncias e as barreiras físicas entre as pessoas. Os deslocamentos tornam-se muitas vezes desnecessários, ao passo que as pessoas podem se comunicar e transmitir dados, informações e produtos sem precisar se locomover.

Tudo isso acarretou em implicações na organização produtiva que, em atendimento às exigências do mercado, seguiu o modelo de descentralização e de desconcentração das empresas. Em consequência, houve a propagação e o ressurgimento do trabalho à distância, não nos moldes tradicionais do trabalho em domicílio ligado a atividades manuais de costura, por exemplo, mas atrelada às atividades intelectuais que requerem média ou alta qualificação, haja vista a utilização de instrumentos ligados à informática e telecomunicações: o teletrabalho.

A utilização de meios telemáticos pelos trabalhadores e pelas empresas para o desenvolvimento de suas atividades longe da sede física empresarial, a partir da década de oitenta foi um fenômeno *yuppie* do século XX. O movimento teve por objetivo viabilizar a realização e o controle das tarefas em tempo real, a qualquer hora do dia ou da noite, sem que os trabalhadores tivessem que se deslocar de suas residências para o local de trabalho, facilitando e desobstruindo o tráfego dos grandes centros urbanos, bem como reduzindo os custos e aumentando a produtividade (PESSOA, 2013, p.67).

As empresas, a reboque dessa iniciativa, passaram a utilizar essa forma de trabalho para atender às demandas dos funcionários altamente qualificados, assim, propiciando a oportunidade de realizarem as suas tarefas em casa mediante o uso de terminais de computadores adequados. Consistindo, em linhas gerais, naquilo que supostamente se entende como a vantagem concedida pela modalidade de teletrabalho, isto é, uma modalidade em que o trabalho é conciliado com o cumprimento de tarefas em uma espécie de flexibilidade laboral. A Organização Internacional do Trabalho – OIT, por sua vez, definiu o teletrabalho como “qualquer forma de trabalho à distância, realizada longe de uma oficina ou de unidade de produção central possibilitada pelas novas tecnologias da comunicação e da informação<sup>7</sup>”, ou seja, o trabalho desenvolvido longe da

sede empresarial mediante a utilização de meios tecnológicos para a transmissão dos resultados do trabalho, independentemente da necessidade de deslocamento do contingente de trabalhadores.

Interessante mencionar que o teletrabalho pode ser compreendido de maneira mais abrangente, e.g., como “uma forma de organização e/ou de execução do trabalho que se utiliza da tecnologia da informação no âmbito de um contrato ou de uma relação de trabalho, em que a atividade laboral que poderia ser realizada no local da empresa é realizada fora de sua sede<sup>8</sup>” (BIAGI; TIRABOSCHI, 2007), ou ainda, como afirma Paolo Pizzi mais diretamente, o teletrabalho é “utilizado para individualizar a execução da atividade laboral em forma telemática, em um lugar distante do local empresarial<sup>9</sup>” (SANTORO-PASSARELLI, 1997).

No Brasil a definição encontra-se inserta na Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 no art. 75, B, outrora mencionado. Importa esclarecer, todavia, que o fenômeno do teletrabalho ainda é muito negligenciado, tanto é assim, que não existem dados oficiais sobre o tema, dificultando a análise acerca do seu real alcance e das principais afetações ao catálogo de direitos humanos e fundamentais. De modo geral, os órgãos oficiais de pesquisa e de coleta de dados ainda não empreenderam nenhum estudo sério sobre o teletrabalho no país.

Esse panorama causa um certo desconforto quanto ao modo abrupto como foi inserido no sistema normativo nacional, ou seja, ao arrepio da possibilidade de um amplo debate e da participação democrática, vez que carecia de um elemento radiográfico prévio que traduzisse os efeitos dessa modalidade no Brasil em razão do feixe de normas do sistema jurídico, das especificidades do meio político e social e das particularidades nacionais que se diferenciam entre as cinco grandes regiões do país. Há idiosincrasias, à guisa de exemplo, como a permanência de pessoas ainda em condição análoga à escravidão no panorama brasileiro.

De qualquer sorte, importa mencionar os dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Contínua), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que acompanha as flutuações trimestrais e a evolução, no curto, médio e longo prazos, da força de trabalho no Brasil, mas que não informa, dentre aqueles que estão trabalhando, se a prestação do labor ocorre em seu domicílio ou fora dele.

Os dados divulgados no final de abril de 2019 indicavam que a população desocupada somava 13,4 milhões de pessoas, em um crescimento de 10,2% (mais 1,2 milhão de pessoas) frente ao trimestre de outubro a dezembro de 2018, que era de 12,2 milhões de pessoas. Especial destaque merece a taxa de subutilização da força de trabalho, de 25,0% no trimestre encerrado em

---

7. No original: “[...] cualquier forma de trabajo a distancia, realizada lejos de una oficina o unidad de producción central y posibilitada por las nuevas tecnologías de la comunicación y la información”. Oficina Internacional del Trabajo. Tecnología de la información: salvar la brecha digital. **Revista Trabajo**, n.38, enero/feb. 2001, p.7, traduzido do original.

8. No original: “[...] una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe essere anche svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa.” BIAGI, Marco; TIRABOSCHI, Michele. **Istituzioni di diritto del lavoro**. Milano: Giufre Editore, 2007, p. 204, traduzido do original

março de 2019, constituindo-se em recorde da série histórica iniciada em 2012, com alta de 1,2 p.p. em relação ao trimestre anterior, quando o índice era de 23,8%.

Entretanto, para entender melhor esse ambiente crítico, destaca-se os dados apresentados pela Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades – SOBRATT, apresentando pesquisas sobre o trabalho efetuado por forma telemática. Para tanto, a entidade levou em consideração os dados gerais sobre o acesso dos brasileiros a computadores e à internet, apontando que no país existem mais de 10,6 milhões de teletrabalhadores<sup>11</sup>, laborando por conta própria ou alheia, justificando o crescente estudo do tema<sup>12</sup>.

Independentemente dessa conjuntura, impende lembrar o teor do artigo 5º, XI da CF/88, que estabelece a casa como: “[...] asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador [...]”, reafirmando-se no artigo 7º, XXII da mesma Carta, que define como direito dos trabalhadores – urbanos e rurais, “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, qualquer entrada ou registro na casa requer o consentimento do proprietário (BRASIL, 1988).

Exsurge daí um problema no contexto do teletrabalho no sistema normativo brasileiro na medida em que desde o momento da discussão dos termos e das cláusulas contratuais e, mais nitidamente, desde a assinatura do contrato deve ser definido que o empregador tenha o consentimento do trabalhador para que possa adentrar na residência ou no local de trabalho para fins de avaliação de risco de trabalho e, desse modo, efetuar o necessário controle de atendimento às medidas de segurança e de saúde apropriadas, garantindo-as e inclusive encetando esforços para a prevenção de riscos.

Assim, resta verificar se os empregados alocados em teletrabalho acabam por receber tratamento diferenciado, afetando o princípio da isonomia em sua aplicabilidade quanto às relações laborais. De fato, embora exista discussão acerca do termo mais preciso para descrever a noção da proibição de tratamento diferenciado a uma pessoa em virtude de fato injustamente desqualificante, observa-se que é comum a referência a princípios correlatos, como o da Isonomia, da Igualdade, e da Não Discriminação (DELGADO, 2010. P. 147). De todo modo, impensável é o emprego e o acolhimento de novas modalidades de emprego ao arrepio dos direitos já consagrados na trintenária CF/88, isto é, a força normativa da constituição deve atuar como uma espécie de blindagem do sistema contra afetações dessa ordem.

Ainda sobre o tema, há elementos que levam Plá Rodriguez a sublinhar o princípio da igualdade. Primeiro, devido ao seu profundo fundamento constitucional, doutrinário e internacional, que vincula a igualdade à dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar, pela

---

9. No original: “[...] è utilizzato per individuare lo svolgimento dell'attività lavorativa in forma telematica, in luogo distante dai locali aziendali.” PIZZI, Paolo. *Il telelavoro nella contrattazione collettiva*. In: SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Flessibilità e diritto del lavoro**. v. III. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 235, traduzido do original

Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>>

---

condição de fonte de geração de ideias, pela riqueza de suas aplicações e pela indeterminação dos seus limites (RODRIGUEZ, 2000. P. 440).

Conveniente lembrar que, segundo Delgado, o Direito do Trabalho incorporou, de fato, apenas o princípio da Não Discriminação, sendo esta a nomenclatura mais apropriada. Segundo o autor, o princípio da Não Discriminação refere-se a uma ideia mais específica. É um princípio de proteção, que resiste a uma conduta que se considera censurável, e pretende estabelecer um piso de civilidade que se considera o mínimo para a vida em sociedade (DELGADO, 2010. p. 147).

Oportunamente, destaque-se que o artigo 7º da CF/88 proíbe a diferenciação de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, clarificando essa disposição outrora reforçada pelo artigo 3º. O mais relevante para essa análise, no entanto, consiste na vedação à distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre os profissionais respectivos (BRASIL, 1988). Assim, torna-se inviável a manutenção de condutas que caracterizem a negligência no que toca à precariedade de fiscalização e de observância das regras de medicina e de segurança do trabalho aos profissionais inscritos nessa modalidade advinda na moldura legal da reforma trabalhista.

Ademais, parece lógico que os empregados sujeitos ao teletrabalho devem prestar serviços nas mesmas condições daqueles alocados no estabelecimento do empregador, de forma que a adoção de medidas preventivas de monitoramento e de controle de riscos ocupacionais, tais como os ergonômicos dispostos na Norma Regulamentadora n. 17 do Ministério do Trabalho (BRASIL, 1978), são de observância indispensável em qualquer forma de trabalho, presencial ou à distância.

Assim, sob a ótica do princípio da isonomia voltado ao Direito do Trabalho, notadamente naquilo que toca à temática do teletrabalho, mostra-se evidente a necessidade de uma definição legal, e.g., do telecentro (casa ou local remoto), ou até mesmo de locais de trabalho móveis. *Last but not least*, importa destacar que os espaços laborais tenham igual tratamento daquele dado ao local de trabalho estabelecido pelo empregador para fins preventivos em relação às disposições sobre a avaliação prévia dos riscos existentes, expressando uma constelação atenta à integralidade da pessoa do trabalhador em sua natureza central distintiva do sistema normativo

---

11. Disponível em <<http://www.sobratt.org.br/index.php/11-e-12052016-estudo-home-office-brasil-apresenta-o-cenario-atual-da-pratica-no-pais-sap-consultoria/>> Conforme a SOBRATT, em estudo divulgado em maio de 2016: 68% é o percentual de empresas praticantes de teletrabalho no Brasil, em suas diferentes modalidades (Ex.: Home Office, Trabalho de Campo). O número apresentando é distante quando comparado a outros mercados como Estados Unidos com 85% (1), Canadá 85% (2), França e Alemanha com 77% ;80% das empresas praticantes da modalidade de Home Office foram dos setores de Serviços e Indústria de Transformação, sendo os segmentos mais presentes, em ordem de crescente de participação: Tecnologia da Informação e Telecom (24%), Químico, Petroquímico e Agroquímico (12%), Serviços de Suporte e Provimento (09%), Bens de Consumo (08%) e Máq./Equipamentos & Automação (08%);80% das empresas que adotam a prática implantaram a mesma nos últimos 05 anos. A existência da prática ocorre em empresas públicas e privadas, sendo 67% multinacionais

12. Disponível em: <<http://www.sobratt.org.br/>>. A ausência de dados mais precisos prejudica o estudo desse fenômeno, pois dificulta a análise e o conseqüente enquadramento dessa forma de labor em uma determinada forma de prestação do serviço.

erigido em 1988.

## 5 NOTAS CONCLUSIVAS

O Direito do Trabalho em âmbito nacional teve seu marco de desenvolvimento vinculado à necessidade de proteção do trabalhador em meio ao período de industrialização da economia, mediante intensa intervenção estatal, sobretudo decorrente da produção legislativa atinente ao período Vargas. Em rigor, a partir da Constituição Federal de 1934, o Estado brasileiro ocupou-se em emanar normas protetivas, ultrapassando a fixação de direitos mínimos aos trabalhadores, de forma a constituir uma legislação ampla e abrangente de caráter protetivo no que tange às relações de trabalho. A CF/88, por seu turno, não somente foi acolhedora dessa perspectiva de proteção ao trabalhador, reconhecendo sua condição de hipossuficiência, mas instituiu um mosaico protetivo que se espria desde os seus princípios fundamentais em relação a todo o ordenamento jurídico em vigor.

Entretanto, a Lei 13.467 de 2017, comumente intitulada de reforma trabalhista, apresentou-se no cenário do Direito do Trabalho nacional como novo paradigma de atuação estatal. Dessa legislação denota-se uma postura de afastamento do Estado das relações laborais, pautando-se na justificativa de suposta modernização das leis trabalhistas na medida em que hipervalorizou a negociação coletiva sob o enfoque do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva a despeito do princípio da proteção. No novo contexto, foi implementado pela reforma trabalhista, ao arrempeio de uma paleta de direitos e de garantias constitucionalmente assegurados, instituindo-se um aligeirado formato novo de trabalho sem a apropriada percepção de suas consequências: o teletrabalho.

Com efeito, esse regramento entrou em vigor sem a ampla discussão e sequer sem a atenção adequada às normas que contemplam as medidas de segurança e da medicina do trabalho, vez que pouco versa sobre o assunto. Consequentemente, tornou a observância das regras de saúde do trabalhador um mero ato burocrático entre empregado e empregador, ou seja, fragilizou a relação laboral na medida em que amesquinha o ato a uma assinatura de termo escrito.

Oportuno frisar que os trabalhadores optantes pelo teletrabalho ingressam em risco eminente de adoecimento, pois, não há como efetuar a fiscalização direta de sua rotina laboral – notadamente em face da inviolabilidade do lar preconizada pelo art. 5º da Constituição Federal. Assim, torna-se clara a discrepância de tratamento entre os empregados alocados em teletrabalho e aqueles inseridos no ambiente laboral do empregador, além da flagrante falta de adequação do texto legal em relação aos dispositivos constitucionais que, em síntese, notabilizaram-se pela proteção à pessoa humana. Por outro lado, destaca-se a crescente tentativa de desobrigação do empregador em relação aos direitos e às garantias que marcam a relação de trabalho, caracterizando a atualidade como uma espécie de panorama de retrocesso.

Deste modo, e sob a luz do princípio da isonomia, torna-se inegociável o

acompanhamento dos riscos ocupacionais dos trabalhadores em teletrabalho, ao passo que se sugere a inclusão em acordo coletivo ou individual de teletrabalho de meios aptos para propiciar as regras e as condições de acesso à casa do teletrabalhador, ou ao lugar no qual ele venha a prestar seus serviços, como medida de saúde e de segurança ao obreiro.

Deve-se outrossim ressaltar que o sistema normativo brasileiro não comporta dentro da moldura estabelecida a partir da CF/88 uma condição de retrocesso em que a condição do trabalhador seja diluída em função do emprego das novas tecnologias, exigindo-se uma adequação compatível com a dignidade conferida à pessoa humana, ou seja, uma configuração em se que possa conferir um sentido concreto ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em razão disso, depreende-se que, embora trintenário, longo ainda é o caminho de afirmação dos direitos humanos e fundamentais no Brasil, exigindo sempre e continuamente a elaboração de novas pautas de solução adequadas ao contexto da sociedade informacional e, nesse sentido, novos espaços de resistência aos agravos continuamente perpetrados à classe trabalhadora.

## REFERÊNCIAS

BIAGI, Marco; TIRABOSCHI, Michele. **Istituzioni di diritto del lavoro**. Milano: Giufré Editore, 2007, p. 204

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 27 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 27 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1o de maio de 1943: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888: Declara extinta a escravidão no Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm)>. Acesso em 20 dez 2017.

BRASIL. **Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS)>

---

/L6514.htm#art158>. Acesso em 16 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.287, de 11 de maio de 2016. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13287.htm)>. Acesso em 17 mar. 2019. (a)

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.787, de 22 de dezembro de 2016: Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em 20 dez. 2017. (b)

BRASIL. **Portaria Ministerial n. 3.214, de 08 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/839945.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n. 590.415, de Santa Catarina. Relator Min. Roberto Barroso, 30 abr. 2015. DJE, Brasília, 29 mai. 2015.

CORTÉS, José Maria Cortés Diaz, **Seguridad e higiene Del Trabajo, Técnicas de Prevención de Riesgos Laborales** 9º ed. Madri, Tébar: 2007.

CRIVELLI, Ericson. Ensaio para uma releitura de Evaristo de Moraes em apontamentos de direito operário. *In: SIQUEIRA, Germano; et al. Direito do trabalho: releituras, resistência.* São Paulo: LTr, 2017. p. 165-182.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.** São Paulo: LTr, 2017. p. 07.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século 21.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 59

LUZ, Alex Faverezani da; SANTIN, Janaína Rigo. As relações de trabalho e sua regulamentação no Brasil a partir da revolução de 1930. **História**, Franca, v. 29, n. 2, p. 268-278, dez. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-90742010000200015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742010000200015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 20 out. 2019.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho e controle de jornada. *In* FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017. p. 117-122.

MORAES, Evaristo de. **Os acidentes no trabalho e sua reparação**. São Paulo: LTr, 2009, em edição fac-similada do original de 1919. p. 07-41.

MOREL, Regina Lucia M.; PESSANHA, Elina G. da Fonte. A justiça do trabalho. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 87-109, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 27 mar. 2019.

OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Tecnología de la información: salvar la brecha digital. **Revista Trabajo**, n.38, enero/feb. 2001, p.7

PESSOA, Anna Stephanie de Brito Veiga. **As relações de trabalho na era globalizada: o desafio da ampliação da tutela aos trabalhadores**. Dissertação de Mestrado. João Pessoa, 2013, p. 67.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista e a restrição da atuação da Justiça do Trabalho. *In* FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017, p. 47-52.

PIZZI, Paolo. Il telelavoro nella contrattazione collettiva. *In*: SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. **Flessibilità e diritto del lavoro**. v. III. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p.235-282.

PORTO, Noemia. Dano extrapatrimonial e reforma trabalhista: análise sobre o alcance dos direitos fundamentais. *In* FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017, p. 135-148.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 35.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE TELETRABALHO E TELEATIVIDADES. Disponível em:  
<<http://www.sobratt.org.br>> . Acesso em 25 mar. 2019.

## A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, A PRIVACIDADE E A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Mateus Mantovani Sorgatto<sup>1</sup>

**RESUMO:** Como base no critério da fundamentalidade da norma, princípios podem ser entendidos como sendo normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras seriam a concretização de tais princípios. Quando a colisão for entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, não há um que possa ser declarado inválido, que seja possível introduzir em um deles cláusula de exceção ou mesmo que exista relação de precedência absoluta entre quaisquer princípios. Neste caso, a técnica utilizada para a resolução do conflito é a da ponderação (balanceamento ou sopesamento), desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão e utilizado pela primeira vez em 1958 para resolver um conflito entre direitos fundamentais. A liberdade de expressão e informação é uma das mais estimadas características dos regimes democráticos e encontra guarida no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde consta que toda a pessoa tem direito à liberdade de, sem interferências, ter opinião e procurar, receber e transmitir informações por quaisquer meios, independentemente de fronteiras. No Brasil, resta constitucionalizada a garantia da inviolabilidade da vida privada, da honra e imagem das pessoas sem haver, contudo, a menção da palavra privacidade na Carta Política de 1988 (CONSALTER; ROCHA, 2019). Assim, há uma necessária compreensão do que se pode extrair do valor erigido como fundamental, mesmo quando não explicitado. Os direitos da personalidade, dentre os quais a intimidade, vida privada, honra e direito à imagem, são direitos fundamentais, como o são a liberdade de informação e expressão de forma que não há sobreposição entre eles de maneira automática, devendo sempre, diante da colisão, haver a ponderação, observando-se os critérios da razoabilidade.

Palavras Chave: Princípios. Ponderação. Razoabilidade. Liberdade de Expressão. Privacidade.

**ABSTRACT:** Based on the criterion of the fundamentality of the norm, principles can be understood as being the most fundamental norms of the system, whereas the rules would be the embodiment of such principles. When the collision is between fundamental rights expressed in the form of principles, there is no one that can be declared invalid, that can be introduced into one of them exception clause or even that there is absolute precedence relationship between any principles. In this case, the technique used for conflict resolution is that of balancing or weighing, developed by the German Constitutional Court and first used in 1958 to resolve a conflict

---

1. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter (2011), Especialista em Direito Empresarial com ênfase em direito Tributário (MBA pela Faculdade IDC). Mestrando em Direito pela Universidade La Salle

---

between fundamental rights. Freedom of expression and information is one of the most cherished characteristics of democratic regimes and is enshrined in Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights, which states that everyone has the right to freedom of opinion and to seek, to receive, without interference, and transmit information by any means, regardless of borders. In Brazil, the guarantee of the inviolability of private life, honor and image of the people remains constitutionalized without, however, mentioning the word privacy in the 1988 Political Charter (CONSALTER; ROCHA, 2019). Thus, there is a necessary understanding of what can be extracted from the value erected as fundamental, even when not explained. The rights of personality, among which intimacy, private life, honor and the right to image, are fundamental rights, as are the freedom of information and expression so that there is no automatic overlap between them and should always, in the face of collision, there is weighting, observing the criteria of reasonableness.

Keywords: Principles. Weighting. Reasonableness. Freedom of expression. Privacy.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em analisar o aparente conflito entre direito à privacidade e a liberdade de informação, imprensa e expressão, com fundamento na Constituição Federal e na técnica da Ponderação de Princípios.

De um lado temos o Direito de Informação e Liberdade de Expressão, uma das mais estimadas características dos regimes democráticos e encontra guarida no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. De outro, a garantia da inviolabilidade da vida privada, da honra e imagem das pessoas. Ambos considerados e entendidos como Princípios, ou seja, preceitos fundamentais no ordenamento brasileiro.

Como base no critério da fundamentalidade da norma, princípios podem ser entendidos como sendo normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras seriam a concretização de tais princípios. Em contrapartida, utilizando-se o critério da generalidade, princípios seriam as normas com grau de generalidade mais elevada, enquanto as regras seriam as normas de grau de generalidade mais baixo. Quando a colisão for entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, não há um que possa ser declarado inválido, que seja possível introduzir em um deles cláusula de exceção ou mesmo que exista relação de precedência absoluta entre quaisquer princípios.

Neste caso, a técnica utilizada para a resolução do conflito é a da ponderação (balanceamento ou sopesamento), desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão e utilizado pela primeira vez em 1958 para resolver um conflito entre direitos fundamentais.

O conflito aparente entre o direito fundamental à liberdade de informação e o direito fundamental à privacidade (assim entendido como intimidade e vida privada) ocorre em função de estarem previstos no mesmo estatuto jurídico, a Constituição. Logo, são de mesmo nível

hierárquico e cronológico, bem como não há relação de especialidade entre eles. Além disso, inegavelmente possuem as características de princípios e não de regra.

Os direitos da personalidade, dentre os quais a intimidade, vida privada, honra e direito à imagem, são direitos fundamentais, como o são a liberdade de informação e expressão de forma que não há sobreposição entre eles de maneira automática, devendo sempre, diante da colisão, haver a ponderação, observando-se os critérios da razoabilidade.

## **LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

A liberdade de expressão e informação é uma das mais estimadas características dos regimes democráticos e encontra guarida no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde consta que toda a pessoa tem direito à liberdade de, sem interferências, ter opinião e procurar, receber e transmitir informações por quaisquer meios, independentemente de fronteiras (MONTEIRO, 2007).

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1989: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais ('divulgar'). Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações). (SOUZA, 1984, p. 137).

Dessa feita, sob o manto da liberdade de expressão encontra-se agasalhada “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.” (MENDES, 2008, p. 360).

Já “[...] a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias [sic], por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada pelos abusos que cometer.” (SILVA, 1998, p. 33)

Em verdade, a liberdade de expressão e a liberdade de informação são direitos distintos, consoante preconiza a doutrina. Edilson Pereira de Farias (2000), refere que a primeira consiste na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões, por qualquer meio de difusão. Abrange a exteriorização da vida própria das pessoas pela palavra escrita ou oral, pela imagem e pelo próprio silêncio, com a função social de contribuir para a propagação previamente elaborada (SALOMÃO, 2005)

Em sentido diverso,

[...] a liberdade de informação busca a interiorização de algo externo, mediante a apreensão de fatos e notícias, e nela prevalece o elemento de repassar conhecimento. No

âmbito de sua proteção, compreendem-se tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações acerca de fatos e dados, imparcial e objetivamente apurados, com a função social de contribuir para a elaboração do pensamento. Mais especificamente, fala-se em direito de informar, de se informar e de ser informado. (MONTEIRO, 2007).

O direito de informar, difundir ou comunicar informações a outrem, sem impedimentos, está intrinsecamente ligado à livre expressão de pensamento e corresponde a uma atitude ativa e relacional. Já o direito de se informar, quando titulado pelos cidadãos em geral, apresenta-se como um direito negativo, de não ter impedimentos ou de não sofrer sanções por buscar informação. Seu exercício revela uma atitude ativa e pessoal. Finalmente, o direito de ser informado constitui uma atitude passiva e receptiva, que demanda uma prestação de outrem, responsável pelo dever de fornecer informação adequada e verdadeira (SALOMÃO, 2005).

O direito à informação está diretamente ligado ao conceito de cidadania. Toda pessoa tem direito à informação, conforme o conceito de liberdade plena afirmado pela Constituição Federal de 1988, assegurando-se aos cidadãos o conhecimento de atos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular, bem como o de obter certidões, de ser comunicado da existência de processos e procedimentos contra si, de ter acesso aos registros públicos e de registros relativos a sua própria pessoa (STOCO, 2007).

A Constituição de 1988 traz diversas normas sobre o tema das liberdades de informação, de expressão e de imprensa. Sobre as duas primeiras, de forma geral, podem ser destacados os seguintes dispositivos:

Art. 5º. (...)  
IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;  
(...)  
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem;  
(...)  
IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;  
(...)  
XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Como se observa tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar dos próprios direitos da personalidade, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI). No caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação (CARVALHO, 1999).

Além desses limites explícitos na Constituição, há outros que podem ser, com facilidade,

---

considerados imanentes. Em relação à liberdade de informação, já se destacou que a divulgação de fatos reais, ainda quando desagradáveis ou mesmo penosos para determinado(s) indivíduo(s), é o que a caracteriza. Da circunstância de se destinar a dar ciência da realidade, decorre a exigência da verdade – um requisito interno, mais do que um limite –, já que só se estará diante de informação, digna de proteção nesses termos, quando ele estiver presente. Lembre-se, porém, que a verdade aqui não corresponde, nem poderia corresponder, a um conceito absoluto (CARVALHO, 1999).

De fato, no mundo atual, no qual se exige que a informação circule cada vez mais rapidamente, seria impossível pretender que apenas verdades incontestáveis fossem divulgadas. Em muitos casos, isso seria o mesmo que inviabilizar a liberdade de informação, sobretudo de informação jornalística, marcada por juízos de verossimilhança e probabilidade. Assim, o requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informado, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos (CARVALHO, 1999).

### **PRIVACIDADE X INTIMIDADE X VIDA PRIVADA**

No Brasil, resta constitucionalizada a garantia da inviolabilidade da vida privada, da honra e imagem das pessoas sem haver, contudo, a menção da palavra privacidade na Carta Política de 1988 (CONSALTER; ROCHA, 2019). Assim, há uma necessária compreensão do que se pode extrair do valor erigido como fundamental, mesmo quando não explicitado.

O ponto de partida da análise do direito à intimidade e à vida privada é a redação contida no inciso X, do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que dispõe serem todos iguais perante a lei, sendo invioláveis o direito “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente dessa violação.”. A análise meramente gramatical do inciso referido aponta para a conclusão de que a intenção do legislador fora de diferenciar os termos, tendo incluído uma vírgula entre as palavras intimidade e vida.

A partir do enunciado constitucional que Leonardo Cesar de Agostini (2011) vai fazer a distinção entre intimidade e vida privada, referindo inicialmente que no sentido puramente etimológico, a palavra intimidade seria *intimus*, uma variação de *intumus* e, desta forma, derivaria da qualidade de íntimo, que quer dizer o mais dentro possível. Em sentido diverso, a expressão vida privada remete as esferas de atuação do indivíduo na sociedade (esferas pública e privada).

Seguindo por este caminho, vai dizer o autor (AGOSTINI, 2011) que a privacidade na Era Moderna surge em reação ao conformismo nivelador da sociedade, que exigia comportamento uníssono de seus membros, pela necessidade de proteção de um espaço exclusivo onde o indivíduo possa desenvolver seus valores, fazer suas escolhas e opções pessoais, regido pelo princípio da exclusividade.

Em sua acepção clássica, a intimidade pode ser entendida como a prerrogativa que o indivíduo possui perante os demais, inclusive o Estado, de ser mantido em paz no seu recanto. É, fundamentalmente, uma ferramenta de defesa da personalidade humana contra ingerências alheias e ilegítimas. Um dos seus fundamentos reside no princípio da exclusividade (MONTEIRO, 2007).

Nesse diapasão o princípio da exclusividade assegura ao indivíduo que sua escolha seja guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um só grupo de pessoas, nem por um padrão objetivo de comportamento ou de conduta, ou de normas realizadas por terceiros, mas sim, inexplicável e infalivelmente, pelo seu próprio desejo. Daí porque se afirmar que o princípio da exclusividade brigaria com o conformismo social. Esse princípio visaria assegurar ao indivíduo sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontestável impositividade do poder político. Esse princípio vai reger tanto a vida privada quanto a intimidade (AGOSTINI, 2011, p. 125).

Nessa mesma perspectiva tem-se que a vida privada, na ótica do princípio da exclusividade, é o espaço de convivência em que o indivíduo escolhe se relacionar, no entanto, chega à conclusão de que “devido a sua natureza tipicamente relacional, exige-se e autoriza-se a comunicabilidade de dados pessoais do indivíduo a terceiros.” (CONSALTER; ROCHA, 2019, p. 175.).

Este postulado comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência do sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 441-442).

O direito à intimidade está em constante mutação no tempo e espaço. Bem por isso, e por envolver temas de que emanam aspectos pessoais e culturais, deve ser concebido de forma aberta, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar essa constante evolução. Com Substrato principiológico assentado na dignidade da pessoa humana, o direito a intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade e, nessa condição, é oponível *erga omnes*, intransmissível à esfera jurídica de outrem, indisponível e extrapatrimonial (SAMPAIO, 1998).

Celso Ribeiro Bastos afirma que o direito à intimidade consiste na:

faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre essa área da manifestação existencial do ser humano (bastos, 2004, p. 71)

No Brasil, as expressões direito à vida privada, direito à intimidade, direito à privacidade, direito de resguardo e direito de estar só, são frequentemente utilizadas como sinônimas, e não há unanimidade quanto à existência de distinção conceitual entre elas. Parte da doutrina, no entanto, aponta diferenças substanciais entre intimidade e vida privada (MONTEIRO, 2007).

No que se refere ao entendimento doutrinário sobre a análise do inciso X do artigo 5º da CRFB/88, a questão não está pacificada, já que “doutrinadores como René Ariel Dotti, José Afonso Gomes da Silva, Elimar Szaniawski, Tércio Sampaio Ferraz Jr entendem que intimidade e vida privada não se confundem enquanto autores como Manoel Gonçalves Ferreira F., José Cretella Jr., Pedro Federico Caldas e Luciana Fregadolli utilizam indistintamente os termos vida privada, intimidade, privacidade ou resguardo, como expressões sinônimas” (AGOSTINI, 2011, p. 107).

Tércio Sampaio Ferra Júnior (1993, p. 442) entende que:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia.

E continua:

Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas *de convivência*. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Seu atributo máximo é o segredo, embora inclua também autonomia e, eventualmente, o estar-só com os seus.

A intimidade, para Fábio Henrique Podestá (1999), possui um campo mais restritivo que a vida privada: enquanto na primeira a pessoa busca estar só, recolhida à própria individualidade, na vida privada a proteção parte de formas exclusivas de convivência em que a comunicação é inevitável, ainda que estrita a pessoa do relacionamento.

Como se vê, não há unanimidade na doutrina, ora as expressões em comento sendo utilizadas como sinônimos, ora, entende-se que o direito à vida privada e o direito à intimidade não se confundem, mas guardam estreita relação. Além disso, deve ser observado que os efeitos da tutela constitucional são essencialmente os mesmos, e abarcam todas essas expressões como manifestações da esfera íntima e privada, atuando como uma engrenagem de freio e limitação à direitos fundamentais como Informação e Liberdade de Expressão.

### **COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A técnica da ponderação**

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes à condição humana e podem ser estendidos como um sistema aberto de princípios e regras que, ora conferem direitos subjetivos a seus destinatários, ora assentam a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece. Eles possuem como objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: “em sua

liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)” (NUNES JUNIOR, 2009, p. 15).

Pode-se dizer, como o fez Peter Häberle (1997) que os direitos fundamentais funcionam como um sistema, uma vez que suas normas se encontram em permanente interação e, conseqüentemente, em colisão. Ainda segundo o autor, esse sistema possui a característica de ser aberto, já que tais normas devem ser obrigatoriamente interpretadas de acordo com o contexto político, econômico e social vigente. É essa abertura que promove a integração entre a norma e a realidade, permitindo a chamada mutação constitucional, isto é, a alteração do significado da norma sem a correspondente mudança do texto normativo.

As normas jurídicas podem se estruturar na forma de regras ou de princípios, sendo diversas as formas de diferenciá-los. Como base no critério da fundamentalidade da norma, princípios podem ser entendidos como sendo normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras seriam a concretização de tais princípios. Em contrapartida, utilizando-se o critério da generalidade, princípios seriam as normas com grau de generalidade mais elevada, enquanto as regras seriam as normas de grau de generalidade mais baixo (CARDOSO, 2016).

Humberto Ávila (2001) preconiza que as regras e princípios se diferenciam em relação ao grau de abstração correspondente, sendo o grau de abstração dos princípios bastante superior ao das regras:

pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida (ÁVILA, 2001, p. 21).

Por outro lado, continua o autor, as regras possuem a “função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder” (ÁVILA, 2009, p. 04). Assim, por terem função de descrever com maior clareza o que é proibido, permitido ou obrigatório, as regras diminuem “a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos” (Ávila, 2009, p.04).

Para Robert Alexy (2014) a diferença entre regras e princípios é qualitativa, havendo diferenças quanto a estrutura e forma de aplicação. O ponto crucial de distinção entre regras e princípios é que o segundo ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As regras, diferentemente, são normas que expressam deveres definitivos, ou seja, definem exatamente o que se deve fazer, devendo ser aplicada sempre por subsunção. Regras só podem ser cumpridas ou não, sendo, assim, mandamentos definitivos.

Importante esclarecer que uma norma pode ser estruturada como uma regra, apesar de ser

chamada de princípio. Ex: princípio da anterioridade tributária. Os princípios, por sua vez, seriam mandamentos de otimização, ou seja, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Em outras palavras, princípios são normas que expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após a análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Ex: o princípio da liberdade de expressão é um direito *prima facie*, já que ele constantemente entra em colisão com outros direitos, tais como a intimidade e a honra. (CARDOSO, 2016, P. 142).

Como se vê, existem diversas classificações e conceitos de regras e princípios, porém, o que precisa ficar claro é que não há falar em classificação mais ou menos adequada, melhor ou pior, mais ou menos moderna. “Classificações ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias, quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintos – e, por isso, pouco ou nada úteis. (SILVA, 2003, p. 613).

Conclui-se, portanto, que direitos fundamentais se constituem em princípios e regras, atuando de forma programática enquanto princípio e pragmática enquanto regra. Inegável, ainda, a conclusão de que em sua maior parte os direitos fundamentais se caracterizam como princípios. Seja como regra, seja como princípio, existem situações em que haverá a colisão de direitos fundamentais. Estas colisões, segundo Alexy (2015) podem ser compreendidas de forma estrita ou ampla.

A colisão é estrita quando o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarrete consequências negativas em relação a outro direito fundamental, de outra pessoa. E será e sentido amplo quando o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarrete consequências negativas em relação a bens coletivos.

Segundo Alexy (2014) as regras devem ser aplicadas sempre através da subsunção, nunca através de ponderação, mesmo que havendo a hipóteses de colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de regra. Além disso, para solucionar o conflito de regras é possível ainda a utilização de algum dos critérios de resolução de antinomias jurídicas (hierárquico, cronológico e especialidade), ou a aplicação de algumas das técnicas de interpretação constitucional (interpretação conforme a Constituição, nulidade parcial sem redução de texto ou declaração de inconstitucionalidade com redução de texto)<sup>2</sup> (CARDOSO, 2016).

Diversamente, quando a colisão for entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, não há um que possa ser declarado inválido, que seja possível introduzir em um deles cláusula de exceção ou mesmo que exista relação de precedência absoluta entre quaisquer princípios (CARDOSO, 2016).

---

2. Para um estudo mais profundo das técnicas de interpretação constitucional: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 746-802.

Neste caso, a técnica utilizada para a resolução do conflito é a da ponderação (balanceamento ou sopesamento), desenvolvida, segundo Alexy (2003), pelo Tribunal Constitucional Alemão e utilizado pela primeira vez em 1958 para resolver um conflito entre direitos fundamentais:

Erich Lüth era o presidente do clube da imprensa de Hamburgo e convocou boicote aos filmes de Van Harlan, famoso diretor do cinema nazista, produzidos após 1945. Processado, Lüth foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo, com base no artigo 826 do Código Civil Alemão, a omitir-se de novas convocações a favor do boicote, além do pagamento de multa pecuniária, considerando sua conduta contrária à moral e aos bons costumes. Inconformado, Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã que, sopesando os direitos fundamentais em conflito, considerou a incitação ao boicote de Lüth protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental Alemã, dando ganho de causa à Lüth (CARDOSO, 2016, p. 145).

Ao decidir desta forma o Tribunal Constitucional Alemão fixou duas premissas que são seguidas até hoje:

- 1) Os direitos fundamentais previstos na Constituição irradiam seus efeitos por toda a legislação ordinária, ou seja, toda interpretação da ordem jurídica deve ser feita à luz da Carta Magna, ainda que se trate de relações jurídicas entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais constitucionais);
- 2) A ponderação é um método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão. (CARDOSO, 2016, p. 145-146)

Como se percebe, do resultado da aplicação da ponderação no conflito entre princípios surgirá uma regra específica, criada com base nas condições fáticas do caso concreto. Nas palavras de Robert Alexy “o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação” (ALEXY, 2015, p. 75)

## **LIBERDADE DE INFORMAÇÃO X DIREITO À PRIVACIDADE**

O conflito aparente entre o direito fundamental à liberdade de informação e o direito fundamental à privacidade (assim entendido como intimidade e vida privada) ocorre em função de estarem previstos no mesmo estatuto jurídico, a Constituição. Logo, são de mesmo nível hierárquico e cronológico, bem como não há relação de especialidade entre eles. Além disso, inegavelmente possuem as características de princípios e não de regra.

Embora a liberdade de informação, de imprensa e de expressão estejam garantidos no texto constitucional, tais garantias não são ilimitadas, tendo a própria Constituição apresentados

limites (art. 5º, X). Não se pode ignorar que uma vez violado qualquer dos direitos elencados no art. 5º, X, da Constituição, devem ser reparados, porquanto “para construí uma imagem, leva-se uma vida. Para mantê-la, uma eternidade. Para perdê-la, alguns segundos. Recuperá-la, nunca mais.” (RODRIGUES, 2003, p. A-3).

Inegavelmente, em certos momentos, a livre informação e expressão choca-se diretamente com os também fundamentais direitos e garantias individuais previstos no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal (ALVES, 2003).

Sendo assim, a imprensa, por exemplo, é livre para a divulgação de informações, fatos, notícias, não para divulgar ofensas, deturparem a verdade, pregar a sedição, fazer apologia de crimes e/ou servir de veículo a fins extorsionários. (ZULIAN, 2007)

Em que pese aparentemente serem princípios que estão sempre em colisão, a verificação desta situação dependerá da análise de cada caso. Somente existirá a colisão entre estes dois princípios quando o exercício de um desses direitos por parte de seu titular colidir com o exercício de outro desses direitos por parte de outro titular e conforme é necessário valorizar o caso concreto para verificar se houve a violação do fundamento ético da dignidade da pessoa humana, a fim de concluir se estamos diante de direitos da personalidade. (CANOTILHO, 2003).

Dessa forma, para que a solução ocorra da forma mais adequada possível, há que se utilizar dos critérios da ponderação de princípios referidos por Robert Alexy. Posto o conflito e escrutinado o sistema, não se encontrando critério apto de saída, o órgão aplicador da lei, no caso o juiz, terá de fazer a opção, perante o caso concreto, por uma das alternativas: ou a privacidade ou a liberdade de informação ou de expressão.

Está opção, deve ser lembrado, de forma alguma implicará na revogação daquele direito fundamental que fora preterido naquele caso específico. O uso da técnica da ponderação implica, inclusive, no reconhecimento de que se está diante de dois princípios fundamentais e que naquele caso específico um deles será relativizado em detrimento de outra norma de mesma grandeza.

No caso específico do conflito entre a liberdade de informação, expressão e imprensa com os direitos da personalidade, em especial a privacidade (intimidade e vida privada), a Constituição dá ao Poder Judiciário o poder de controlar os abusos da liberdade de informação, bem como os abusos da atuação de qualquer outra instituição, ou mesmo Poder, mediante o exercício da Jurisdição. (ALVES, 2003).

Ao decidir, por exemplo, pela proibição de publicação em que exista discriminação étnica, não está o Poder Judiciário exercendo qualquer forma de censura, mas apenas cumprindo sua atividade jurisdicional, visto que censura e decisão judicial são inconfundíveis. Como ensinam Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini, a expressão “censura pelo Poder Judiciário” é inadequada, mesmo que eventual restrição à liberdade de imprensa seja realizada antes da publicação ou transmissão da notícia jornalística, impedindo sua veiculação. Nesses casos, o magistrado não age como censor, mas apenas cumpre seu dever jurisdicional, tendo o possível ofensor o direito e a possibilidade de

defender-se e alterar a decisão judicial, mesmo que, para tanto, tenha de recorrer à instância superior.

Deve-se ter em mente que, por primeiro, a liberdade de informação deve estar a serviço da opinião pública, ou seja, esse critério está relacionado diretamente ao assunto que será tratado pela informação trazida pelo meio de comunicação em massa. Nesse critério, deve-se também, diferenciar o que é público do que é privado, pois só poderá ter preponderância sobre os demais direitos se a questão se tratar de interesse público. O segundo critério, que deve ser utilizado, diz respeito à veracidade da questão trazida, assim uma informação que não seja pautada na verdade, não tem preferência sobre outros direitos, pois a mesma não cumpre a função social da liberdade de informação. (CANOTILHO, 2003).

Na prática, cabe mesmo ao judiciário resolver os conflitos existentes entre direitos da personalidade e direito à informação, utilizando-se da ponderação como a técnica mais adequada para tanto. “Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito à imagem e a intimidade).” (MENDES, 2002, p.21).

Sendo assim, possível afirmar com segurança que tanto o direito à informação, quanto os direitos da personalidade, são direitos fundamentais do ser humano, de modo que ambos possuem proteção de patamar constitucional, mas cada um com suas características que lhe são peculiares. Os direitos da personalidade, dentre os quais a intimidade, vida privada, honra e direito à imagem, são direitos fundamentais, como o são a liberdade de informação e expressão de forma que não há sobreposição entre eles de maneira automática, devendo sempre, diante da colisão, haver a ponderação, observando-se os critérios da razoabilidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É seguro afirmar que são direitos fundamentais de características principiológicas a liberdade de informação, expressão e imprensa, bem como a inviolabilidade de intimidade, vida privada e honra.

Em se tratando de Princípios, quando há conflito, portanto, não há sobreposição de forma automática, haja vista que os critérios de hierarquia, cronologia e especialidade não se aplicam, de forma que o conflito será resolvido mediante a técnica da ponderação, analisando as circunstâncias de cada caso concreto.

Para que a solução ocorra da forma mais adequada possível, há que se utilizar dos critérios da ponderação de princípios referidos por Robert Alexy. Posto o conflito e escrutinado o sistema, não se encontrando critério apto de saída, o órgão aplicador da lei, no caso o juiz, terá de fazer a opção, perante o caso concreto, por uma das alternativas: ou a privacidade ou a liberdade de informação ou de expressão.

Na análise de eventual limitação da liberdade de informação, deve-se ter em mente que, por primeiro, a liberdade de informação deve estar a serviço da opinião pública, ou seja, esse critério está relacionado diretamente ao assunto que será tratado pela informação trazida pelo meio de comunicação em massa. Nesse critério, deve-se também, diferenciar o que é público do que é privado, pois só poderá ter preponderância sobre os demais direitos se a questão se tratar de interesse público.

O segundo critério, que deve ser utilizado, diz respeito à veracidade da questão trazida, assim uma informação que não seja pautada na verdade, não tem preferência sobre outros direitos, pois ela não cumpre a função social da liberdade de informação.

Os direitos da personalidade, dentre os quais a intimidade, vida privada, honra e direito à imagem, são direitos fundamentais, como o são a liberdade de informação e expressão de forma que não há sobreposição entre eles de maneira automática, devendo sempre, diante da colisão, haver a ponderação, observando-se os critérios da razoabilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n.2, junho de 2003. p. 132-134

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ALVES, Daniela Ferro Affonso Rodrigues Alves. **Direito à Privacidade e Liberdade de Expressão**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo: Entre A Ciência Do Direito E O Direito Da Ciência**. Revista Eletrônica de Direito Do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na Visão de Robert Alexy**. Revista Constituição e Garantia de Direitos, v. 9,

n. 1, p. 137-154, out 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, **Direito de informação e liberdade de expressão**, São Paulo, 1999

CONSALTER, Zilda Mara. ROCHA, Isadora de Souza. **A privacidade e o panóptico digital: as práticas consumeristas e a superexposição como vetores da relativização desse direito individual**. REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, v7., n.3, p. 167 – 195, 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2a ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines Coelho; BRANCO, Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: B. Jurídica, 2002. \_\_\_\_\_; **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. **Direito à Privacidade versus direito à Informação, Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoas de agentes públicos**. *Revista de Informações Legislativas*. Brasília, a. 44, n. 143 jan/mar., p. 27-40, 2007.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988. - Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito à intimidade: liberdade de imprensa: danos por publicação de notícias**. In: *Constituição Federal de 1988: 10 anos (1988-1998)*. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 1999.

RODRIGUES, Alberto Silveira. *Ética, responsabilidade e as palavras*. Folha de São Paulo, São Paulo, 13 mar. 2003, p. A-3.

SALOMÃO, Paulo Cesar. **O confronto entre o direito à intimidade e o direito à informação**. *ADV Advocacia Dinâmica Seleções Jurídicas*. Rio de Janeiro, p. 24-36, set. 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998

SILVA, Vírgilio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I*, 2003.

SOUSA, Nuno e. *Aliberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984.

STOCO, Rui. **Proteção da Imagem versus Liberdade de Informação**. *Revista da Escola da*

---

Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF – TRF 2ª Região, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, mar. 2007.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Comentários à Lei de Imprensa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

**A ORIENTAÇÃO DOS PRAXISTAS E AS DÚVIDAS DOS MINISTROS NAS  
DEMARCAÇÕES DE TERRA NO BRASIL COLONIAL (SÉCULO XVIII)**  
ORIENTATION OF THE PRAXISTS AND PROBLEMS FACED BY JUDGES ON  
LANDMARKS IN COLONIAL BRAZIL (18th Century)

Carmen Margarida Oliveira Alveal<sup>1</sup>

**RESUMO:** O artigo visa analisar a teoria e a prática do direito colonial por meio das demarcações de terra no período colonial. Foram analisadas as instruções organizadas por um praxista, António Vanguerve Cabral, na condução de demarcações que seriam solicitadas pelos requerentes. Posteriormente, foram analisados processos de demarcações realizados pelos desembargadores, onde relataram as dificuldades de realizá-las, bem como foram estudadas petições de moradores reclamando do processo. À luz da comparação entre o que estava escrito como se deveria proceder a demarcação de terras e a prática, percebe-se que havia um certo distanciamento, mas que não eclipsou as tentativas de se demarcar a terra por parte das autoridades coloniais envolvidas. Portanto, o direito colonial, proveniente do reino português, era aplicado na América portuguesa com base na sua realidade.

Palavras-chave: direito colonial, demarcação de terras, praxista

**ABSTRACT:** The article aims to analyze the theory and practice of colonial law through the demarcation of land in the colonial period. The instructions organized by a praxist, António Vanguerve Cabral, in conducting demarcations that would be requested by the applicants were analyzed. Subsequently, demarcation processes carried out by the judges were analyzed, where they reported the difficulties of carrying them out, as well as petitions from residents complaining about the process. In light of the comparison between what was written about demarcation of land and its practice, it is clear that there was a certain distance, but it did not eclipse attempts by the colonial authorities involved to demarcate the land. Therefore, colonial law, coming from the Portuguese kingdom, was applied in the Portuguese America based on its reality.

---

1. Professora associada do Departamento de História da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Possui graduação em História pela Universidade Federal Fluminense (1997), mestrado em História Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002) e PhD, Doctor of Philosophy in History, pela Johns Hopkins University (2007). Tem experiência na área de História, com ênfase em História do Império Português, História do Brasil, História do Brasil Colônia, História do Rio Grande do Norte e História do Direito. Atua também nos seguintes temas: mulheres e gênero, história agrária e estudos jurídicos. É coordenadora do LEHS-UFRN (Laboratório de Experimentação em História Social). Coordena a Plataforma SILB (Sesmarias do Império Luso-Brasileiro), que consiste em uma base de dados que pretende disponibilizar on-line as informações das sesmarias concedidas pela Coroa portuguesa no mundo atlântico.

---

Keywords: colonial law, demarcation of land, praxist

Não é de hoje que a demarcação de terras é um problema no Brasil. Já no período colonial, a despeito da oferta de terras, havia conflitos pelas melhores áreas; e também o receio de que vizinhos se apossassem de partes do seu terreno fazia com que vários proprietários solicitassem a demarcação, etapa do processo sesmarial que se tornou obrigatória após a ordem régia de 1698 (LIMA, 1954; PORTO, 1965). Neste artigo, pretende-se, em primeiro lugar, analisar as orientações de um praxista português, António Vanguerve Cabral, que inclusive atuou no Brasil como Ouvidor na capitania de Itamaracá no século XVIII; em segundo lugar, pretende-se desvelar o modo como se efetivaram, na prática, algumas demarcações e autos de posse, bem como as dificuldades enfrentadas pelos ministros, e ainda dúvidas decorrentes, relacionadas a esse processo.

A demarcação era uma exigência supostamente anterior à confirmação régia de uma sesmaria, mas, muitas vezes, na prática, sua solicitação era feita em concomitância com a confirmação em um único documento enviado ao rei. Todos esses requerimentos endereçavam-se ao soberano. Primeiramente, era o provedor ou ouvidor que realizava a demarcação, mas em decorrência do aumento da demanda e da conseqüente demora diante do acúmulo de funções que provedores e ouvidores desempenhavam, havia muitos requerimentos solicitando que qualquer ministro fosse nomeado para tal fim.

Em geral, os requerimentos de demarcação solicitavam um alvará ou uma provisão para que alguém fosse indicado para fazê-la. Mas se registram casos em que eram solicitados autos de posse, termo jurídico do próprio ato da demarcação. Os autos de posse eram verdadeiros rituais que serviam para publicizar a posse<sup>2</sup>.

A solicitação de demarcação era feita na própria capitania, pelo aspirante, ao governador. Contudo, diante das demoras ou mesmo das recusas, os moradores enviavam petições diretamente ao rei solicitando a demarcação e a tão almejada confirmação. E é isso que se encontra em número relativamente abundante no Arquivo Histórico Ultramarino, considerando-se que essas pessoas tenham tentado, por todas as formas, conseguir que suas sesmarias fossem medidas. Cabe lembrar que o processo para requerer uma sesmaria iniciava-se com uma petição ao governador ou capitão-mor justificando o porquê de a referida concessão fazer-se pertinente; depois era feita a concessão com uma série de exigências por parte das autoridades locais, entre as quais a de demarcação e confirmação em certo prazo, que, no geral, era de cinco anos. Após esse período, era necessário repetir o processo, ora solicitando a confirmação régia, após a demarcação, que, muitas vezes, se mostrou dificultosa. Conforme se constatou, chegaram até

---

2. Era como a *tradição simbólica*, quando um oficial ia com o sesmeiro até seu lote e pegava ramos e os jogava para o alto, ou algo semelhante.

---

Lisboa 108 requerimentos exclusivamente pedindo provisões régias para que se efetuasse a demarcação de sesmarias.

Tal postura é observada em, praticamente, todo o período colonial. Em 1623, as duas herdeiras do ex-capitão-mor da capitania do Pará, Francisco Caldeira de Castelo Branco, escreveram ao rei Filipe III pedindo que fosse declarado quem faria a diligência, ou seja, a demarcação e posterior confirmação de suas sesmarias<sup>3</sup>. Em 1774, Frutuoso José Correia requereu que se determinasse ao juiz das sesmarias de Pitangui, capitania de Minas Gerais, providências quanto à demarcação das terras que possuía nas cabeceiras do Jacuba<sup>4</sup>. Já no ano de 1782, Francisca Maria de Melo e José Veloso da Silva pediram provisão para que se lhes tombassem terras de que eram possuidores na margem do rio Aguaçu, freguesia de Nossa Senhora da Piedade, na capitania de Minas Gerais<sup>5</sup>.

Em 1789, João Paes Mascarenhas, morador da vila de Porto Calvo, na atual região de Alagoas, escreveu à rainha Dona Maria I para que ordenasse ao ouvidor geral da Comarca de Alagoas para proceder à demarcação e ao tombo de sua sesmaria, ou seja, ao registro desta nos livros oficiais<sup>6</sup>. Em sua petição, João Mascarenhas solicitava que se o ouvidor-geral estivesse impedido, já fosse nomeado Francisco José de Sales, que tinha sido ouvidor de Pernambuco. Isso comprova que os moradores estavam bem informados do procedimento e chegavam mesmo a sugerir outro ministro por conta própria, no sentido de apressar o procedimento, em vez de esperar que o Conselho Ultramarino enviasse carta indicando, de forma genérica, que o governador nomeasse um ministro. Ao mesmo tempo, o fato de indicar alguém que tivesse ocupado o cargo de ouvidor anteriormente podia desencadear uma dúvida compreensão: por um lado, poder-se-ia admitir que o morador tinha conhecimento de que aquele ministro, por ter sido ouvidor, sabia como realizar uma demarcação, podendo por isso executá-la. Por outro lado, poder-se-ia cogitar a possibilidade de o morador conhecer o ouvidor, razão pela qual lhe daria preferência, mesmo porque tal aproximação decerto lhe poderia ser bem mais favorável não só na agilização do processo.

Em 1794, o capitão Tomás Aniceto de Macedo Nunes escreveu ao príncipe regente, Dom João, solicitando que se lhe passasse provisão dirigida ao ouvidor ou, na sua falta, ao juiz de fora, para resolver as contendas relativas às sesmarias na capitania do Maranhão<sup>7</sup>. Três anos depois, movido pelo problema da falta de pessoal para seguir com o processo de legalização da sesmaria, Inácio Cardim de Oliveira, morador na vila de Porto Calvo, enviou quatro requerimentos referentes a duas sesmarias que havia adquirido por meio de compra<sup>8</sup>. Contudo, fez o processo inverso: primeiro solicitou a confirmação de ambas as sesmarias para, depois, demandar a

---

3. REQUERIMENTO de Maria e Francisca Cabral Castelo Branco, para o rei [D. Filipe III], Pará, Cx. 1, Doc. 25, AHU.

4. REQUERIMENTO de Frutuoso José Correia, Minas Gerais, Cx. 107, Doc. 46, AHU.

5. REQUERIMENTO de Francisca Maria de Melo e José Veloso da Silva, Minas Gerais, Cx. 118, doc. 64, AHU.

6. REQUERIMENTO de João Pais Mascarenhas à rainha [D. Maria I], Alagoas, Cx. 3, Doc. 4, AHU.

---

demarcação. Como a diferença de datas entre os requerimentos foi de apenas duas semanas, não haveria tempo para que o próprio Conselho o alertasse da necessidade de demarcação antes do pedido de confirmação. Acredita-se que alguém, na própria colônia, o tenha orientado a encaminhar o pedido de demarcação e solicitar a nomeação de ministro. Mais uma vez, o fato de se ter de encaminhar um requerimento ao rei para que autorizasse a demarcação mostra a disposição de alguns moradores em fazer valer o direito de ter sua sesmaria demarcada. Não se sabe se Inácio Cardim de Oliveira logrou seu intento, pois tanto nas Chancelarias quanto no Registro Geral de Mercês não se encontra nenhum registro em seu nome que comprove ter sua sesmaria confirmada pelo rei em Lisboa.

Os requerimentos encaminhados à Coroa foram importantes instrumentos por parte dos sesmeiros no sentido de se comunicar com as autoridades máximas e exigir o cumprimento de suas necessidades e direitos na busca de obter os seus títulos conforme as ordens reais. Além disso, os próprios requerimentos representavam uma resposta que podia ser utilizada em prol do melhoramento da administração imperial.

Além dos milhares de requerimentos de sesmeiros, havia também cartas escritas pelas próprias autoridades coloniais<sup>9</sup>. O provedor da Fazenda Real da capitania do Rio Grande (do Norte), Teotónio Fernandes Temudo, em 1742, denunciava o fato de muitas datas de sesmarias não estarem medidas e demarcadas, contribuindo para um número elevado de situações consideradas por ele como irregulares, o que impossibilitava a ocupação, por novos moradores, de forma regular<sup>10</sup>.

Também o juiz de fora e provedor da Fazenda Real do Maranhão, Gaspar Gonçalves dos Reis, escreveu uma carta ao rei D. José, em 1754, sobre a necessidade de proceder à demarcação de terras na Parnaíba, na capitania do Piauí, devido aos abusos praticados na marcação da fronteira destas<sup>11</sup>.

Aliás, a demarcação de sesmarias na capitania do Piauí era uma constante fonte de problemas, como se verá, de forma mais aprofundada, posteriormente. Em 1771, o governador do Piauí, Gonçalo Lourenço Botelho de Castro, escreveu ofício ao secretário de estado da Marinha e Ultramar, Martinho de Melo e Castro, sobre a notícia de que o provedor da Fazenda Real do Piauí propusera que se demarcassem as terras dadas em sesmaria, para evitar litígios entre a população; em particular, os problemas que isso poderia trazer devido às despesas das demarcações e a perturbação do direito antigo de legítimas posses<sup>12</sup>. Interessante a preocupação dessa autoridade com respeito aos antigos possuidores de terras, fossem eles legítimos possuidores ou não. Mas

---

9. Foram levantados nos catálogos dos avulsos 4.950 documentos relativos a sesmarias.

10. CARTA do provedor da Fazenda Real do Rio Grande do Norte, Teotónio Fernandes Temudo, ao rei [D. João V]". AHU – Papéis Avulsos, Rio Grande do Norte, Cx. 4, Doc. 58.

11. CARTA do juiz de Fora e provedor da Fazenda Real do [Maranhão], Gaspar Gonçalves dos Reis, ao rei [D. José]". AHU – Papéis Avulsos, Maranhão, Cx. 5, Doc. 325.

12. OFÍCIO do governador do Piauí, Gonçalo Lourenço Botelho de Castro, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Martinho de Melo e Castro. AHU – Papéis Avulsos, Piauí, Cx. 10, Doc. 12.

---

parece que tal ofício não surtiu o efeito desejado, vez que, no ano seguinte, se reiterou o pedido, enviando-se novo ofício, dessa vez ao secretário de estado do Reino e Mercês, marquês de Pombal, Sebastião José de Carvalho e Melo, sobre a necessidade de demarcar as sesmarias, dentre vários outros assuntos.

Em 1788, o governador do Maranhão, Fernando Pereira Leite de Foios, escreveu para a rainha Dona Maria I, tratando do modo de atribuir, demarcar e tombar as sesmarias. Em seu texto, queixava-se da desorganização de todo o processo e da forma pouco clara como alguns ministros atuavam<sup>13</sup>. Sua insatisfação parecia bem acentuada, pois, em duas semanas, voltou a escrever sobre o assunto; agora, por meio de um ofício enviado ao secretário de estado da Marinha e Ultramar, Martinho de Melo e Castro, relatando o estado calamitoso em que se encontravam as sesmarias e respectivas demarcações na capitania do Maranhão, queixando-se do procedimento dos antigos governadores e dos atuais responsáveis pela demarcação. Parece que o governador foi advertido, pois, já no ano seguinte, Fernando Pereira Leite de Foios reclamava à rainha D. Maria I sobre as repreensões aos seus procedimentos nas demarcações e tombos de sesmarias, efetuadas por três posições do tribunal do Conselho Ultramarino, datadas de 5 de Junho de 1789<sup>14</sup>. Márcia Motta, que estudou a questão das sesmarias no período mariano, confirma a existência de problemas nas demarcações e os inúmeros conflitos entre os confinantes, sempre bastante preocupados em obter a demarcação feita por oficiais, no sentido de publicizar sua posse e evitar contendas. Nessa época, final do século XVIII, quando a América portuguesa certamente estava mais densamente povoada e com maior número de senhores de terras, aumentava a luta pela garantia dos direitos de propriedade (MOTTA, 2009).

Na capitania de Minas Gerais, por sua vez, em 1770, o governador D. José Luís de Menezes, Conde de Valadares, escreveu a Francisco Xavier de Mendonça Furtado, secretário de estado da Marinha e Ultramar, informando, dentre outros assuntos, sobre o estado de abandono em que se achavam muitas sesmarias e sobre as medidas por ele tomadas para reativar a agricultura<sup>15</sup>.

Em 1795, o governador Dom Fernando António de Noronha, da capitania do Maranhão, escreveu para o secretário de estado da Marinha e Ultramar, Luís Pinto de Sousa Coutinho, queixando-se do procedimento do juiz de fora nas demarcações das terras concedidas por sesmaria<sup>16</sup>. Novamente, na capitania de Minas Gerais, no ano de 1802, Manuel Rodrigues Rebelo, lavrador e mineiro, pedia providências contra o método “ilegal” da concessão das datas de

---

13. OFÍCIO do governador do Maranhão, Fernando Pereira Leite de Foios, para a rainha D. Maria I, Maranhão, Cx. 72, Doc. 6265, AHU; OFÍCIO do governador do Maranhão, Fernando Pereira Leite de Foios, para o secretário de estado da Marinha e Ultramar, Martinho de Melo e Castro. AHU – Papéis Avulsos, Maranhão, Cx. 73, Doc. 6273.

14. CARTA do governador e capitão-general do Maranhão e Piauí, Fernando Pereira Leite de Foios, para a rainha D. Maria I. AHU – Papéis Avulsos, Maranhão, Cx. 74, Doc. 6415.

15. CARTA de D. José Luís de Menezes, Conde de Valadares e governador de Minas, para Francisco Xavier de Mendonça Furtado, secretário de Estado da Marinha e Ultramar. AHU – Papéis Avulsos, Minas Gerais, Cx. 97, Doc. 2.

16. REQUERIMENTO do capitão António João Belas. AHU – Papéis Avulsos Minas Gerais, Cx. 91, Doc.

---

sesmarias feitas pelo governador<sup>17</sup>.

Toda essa correspondência evidencia que a demarcação sempre foi um problema, tanto para aqueles sesmeiros que pretendiam ter sua sesmaria demarcada, evitando problemas futuros de uma possível invasão de suas terras, quanto para as autoridades que se viam diante de um grande número de posseiros que não demarcavam suas terras, pois as percebiam como suas por estarem ocupando-as, sem necessidade de outros trâmites burocráticos. Isso, na verdade, poderia, fatalmente, gerar conflitos, uma vez que não se sabia ao certo se as terras ocupadas por eles já pertenceram a alguém que não as houvesse aproveitado. A cultura jurídica da sociedade colonial que envolvia as sesmarias colocava-se de forma complexa, uma vez que permitia o entendimento de que a posse, como legitimadora do domínio útil, era suficiente, possibilitando aos posseiros sustentar essa argumentação ao longo do século XVIII, como se verá adiante.

Mas como deveriam ser realizadas, na prática, as demarcações? Em sua obra *Prática Judicial*, o desembargador António Vanguerve Cabral orienta como deveriam ser redigidos os documentos para efetivar os procedimentos relativos à demarcação.

### **António Vanguerve Cabral e sua Prática Judicial**

António Vanguerve Cabral foi um praxista que deixou duas obras: *Pratica judicial, muyto útil, e necessária para os que principião os officios de julgar, e advogar e para todos os que solicitação causa nos Auditorios de hum, e outro foro* (1712)<sup>18</sup>; e *Epilogo Juridico de vários casos cíveis, e crimes concernentes ao especulativo, & pratico* (1719). Pouco se sabe da vida de Vanguerve, mas se tem conhecimento de que atuou como ouvidor na capitania de Itamaracá, uma vez que, às vezes, exemplifica seus arrazoados com as experiências da América portuguesa.

Segundo Bruno Zaroni, os autores praxistas estariam preocupados em escrever, de forma a guiar como se deveria atuar nos processos judiciais. Para tanto, a “jurisprudência formularia”, com base em casos práticos, no sentido de auxiliar aqueles que iriam iniciar a carreira advocatícia nos vários tipos de processos, tanto cíveis quanto criminais (ZARONI, 2014, p. 72). O próprio título do livro de Vanguerve, *Prática Judicial*, já remete a essa abordagem. Além de Vanguerve, houve outros praxistas conhecidos, como Gregório Martins Caminha, que publicou *Forma de Libellos e Allegações; e forma de proceder no Juízo Secular, e Ecclesiástico, e dos Contratos com suas Glossas, e Cotas de Direito* (1549), e Manuel Mendes de Castro, com *A Pratica lusitana* (1619). Esses autores contribuíam para instruir os iniciantes quanto ao modo de elaborar um requerimento para determinada situação, bem como orientavam como as autoridades deveriam redigir seus documentos. Portanto, eram orientações com modelos a serem seguidos no sentido

---

17. REQUERIMENTO de Manuel Rodrigues Rebelo. AHU – Papéis Avulsos, Minas Gerais, Cx. 161, Doc. 17.

18. Candido Mendes, no volume 1 das Ordenações Filipinas por ele comentadas, coloca a data de 1712, com uma segunda edição de 1727, tendo mais seis edições. Já Gustavo Cabral apresenta essa obra com a data de 1730, mas deve ser uma das edições posteriores.

---

de facilitar a produção e homogeneizar a documentação jurídica produzida no período moderno.

Os praxistas diferem dos chamados decisionistas, uma vez que as *decisiones* seriam obras doutrinárias, com base em casos concretos, nas quais se comentavam as decisões dos tribunais. Os praxistas produziam guias, orientando sobre como proceder juridicamente em determinado assunto do direito (CABRAL, 2017).

Tome-se por ilustrativo o capítulo XX, da quarta parte do Prática judicial, que se refere estritamente ao processo de demarcação, intitulado-se “Em que se trata a praxe para se fazerem as medições de terras, por outro nome os prédios rústicos, que se chama em direito, *Praxis finium regundorum*”(CABRAL, 1846 [1730]).

No texto em foco, o praxista inicia o tópico explicando os quatro tipos de medição de terras existentes à época. Dois deles remetem mais diretamente aos casos da América portuguesa:

A primeira é, quando algum possuidor quer tratar de medir as suas terras, e por-lhe marcos, para a divisão dos mais possuidores de outras místicas<sup>19</sup>, e feita a demarcação, fazer tombo: para esta demarcação é necessário alcançar Provisão de Sua Majestade [...] quando for sentença final se mandam demarcar, ou dividir os prédios, ou prédio sobre que se litigou, a qual sentença foi confirmada na superior instancia, e nesta não é necessária Provisão, mas a mesma sentença<sup>20</sup>.

Após conseguir a provisão real para se proceder à demarcação, seria nomeado um ministro que deveria executá-la. Não obstante, na realidade colonial, fazia-se a demarcação, na maioria das vezes, sem a provisão régia, com a simples autorização do governador ou capitão-mor. Um contradito aos requerimentos mencionados anteriormente, com a solicitação do ministro ao rei, em tentativas, às vezes, desesperadas por não conseguir uma autoridade na colônia para tal ofício.

Segundo orientação de Vanguerve, o requerimento para a demarcação deveria iniciar assim:

Diz N.<sup>21</sup> morador em tal lugar, que lhe alcançou a Provisão junta de Sua Majestade para este efeito de demarcar as suas terras, e feita a demarcação, fazer tombo delas, para cujo efeito quer o suplicante fazer citar os vizinhos possuidores das terras vizinhas com quem partem as do suplicante, e juntamente nomear Vossa Majestade os demarcadores no dia que Vossa Majestade consignar. P. a Vossa Majestade lhe faça mercê mandar por seu despacho, que qualquer oficial de justiça cite aos vizinhos, ou hereos, das ditas

---

19. Terras místicas eram terras vizinhas, confinantes.

terras, ou outras pessoas a quem tocar a possessão às mais terras circunvizinhas, para o dia que Vossa Majestade assinar, se acharem no dito lugar por si, ou seus procuradores, em cominação de se fazer a demarcação a sua revelia. E R. M.

Após esse requerimento, viria o despacho. Mas vale ressaltar o fato de que Vanguerve oferece um exemplo para quem vivia no reino, provavelmente, cujo acesso ao rei era, por suposto, mais facilitado. Na América, esses requerimentos eram dirigidos aos governadores das capitânicas, aos ouvidores ou mesmo às câmaras.

A esse respeito, Vanguerve Cabral relata que vivenciou presencialmente umas medições de terras, nas quais teria atuado e se colocava como desconfiado dos medidores dos conselhos, o que não ocorreria se fossem usados pilotos experientes, pois os medidores dos conselhos fariam as medições com agulhões pequenos e, segundo Vanguerve, “à vista dos títulos antigos, ou crescia a terra, ou diminuía, conforme os rumos, que pelas agulhas iam os Pilotos correndo”. Por isso, recomendava o uso de pilotos experientes. Os documentos relativos ao Brasil mencionam pilotos da terra, mas infelizmente os agulhões não aparecem nos documentos, impossibilitando confirmar se havia o uso desse instrumento nas demarcações de terras na América<sup>22</sup>.

Depois do despacho, citar-se-iam os hereos<sup>23</sup>, indicando onde se faria a tal medição, com os medidores do conselho, ou com piloto, e seu ajudante que pegaria na ponta da corda, com que se haveria de medir. Com base no título apresentado e nas testemunhas, iniciava-se o processo demarcatório, que deveria ser registrado pelo escrivão, da seguinte forma:

Autos de demarcação.

Ano do nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo de mil, e setecentos, e tantos anos, aos tantos de tal mês do dito ano em tal lugar, perante o Doutor N. foi nomeado para juiz desta medição de terras, ou juiz nesta causa, ou louvado pelas partes; perante ele apareceu N. e por ele foi dito, e requerido, que N N. foram citados para a presente medição de terras, que os mandasse apregoar, e que não aparecendo, nem outrem por eles, à sua revelia desse princípio à desmarcação, ou vistoria; o que ouvido pelo dito juiz N. mandou, que preparado o necessário se desse o dito princípio à dita demarcação, e se principiasse a correr os rumos pela confrontação que o título do A. lhe dava, ou como a sentença manda, ou se principie vistoria por tal rumo, ou por tal parte. E eu escrivão que o escrevi.

De acordo com o auto de demarcação, as partes interessadas deveriam estar presentes,

---

22. Nas medições de fronteira externa, realizadas após os tratados com a Espanha, teriam sido utilizados instrumentos mais sofisticados.

23. Proprietários das respectivas terras. Do latim *erūs*, *herūs* ou *eerūs*.

---

bem como deveria haver testemunhas. Essa era uma prática, pois a questão da publicização do ato da demarcação era necessária para também legitimar o domínio do senhor daquelas terras a serem demarcadas. Os poucos casos de autos de posse existentes para a América portuguesa, estudados por Vanessa Lopes de Freitas, indicam que o interessado na demarcação tinha de andar pelo terreno, cortar árvores, fazer cruces com elementos encontrados no local, atirar porções de terra para o alto, bem como fincar estacas, ritos indicativos de que estaria possuindo aquela terra, conforme a *traditiosimbolica*. Depois o escrivão gritava no sentido de saber se alguém se colocava contrário àquela demarcação (FREITAS, 2012).

Vanguerve explica que, posteriormente, o juiz mandaria “vir perante si a corda com que se há de fazer a medição, e perante ele com os demarcadores, o Piloto, manda medir as braças que a corda tem, e declara se é de linho, ou de esparto”(CABRAL, 1846 [1730], p. 487). A corda era preparada, e se procedia ao juramento por parte dos medidores do concelho, eleitos por essa instituição, ou dos pilotos de corda, registrados pelo escrivão. No caso da América portuguesa, acredita-se que esses medidores do concelho faziam apenas medições nos núcleos urbanos. E os pilotos, quando havia, eram utilizados nas áreas rurais. Vanguerve, mais uma vez, orienta como deveria ser o termo de juramento do piloto:

Termo de juramento ao Piloto N. e ao seu ajudante de corda N.

E logo no dito dia, mês, e ano (ou em tal dia) perante o Doutor N. aparecerem N. Piloto, e seu ajudante N. (E se o ajudante da corda for também Piloto, muito melhor será) e pelo dito juiz lhe foi dado o juramento dos Santos Evangelhos do qual lhe encarregou, que bem, e verdadeiramente corresse os rumos da agulha, principiado pelo que fazia menção o título do A. ou a sentença manda, ou por onde se há de fazer a vistoria, não acrescentando, nem diminuindo dos que os ditos rumos da agulha mostram, e que declare os finais, ou final donde principia, que são alguma árvore, ou arvores de tal casta, ou por marco, etc. para tudo se declarar no auto de princípio da dita demarcação, divisão, ou vistoria, e logo o dito Piloto, N. e seu ajudante N. assim o prometerão, de que fiz este termo de juramento, em que assinarão com o dito doutor N. e eu N. escrivão, que o escrevi. E assina o juiz; e logo assinam o Piloto e o seu ajudante da corda.

Feito esse termo de juramento, o juiz perguntava se a agulha para a demarcação estava “certa e preparada (...) capaz de se correrem os rumos”. Então se principiava a vistoria com a presença do escrivão, do piloto, de seu ajudante, e das partes. O autor do requerimento, isto é, o sesmeiro, deveria mostrar o título das terras, onde constariam os pontos limites a serem demarcados.

Finalmente, iniciada a demarcação, de fato, o juiz e o escrivão, em companhia do Piloto, andavam pelo terreno, onde se tomavam por assento as braças, sendo medidas. Ao fim do dia, o escrivão relatava outro termo na forma seguinte:

---

Aos tantos de tal mês, e ano, o Piloto N. e seu ajudante, mediram tantas braças pela corda que foi dada para esta demarcação, o que eu escrivão dou por fé, e de como assim as mediram, assinaram este termo, e eu N. escrivão que o escrevi. Assina o Piloto, e seu ajudante com seus nomes inteiros.

Esse processo continuaria pelos dias que fossem necessários até que se findasse a demarcação. Vanguerve adverte, nas suas orientações, que “o juiz era obrigado a assistir com seu escrivão em todos os dias que se faz a demarcação, porém não podendo, ou tendo ocupação, sempre há de assistir o escrivão em companhia do Piloto”. Dever-se-ia ter especial atenção aos marcos, pois eram os pontos nos quais deveria ser posta alguma marcação que indicasse o fim do terreno, para evitar tanto um avanço dos vizinhos quanto uma ampliação da terra do autor do pedido. A colocação de um marco também tinha seu registro próprio, sendo este assinalado pelo próprio piloto, na presença de duas testemunhas, tudo no sentido de evitar contendas e embargos. Entretanto, os marcos, em geral, eram passíveis de certa mutabilidade, pois eram árvores, pedra ou outros elementos naturais.

Estabelecido o marco, o Piloto continuava com a demarcação, pelos mesmos rumos de que o título fazia menção. A importância da presença dos vizinhos era evidente pois eram eles que também garantiam que os marcos fossem colocados nos lugares corretos e reforçavam mais uma vez a publicização da demarcação. Era justamente nesses momentos que havia a possibilidade de solicitar um embargo (interdicto possessório), quando alguém contestasse e mostrasse seu título comprovando que os limites estavam sendo ultrapassados; a demarcação era suspensa momentaneamente<sup>24</sup>.

Ao menos foi isso que Vanguerve testemunhou quando das medições de terra “que por sentença que alcançaram os religiosos de São Bento da cidade de Olinda de Pernambuco, contra o capitão Antônio Borges Lobo, no ano de 1700”. Essa medição foi feita pelo desembargador Cristóvão Tavares de Moraes (SUBTIL, 2010, p. 142)<sup>25</sup>. O praxista, como ouvidor na Capitania de Itamaracá no ano de 1704, também participou diretamente na demarcação de umas terras em litígio entre o alferes Manoel Bezerra e o alferes Francisco Álvares, e da vistoria das terras da Igreja de Nossa Senhora do Pilar da Ilha de Itamaracá, em disputa com o alferes Antônio Correia. No caso dos embargos, as duas partes eram ouvidas, bem como os que participaram da demarcação.

Após a sentença final sobre os embargos, mandava-se “requerer a parte vencida, para se tirar o marco, ou ficar, ou correr os rumos da demarcação, conforme a sentença mandar”; nesse caso, também com a presença de juiz e testemunhas.

---

24. Com relação aos embargos, o praxista Gregório Martins Caminha, mencionado acima, ensinava como fazer libelo, um aparte que se dispensa nesta abordagem que visa apenas analisar a demarcação. E de qualquer forma, os embargos e agravos não impediam a continuidade do processo demarcatório.

---

Vanguerve fazia uma ressalva específica no tocante às sesmarias:

E quando as terras forem dadas por sesmarias, se hão de dar pessoa, ou pessoas, que dentro em tanto tempo as aproveitem, e passado o dito tempo, e não as cultivando, se podem dar por sesmaria a outra pessoa, que as aproveite; e não se aproveitando, nem cultivando no dito tempo, se podem requerer por vagas para se darem a pessoa, que as requerer: porém aquela pessoa, **a quem primeiro se deram, deve ser ouvida juntamente com a que requer a sesmaria, para se averiguar a causa, que teve para não tratar de cultivar as terras no tempo, em que lhe foram dadas de sesmaria.** E nesta matéria se deve observar o que dispõem a *Ord. lib. 4. tit. 43.*(CABRAL, 1846 [1730], p. 488).

O entendimento de Vanguerve era o de que, apesar de o sesmeiro que recebeu a terra não a cultivar, podendo esta terra ter sido concedida a outro, o primeiro sesmeiro ainda deveria ser consultado para se saber o que o teria levado a não cultivá-la. Mas, nesse caso, o segundo sesmeiro deveria saber que havia um anterior, o que não se aplicava aos posseiros que, em geral, acreditavam que as terras que ocupavam estavam livres de qualquer domínio ou, ao menos, queriam acreditar. Isso adverte para o fato de que ninguém deveria apossar-se de terras sem investigar se estas já pertenciam a alguém.

Vanguerve finaliza essa parte sobre o tema das demarcações, em sua *Prática Judicial*, fazendo o seguinte esclarecimento:

Escrevi esta praxe acerca das demarcações de terras por ser muito usada, e poder suceder fazerem-se e posto que *Leitão in prax. fin, regund.* a tratou doutissimamente, foi mais no especulativo, do que no pratico; e conselho, que se a não vira fazer, em uma a que assisti, sendo advogado, não me parece não a faria com acerto, e circunstancias tão necessárias, como depois a pratiquei em quatro que fiz, e por isso fiz observação dela para a escrever, e se aproveitar quem principia o officio de julgar, e o de advogar, para requerer o que fizer a bem de seis constituintes em os autos. Também escrevi acerca das sesmarias, para onde não há letrados, saberem que coisa seja sesmaria, e vejam a Ordenação alegada acerca dela.(CABRAL, 1846 [1730], p. 491).

Parece indubitável a preocupação de Vanguerve em facilitar o trabalho daqueles que iriam iniciar os officios relativos ao direito e em esclarecer, ao responsável pela fiscalização das sesmarias, como deveria ser feito o processo demarcatório de terras no reino e na América. É

---

25. Natural de Funchal, atuou no Reino como juiz de fora e corregedor; na América portuguesa, atuou na Relação da Bahia e na Superintendência do Registro e arrecadação do tabaco da Bahia.

---

certo que sua obra espelha-se em sua experiência, mas também ancora-se nos juristas da época, a exemplo de Jorge de Cabedo, o próprio Mateus Homem Leitão (LEITÃO, 1695) e alguns nomes consagrados do direito comum (*ius commune*), como Baldo, não deixando ainda de guiar-se pelas Ordenações, no caso das sesmarias.

Embora se disponha de um guia detalhado sobre como proceder a uma demarcação de terras, nesse capítulo XX, constata-se que, na América portuguesa, tal roteiro não era seguido fielmente.

Para o caso da América portuguesa, havia dois tipos de processos demarcatórios: o que era ordenado diretamente pelo rei ou outra autoridade, no sentido de fazer uma verificação coletiva das terras, quase uma devassa, como as que os desembargadores João Puga de Vasconcelos e Cristóvão Soares Reimão fizeram, e o que era feito individualmente a partir daqueles requerimentos individuais (autos de posse). Para as devassas, existe correspondência e relatórios dos ministros nomeados, entre os quais já se analisaram alguns. Para os processos demarcatórios, o Arquivo Nacional do Rio de Janeiro possui enorme acervo, mas bem do final do século XVIII ou início do século XIX, que ainda não foi utilizado pelos pesquisadores.

### **A prática nas demarcações do princípio do século XVIII nas Capitânicas do Norte do Estado do Brasil**

A primeira notícia de demarcação existente na América portuguesa ocorreu já em 1614, na capitania do Rio Grande do Norte (PORTO, 1965; MOTTA, 2009). Essa demarcação foi ordenada pelo rei Filipe II de Portugal, no período da união ibérica, em virtude de denúncias contra Jerônimo de Albuquerque e contra os jesuítas. É de se estranhar que uma capitania, cuja colonização havia iniciado em 1598, com a fundação da cidade do Natal, em 1599, já tivesse problemas agrários. Elenize Trindade Pereira apresenta a hipótese de uma possível rivalidade entre um padre secular, Gaspar Gonçalves da Rocha, e a ordem jesuítica, uma vez que, ao analisar detalhadamente o Auto de Repartição, a autora percebeu que o padre era um sesmeiro com cinco sesmarias, mas com tamanho bem inferior às sesmarias dos jesuítas que tinham seis. Sua hipótese é a de que o padre teria denunciado os jesuítas e também Jerônimo de Albuquerque, por este ter dado 12 léguas aos filhos (PEREIRA, 2014).

O Auto de Repartição é o primeiro registro de uma tentativa de controle por parte das autoridades sobre a distribuição de sesmarias. Foram averiguadas pela comissão 186 sesmarias, embora muitas delas já estivessem devolutas à época, pois muitos fugiram dos ataques indígenas. Por ser ainda um período inicial da colonização naquela área, sendo os núcleos de Olinda e Salvador os mais dinâmicos, não havia pessoas especializadas em demarcação de terras, embora se contasse com um desembargador e um escrivão. Conforme se observou, a equipe que António Vanguerve Cabral mencionou como sendo indispensável em um auto de demarcação – escrivão, piloto de cordas, ajudante, ministro e testemunhas – não difere tanto da comissão de 1614, composta por Alexandre de Moura, capitão-mor de Pernambuco, Manoel Pinto da Rocha,

desembargador e ouvidor-geral do Estado do Brasil, Tomé Domingues, escrivão, e as testemunhas Manoel Rodrigues (considerado um dos moradores mais antigos) e o próprio vigário. A única ausência é a do piloto de cordas.

A questão de conflitos de terras envolvendo poderosos e as relações destes com os homens da justiça já foi abordada por Stuart Schwartz em seus estudos sobre a capitania da Bahia. Em *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*, já mencionava o fato de a justiça ser controlada por juízes cujos interesses imbricavam-se com os das famílias senhoriais de engenho. A morosidade ou a eficácia da justiça dependiam da conveniência dos agentes envolvidos. Também em sua outra obra, *Segredos Internos*, Schwartz mencionou vários conflitos entre donos de engenhos, relacionados a questões demarcatórias que foram parar nos tribunais. Trata ainda sobre a dificuldade de se encontrar pessoas idôneas, considerando o fato de haver diversas acusações de suspeição de juízes, denunciados pelas partes (SCHWARTZ, 1988).

Desse modo, o processo de colonização e interiorização na América portuguesa transcorreu lentamente, adotando-se o sistema de sesmarias como forma principal de distribuição de terras (LIMA, 1954; PORTO, 1965; SILVA, 1996; MOTTA, 1998). Tal sistema, pensado para resolver problemas de abastecimento em Portugal, em 1375 (RAU, 1982; CASTRO, 1964)<sup>26</sup>, e recorrente na colonização do Atlântico, teve de ser aperfeiçoado à medida que novas situações eram apresentadas no decorrer da ocupação territorial e da consolidação da sociedade colonial. Os agentes da Coroa, tanto no reino quanto nas conquistas, discutiam as melhores soluções para dirimir problemas lacunares das Ordenações régias. É sabido que, nos dois primeiros séculos da colonização, as sesmarias foram distribuídas com extensas dimensões, fruto da própria falta de especificações nas Ordenações<sup>27</sup>, mas também da visão de que, diante de tantas terras, não seria problema a cessão de grandes extensões.

Um projeto de governo, com maior tentativa de centralização, foi-se constituindo desde a Restauração, com Dom João IV (1640- 1656), passando por Afonso VI (1656-1683), mas foi consolidado somente com Dom Pedro II (1683-1706), como destacou Maria de Fátima Gouvêa (GOUVÊA, 2001; CRUZ, 2015)<sup>28</sup>. E, a partir do momento no qual as conquistas na América passaram a receber mais atenção por parte das autoridades reinóis, este projeto formulou, no tocante às sesmarias, uma gama de ordens reais regulamentando pontos antes não contemplados pelas Ordenações<sup>29</sup>. As novas diretrizes resultaram em uma tentativa ampla de regulamentação da

---

26. O estudo de Virgínia Rau analisa a origem do sistema no período medieval português e mostra como a peste negra e outros fatores provocaram crises de fome, levando a Coroa a implementar o regime sesmarial para fomentar a produção agrícola.. Já Armando Castro afirma que a legislação sesmarial seria uma forma de maior controle sobre a terra por parte daqueles que efetivamente a poderiam cultivar, alijando o campesinato.

27. Ademais, registra-se que, no reino, as sesmarias eram distribuídas por sesmeiros membros da municipalidade, sendo seis os sesmeiros para regular as terras no termo; na América portuguesa, eram os governadores ou capitães-mores, junto com provedores, que assumiam esse papel para as capitanias, sendo que as dimensões territoriais eram muito maiores do que os termos de vilas.

28. O autor Miguel Dantas Cruz aborda os conflitos existentes entre os conselhos criados pós-Restauração e a coroa, bem como suas articulações por trás da organização dos conselhos.

---

posse de sesmarias em praticamente todas as capitanias, inclusive com a instituição de um foro anual, o que configurava uma mudança no estatuto jurídico das doações. Exceções, entretanto, permaneceram, evidenciando o caráter daquela sociedade movida ao gozo de privilégios, bem característica desse período.

Faz-se necessário abordar dois aspectos: de um lado, as mudanças ocorridas na legislação sesmarial, sobretudo na década de 1690, as quais resultaram na cobrança de foro régio e alguns processos demarcatórios, situação vivenciada pelas Capitanias do Norte do Estado do Brasil, que culminou em disputas de jurisdições; de outro, a manutenção de privilégios para aqueles que lutavam “bravamente” contra grupos indígenas e negros, caso das tropas, principalmente do Terço dos Paulistas, que atuaram contra o Quilombo dos Palmares, e na chamada Guerra dos Bárbaros. Na última década do século XVII, no reinado de Dom Pedro II, houve um aumento da regulação sobre o sistema sesmarial a partir da definição de limites máximos para as sesmarias e da consequente necessidade de diligências para verificar tanto seu tamanho quanto sua demarcação e, principalmente, se haviam sido aproveitadas com a agricultura ou com a pecuária. Entre as ordens régias mais importantes estavam a de 1697, que, finalmente, deliberava sobre o tamanho da terra (ALVEAL, 2015), e a provisão de 1699, que estabelecia a cobrança de foro real sobre as sesmarias das Capitanias do Norte do Estado do Brasil – esta última resultaria em inúmeros problemas, desde o processo demarcatório, passando pela questão da nomeação da autoridade responsável pela concessão das sesmarias, e culminando em conflitos de jurisdição e críticas quanto à atuação das autoridades coloniais que não cumpriam a nova orientação.

Em fins do século XVII, precisamente em 20 de janeiro de 1699, uma provisão dada pelo rei, estabelecendo a cobrança de foro proporcionalmente ao tamanho que as sesmarias deveriam ter, configurou-se como uma primeira tentativa de controlar a terra, mediante a atribuição de um valor aferido por sua dimensão. Tal provisão foi endereçada ao governador da Capitania de Pernambuco (NOZOE, 2006; PORTO, 1965; LIMA, 1954)<sup>30</sup>, para as Capitanias do Norte do Estado do Brasil sob sua jurisdição, ficando assim fora dessa regulamentação as Capitanias da Bahia e do Centro-Sul, bem como o Estado do Maranhão e Grão Pará. Embora inicialmente não houvesse especificações do valor a ser cobrado, a provisão indicava uma real possibilidade de aprimorar o controle sobre o sistema sesmarial. Além disso, data justamente do mesmo quinquênio em que várias outras provisões trataram do tamanho das sesmarias (VARNHAGEN, 1981, p. 265). E até aquele momento elas tinham extensões muito largas, o que causou inúmeras reclamações de outros moradores e mesmo acusações de usurpação (PORTO, 1965; MOTTA, 1998; NEVES, 2005; ALVEAL, 2007). A ordem régia, portanto, pode ser entendida como uma tentativa de limitar o tamanho das terras concedidas em sesmarias; nessa perspectiva, a cobrança de foro colocava-se como um limite “natural” à grande extensão, no sentido de que o ônus total que incidia sobre a sua doação acabava por tornar-se um custo não desejado pelos sesmeiros.

---

29. Ressalte-se também a vitória dos moradores de Pernambuco e das capitanias vizinhas sobre os holandeses, fortalecendo os laços de vassalagem entre o reino e essas regiões. Ver MELLO (2007).

---

Faz-se necessário esclarecer que, quando o foro passou a ser cobrado, houve uma mudança jurídica no estatuto do sistema sesmarial, alterando-se os direitos de propriedade anteriormente estabelecidos pela Coroa: uma vez que a concessão era condicionada ao usufruto da terra (MOTTA, 1998), a partir do momento em que se passava a cobrar o foro, sinalizava-se que a Coroa tinha o entendimento de que as terras lhe pertenciam, configurando-se, então, uma relação de enfiteuse (PORTO, 1965), e não apenas uma mercê condicional, como era o caso das sesmarias. Com isso se modificavam, temporariamente, os direitos de propriedade relativos às sesmarias, cuja condição maior era o cultivo; agora, no caso das Capitânicas do Norte, passava a ser o pagamento do foro régio anual. Foi justamente essa mudança no entendimento dos direitos de propriedade sobre as sesmarias (de mercê condicional à enfiteuse) que provocou algumas incertezas nas autoridades coloniais ligadas diretamente à fiscalização e à concessão destas<sup>31</sup>.

Apesar de a cobrança de foro real ter enfrentado dificuldades inerentes à administração colonial, em alguns casos ela foi de fato perpetrada, sendo ratificada diversas vezes pela Coroa e pelas próprias autoridades coloniais. O primeiro problema suscitado pela nova medida referiu-se à sua aplicabilidade. Falava-se em cobrança embora não se tivesse estabelecido quem seria o agente que assumiria este encargo. Assim, Fernando Martins Mascarenhas de Lencastro, Governador de Pernambuco, reuniu-se, no Palácio das Torres, em junta também composta pelo Bispo Francisco de Lima, pelo Ouvidor Geral, Manoel da Costa Ribeiro, e pelo Procurador da Coroa e Fazenda, Antonio Rodrigues Pereira, oportunidade em que se procedeu à leitura da provisão real, datada de 20 de janeiro de 1699, expedida pelo Conselho Ultramarino<sup>32</sup>.

A junta definiu que em toda légua de terra dada em sesmaria fosse estabelecido foro equivalente a seis mil réis em áreas cuja distância fosse de até 30 léguas do Recife, considerando-se a sua melhoria pela vizinhança da cidade. No caso de distância superior, o valor seria de quatro mil réis. Para assegurar a boa arrecadação dos ditos foros, previa-se, nas doações de sesmarias, a verificação das confrontações, juntamente com a data em que foram feitas, de modo a possibilitar a cobrança do foro anual. O estranho é que se criou uma qualidade hierárquica relativa à distância do “centro” da capitania, pois, para as autoridades, o Recife era colocado como parâmetro. E também causa estranhamento a ausência de discussão sobre a produtividade da terra, ou algo semelhante, princípio fundamental da lei de sesmarias. Portanto, o fato de a sesmaria ser cultivada ou não ficou em segundo plano.

Os registros relativos a confrontações das terras eram enviados ao Governador e Capitão

---

30. O Governador Geral e também governador da capitania da Bahia, Dom João de Lencastro, recebeu uma carta mencionando exatamente o mesmo assunto, mas também se referindo à cobrança de foro nas áreas de Pernambuco. Alguns autores, como Nelson Nozoe, Rui Cirne Lima e Costa Porto, apresentam essa ordem régia como se ela tivesse sido aplicada em todo o Estado do Brasil. Entretanto, a pesquisa constatou que apenas as Capitânicas do Norte ficaram sujeitas a ela. O porquê de apenas essa região ter ficado vinculada ao foro ainda não foi possível verificar. Caso se pense em uma tentativa de reduzir as posses dessa área, cabe mencionar que em todas as capitânicas havia sesmarias com extensões exageradas, não sendo especificidade das Capitânicas do Norte do Estado do Brasil.

31. Foi temporário, pois, como se verá adiante, o próprio Conselho Ultramarino afirmaria que nas Ordenações não

General de Pernambuco, que os remetia aos capitães-mores das freguesias e distritos em que haviam sido cedidas as datas. Depois de cobradas, deveriam ser encaminhadas ao almoxarife, espécie de tesoureiro real encarregado de cobrar os impostos, portanto responsável pela cobrança de foros na capitania de Pernambuco, que teria mais dois livros rubricados pelo provedor (um deles escrito pelo seu escrivão da Receita), os quais lhe serviriam de relação do que cobrar e das despesas que se houvesse de fazer<sup>33</sup>. No caso dos livros em que o provedor era o supervisor responsável, incluía-se o registro do pagamento dos novos direitos. Após definidos os valores do foro e quem os receberia, no que concerne às Capitânicas do Norte, as demarcações ainda levaram um tempo para ser iniciadas.

Tal como na situação mencionada, para calcular o foro real, o tamanho da sesmaria era uma qualidade muito relevante. O Conselho Ultramarino ordenou que se procedesse às medições, em 3 de março de 1702, bem como à verificação do cultivo das sesmarias em Pernambuco, e fez divulgar editais anunciando que sesmeiros e donatários deveriam apresentar suas confirmações e cartas em um prazo de seis meses<sup>34</sup>. Os editais notificavam, ainda, sobre o prazo de dois anos para demarcar as terras judicialmente. Alguns desembargadores foram nomeados para tratar das medições, significando que passavam a ter seus pagamentos vinculados ao pagamento feito pelos próprios sesmeiros, pela demarcação, sendo o valor *pro rata*<sup>35</sup>.

Em 6 de junho de 1703, o desembargador da Relação da Bahia, João de Puga de Vasconcelos (SUBTIL, 2010, p. 292)<sup>36</sup>, foi indicado para proceder ao exame das terras, sendo assim apresentado: “por se ter boa opinião das terras, inteireza e capacidade deste ministro e que nesta comissão se haverá muito conforme as obrigações da sua pessoa e ao que convém do serviço de Vossa Majestade”<sup>37</sup>.

Assim como no caso de outro desembargador, Cristovão Soares Reimão, nomeado para idêntica diligência nas Capitânicas da Paraíba, Rio Grande e Ceará, tinha sua remuneração “ausentada” quando do embarque, passando a ser pago pelos próprios sesmeiros e donatários *pro rata*. Ademais, deveria este ser assistido pelos capitães-mores e oficiais da câmara em toda e qualquer situação em que essa ajuda se fizesse necessária.

O fato de a remuneração do magistrado ser suspensa pela Coroa e imediatamente substituída por pagamentos realizados pelos próprios sesmeiros à proporção que suas terras fossem medidas é relevante para ilustrar o custo envolvido na demarcação de uma sesmaria, e igualmente importante para explicar o impedimento de parte da população que não poderia arcar com o ônus da demarcação, sendo assim impedida, na prática, de receber o documento oficial ou de ter acesso à terra. Mas não se deve descartar também a possibilidade de que alguns não

---

estava prevista cobrança nenhuma, à exceção do dízimo. Entretanto, muitos sesmeiros que pagaram pelo foro, passaram a defender a ideia de que, ao pagar o foro, estariam isentos da necessidade da obrigatoriedade do cultivo. Por isso, afirma-se que houve mudança no entendimento dos direitos de propriedade.

32. CARTA régia (cópia) do rei [D. Pedro II] a Fernão Martins Mascarenhas de Lencastro [governador da capitania de Pernambuco] ordenando a continuidade da cobrança dos foros às pessoas que receberam sesmarias, 28 de setembro de 1700. AHU–Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 19, Doc. 1845.

quisessem de fato pagar, preferindo empregar o dinheiro em algo que considerassem mais útil, ou se negassem a isso por acreditar ser um abuso por parte da Coroa.

O desembargador João de Puga de Vasconcelos procedeu à diligência, juntamente com o escrivão das sesmarias de Pernambuco, Damazo Saraiva de Araújo, e mais alguns oficiais. Não se tem a data do início dessa diligência, mas seu relatório final é de 12 de janeiro de 1706. Ao final de sua jornada, havia examinado por volta de 44 léguas, cerca de 290 quilômetros, correspondentes a 63 sesmeiros<sup>38</sup>.

A realização da diligência revelou-se bastante árdua para essa autoridade colonial, tanto que no próprio ano de 1706, em 30 de agosto, o desembargador escreveu ao Conselho Ultramarino solicitando que não mais fosse nomeado para tal tarefa, principalmente por haver falta de pessoal na Relação da Bahia, onde pretendia voltar a servir. Entre as várias justificativas por ele apresentadas constava a questão da distância, já que, em lugar de percorrer as supostas 14 léguas como se pensava inicialmente, andara muito mais para verificar os títulos possuídos pelos sesmeiros e confirmar se as sesmarias estavam ou não cultivadas. Alegava ele, principalmente, que o trabalho era áspero, oferecendo perigos diante dos vários achaques sofridos devido a acusações de que teria enriquecido nas jornadas ao interior. Finalizava sua carta queixando-se do clima e de que tinha cinco filhos de pouca idade que ficaram em Salvador. O Conselho considerou suas razões e o mandou servir novamente na Relação da Bahia<sup>39</sup>.

A partir da mencionada alegação de enriquecimento pessoal, pode-se perceber a reação dos moradores à obrigatoriedade do pagamento pela medição da terra ou mesmo ao valor que lhe era atribuído, por eles considerado inaceitável. Nesse conjunto de documentos, não há registro do valor recebido pelo magistrado; tampouco se esse montante correspondia a uma porcentagem sobre o arrecadado<sup>40</sup>. Mas em outro registro faz-se referência a isso. Como João de Puga de Vasconcelos atuava como juiz de fora de Olinda, recebia 150 mil réis por esse cargo, além de uma propina que equivalia a 88 mil réis, e de emolumentos por diligências, cerca de 22 mil réis, o que lhe rendeu anualmente, por volta de 1705, cerca de 260 mil réis. Portanto, acredita-se que esses 22 mil réis é que corresponderiam aos seus ganhos nas medições de terra. Pode parecer pouco no

---

33. CARTA régia (cópia) do rei [D. Pedro II] a Fernão Martins Mascarenhas de Lencastro [governador da capitania de Pernambuco] ordenando a continuidade da cobrança dos foros às pessoas que receberam sesmarias, 28 de setembro de 1700. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 19, Doc. 1845.

34. A obrigação de mostrar títulos alcançou praticamente todas as capitanias (Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais), apesar de a ordem régia sobre o foro legislar somente sobre as Capitanias do Norte. AHU (Lisboa) – Códice 263, fl. 196; AHU – Códice 224, fl. 96v; e AHU, Códice 224, fl. 273.

35. CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei D. João V sobre o procedimento do desembargador João de Puga e Vasconcelos no tombamento das sesmarias e datas de terras da capitania de Pernambuco, 4 de novembro de 1706. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 22, Doc. 2027.

37. Além de ter sido desembargador da Relação da Bahia entre 1696 e 1710, atuou como ouvidor-geral em Angola, provedor da Fazenda também em Angola e finalmente desembargador extravagante da Relação do Porto.

38. CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei D. João V sobre o procedimento do desembargador João de Puga e Vasconcelos no tombamento das sesmarias e datas de terras da capitania de Pernambuco, 4 de novembro de 1706. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 22, Doc. 2027.

---

conjunto dos ganhos do magistrado, mas para os sesmeiros obrigados a pagar não agradava nem um pouco<sup>41</sup>.

No contexto de conquista do território, em que se acentua o enfrentamento com os indígenas, após a expulsão dos holandeses, muitos conquistadores passaram a ocupar cada vez mais o interior das Capitânicas do Norte, derivando a necessidade de verificação dessas novas possessões. Sob essa singular condição é que vários sesmeiros foram agraciados com extensas terras, o que culminaria com as reclamações que chegaram ao Reino.

Segundo Yamê Paiva, a ouvidoria da Paraíba foi criada em 1687 e tinha como jurisdição, além da própria capitania da Paraíba, as capitanias de Itamaracá, Rio Grande e Siará Grande (PAIVA, 2015). Cristovão Soares Reimão foi nomeado como ouvidor da Comarca da Paraíba. No desempenho dessa função, fez diversas diligências pelo interior das referidas capitanias (DIAS, 2012)<sup>42</sup>. Desde a fiscalização de festas que deveriam ser realizadas pelas câmaras até a questão da ocupação das terras, Reimão atuou por diversos anos, primeiramente como ouvidor, por cerca de seis anos, e posteriormente fazendo parte de uma comissão especial que deveria verificar as sesmarias no interior dessas capitanias, na qualidade de juiz de sesmarias.

Ainda como ouvidor, Cristovão Soares Reimão teve papel importante no processo de concretização da ocupação das terras nos sertões das Capitânicas do Norte do Estado do Brasil. Quando o capitão-mor Bernardo Vieira de Melo assumiu o governo da capitania do Rio Grande, a chamada Guerra dos Bárbaros estava em pleno apogeu, com batalhas que provocaram grande mortandade dos índios, mas também dos conquistadores, culminando em uma luta pelo poder entre as diversas tropas e moradores (PUNTONI, 2002; PIRES, 1990; SILVA, 2015; DIAS, 2015). O governador-geral acabou por ordenar o envio de um Terço dos Paulistas para a região, o que contribuiria para aumentar a tensão local (SILVA, 2015; ALVEAL & SILVA, 2012, p. 235-249).

No processo de ocupação dos sertões do Rio Grande, a região do Assu era estratégica pelo fato de ser a área em que havia grande concentração de aldeias ou assentamentos de diferentes grupos indígenas, genericamente chamados de tapuias, uma vez que o rio Assu tornava-se fonte de água permanente, o que causou também o interesse dos conquistadores em se estabelecer na região. Entretanto, nesse processo de conquista e ocupação, Bernardo Vieira de Melo intentou instalar um presídio na região do Assu. Não fica claro o porquê do envolvimento de Cristovão Soares Reimão, como ouvidor, na doação da sesmaria das terras onde se conservaria o presídio; afinal, o envolvimento do ouvidor no sistema sesmarial ocorria apenas depois da concessão. A medição a ser feita no momento da doação envolveria apenas o provedor. O ouvidor era chamado

---

38. CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei D. João V sobre o procedimento do desembargador João de Puga e Vasconcelos no tombamento das sesmarias e datas de terras da capitania de Pernambuco, 4 de novembro de 1706. AHU–Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 22, Doc. 2027.

39. Idem.

quando houvesse problemas posteriores. Mas no códice 256, depositado no Arquivo Histórico Ultramarino, existe um documento no qual se registra que Cristovão Soares Reimão teria enviado carta ao rei, em 28 de abril de 1696, perguntando “sobre a forma que deveria ter a data de sesmaria de terras do Assu para a conservação do presídio<sup>43</sup>”. Segundo Tyego Silva, o presídio seria construído no ano seguinte (SILVA, 2015, p. 81-82). O rei não questionou sobre a dúvida do ouvidor, apenas solicitou um parecer do provedor, cerca de quatro meses após, em 22 de agosto de 1696. Não se tem maiores informações sobre a sesmaria do presídio. Mas com relação às diferenças das atuações entre ouvidores e provedores, acredita-se que, por estar ainda na fase de reordenamento e enquadramento do sistema sesmarial que estava ocorrendo nessa década de 1690, não estava clara a delimitação de funções, o que seria aperfeiçoado na década seguinte, como se observará adiante.

Na documentação relativa à questão de terras, existente no Arquivo Histórico Ultramarino, percebe-se que havia dúvidas entre os provedores e os ouvidores das localidades quanto à atuação de cada um no tocante às sesmarias; mas, a partir de 1701, essa dúvida parece dirimida para o rei e para o Conselho Ultramarino, pois passaram a diferenciar a atuação do provedor e do ouvidor. Enquanto o provedor estava envolvido, a rigor, no momento da concessão, uma vez que era ele quem devia dar o aval ao capitão-mor permitindo esse feito, após verificação da terra e do cabedal do suplicante, o ouvidor era demandado somente quando houvesse problemas após a concessão, sobretudo questões que envolvessem litígios entre vizinhos, não resolvidos pelos juízes ordinários, como embaraços na documentação jurídica dos títulos, cumprimento das exigências ou contestação de limites<sup>44</sup>. Como mencionado, esses registros não existem/sobreviveram para as Capitanias do Norte, o que permitiria observar os problemas oriundos da demarcação de terras. Mas existem vários documentos que mostram as incertezas dos oficiais da Coroa sobre as questões das sesmarias.

O papel das autoridades, entretanto, era zelar pelo bem da república, em nome do rei. Nesse sentido, em 1697, tanto o ouvidor, Cristovão Soares Reimão, quanto o provedor do Rio Grande (do Norte), Manuel Tavares Guerreiro, informaram ao rei sobre terras extensas, dadas a pessoas que assistiam na Bahia, Pernambuco e Rio de São Francisco, com 15, 20 e até 30 léguas e que não eram cultivadas. A reclamação justificava-se pelas sentidas dificuldades impostas aos responsáveis pela Fazenda Real que não podiam recolher os dízimos<sup>45</sup>. A carta escrita por Soares Reimão, em que trata dessa ocorrência, é bastante próxima à ordem régia que viria a delimitar finalmente a extensão das sesmarias (ordem régia de 27 de dezembro de 1697). Não se acredita que essa carta tenha influenciado diretamente na outorga dessa ordem régia, mas, como já

---

40. Idem.

41. AHU (Lisboa), Códice 265, fl. 192. Outro desembargador, José de Lima Castro, atuando como juiz de terras, reclamava de seus ordenados. AHU (Lisboa), Códice 258, fl. 317.

42. Segundo Patrícia Dias, Cristovão Soares Reimão nasceu no Reino e obteve seu diploma em Coimbra. Nesse artigo, a autora Patrícia Dias fez uma análise da atuação de Reimão nessas várias capitanias.

existiam reclamações sobre o tamanho das sesmarias concedidas pelas autoridades no Brasil, o conjunto das reclamações teria contribuído para a emissão da medida e principalmente para a cobrança do foro régio no tocante às medições que seriam feitas no início do século XVIII.

Em resposta à carta de Soares Reimão, o rei mandou o governador-geral, Dom João de Lencastre, pôr editais nesses lugares para que os sesmeiros demarcassem, medissem e povoassem as terras em um ano. As que ficassem devolutas, deveriam ser repartidas entre os moradores da capitania. O rei ainda mandava seguir a “lei da igualdade da distribuição”; portanto, a ideia era a de que os que não morassem efetivamente nas capitanias ou que não cultivassem não deveriam ser priorizados na distribuição das terras, mas sim os moradores locais<sup>46</sup>. Aliás, ser morador da capitania era considerada uma das exigências, desde os tempos das capitanias donatárias (ALVEAL, 2007).

Também Bernardo Vieira de Melo, capitão-mor do Rio Grande, à época, reclamou, em 1698, sobre a ausência de pessoas que requeriam sesmarias na capitania, mas que não as cultivavam por morarem distante. O rei, então, escreveu a João de Lencastre, governador-geral, autorizando-o a nomear mais ouvidores nos “distritos de Pernambuco” para verificar a situação<sup>47</sup>. Portanto, as autoridades envolvidas em promover a formação e consolidação da sociedade colonial atuavam em conjunto, a exemplo do que faziam o ouvidor, o governador-geral, o provedor e o capitão-mor/governador.

No ano seguinte, em 19 de dezembro de 1699, o rei mandou o governador-geral, João de Lencastre, fazer diligência no Rio Grande (do Norte) e em Sergipe sobre as sesmarias consideradas extensas<sup>48</sup>. Parecem ser duas capitanias que preocupavam as autoridades e que havia um esforço em aumentar a colonização ali, pois a Coroa ordenou a criação de seis vilas em cada capitania, sendo o capitão-mor de Sergipe bem-sucedido (CAMPOS & VIANNA, 1891), enquanto o do Rio Grande apenas conseguiu fazer um aldeamento novo com os Paiacu (LOPES, 2010).

Cristóvão Soares Reimão foi pressionado para fazer diligência no Assu e no Jaguaribe<sup>49</sup> em 1702. Em tal diligência, deveriam ser citados todos os hereos para apresentarem os documentos de suas doações. O primeiro decênio do setecentos marcou, portanto, um período de tentativa, por parte das autoridades coloniais, de verificar a questão das sesmarias, por ordem direta da Coroa<sup>50</sup> (ALVEAL, 2015). Era esclarecido ainda que caso houvesse apelação e agravo, que fossem remetidos os autos à Relação. As vitorias nos lugares de contenda, a serem realizadas pelos oficiais, deveriam ser pagas pelas partes.

O provedor também foi mencionado por apoiar a reclamação da câmara da cidade do Natal e entender a necessidade de exame das sesmarias e de seus títulos. O provedor à época, Manuel da Silva Vieira, entretanto, estava interessado nos dízimos, situação que mudaria com o

---

43. AHU (Lisboa), código 256, fl. 217.

44. AHU (Lisboa). Código 257, fl. 77v e 80.

45. Carta escrita em 13 de dezembro de 1697. AHU (Lisboa), Código 246. Fls. 55v-56.

provedor seguinte, que se chocaria com as ações de Cristovão Soares Reimão<sup>51</sup>. O fato de o provedor considerar a importância das demarcações como averiguadora das sesmarias, no sentido de impulsionar a economia, evidencia-se em sua preocupação na coleta de dízimos, que eram arrecadados com base na produção e criação. Assim sendo, fazia-se necessário que as terras estivessem sendo ocupadas com alguma atividade econômica.

Cristovão Soares Reimão teria escrito ao rei em 1703 relatando algumas dúvidas sobre as “medições e datas de terras que se [achavam] no distrito da capitania do Rio Grande”. Tanto as terras que excediam a taxa<sup>52</sup> e estavam por povoar quanto as que ainda estivessem por povoar (que não poderiam exceder a taxa) deveriam ser consideradas devolutas e ser solicitadas ao capitão-mor para, posteriormente, serem confirmadas. As terras que estivessem povoadas, mas excedessem as taxas, ficariam sujeitas a ser consideradas devolutas, e a parte excedente deveria ser solicitada em novo requerimento ou petição de sesmaria pelos antigos sesmeiros. A razão seria a de que, uma vez povoadas, não haveria sentido em dar a outros. Assim ditava o documento: “a taxa é só uma data e quem tiver povoado uma não lhe é proibido haver outra e povoando-a no termo da lei de sorte que o fim da lei é povoar as terras incultas e despovoadas e pelo que toca a medição<sup>53</sup>”. Portanto, não se proibia expressamente a posse de várias sesmarias desde que elas não ultrapassassem a taxa e que fossem produtivas.

Em trabalho inédito, Patrícia de Oliveira Dias analisou a diferença de atuação de Cristovão Soares Reimão nas capitanias do Rio Grande e do Ceará. Enquanto no caso do Ceará, Reimão teria feito vista grossa para o tamanho das sesmarias, no Rio Grande, o ouvidor teria obrigado os sesmeiros que tinham sesmarias superiores à taxa, a solicitarem novas possessões com a parte excedente (DIAS, 2011, p. 36; RICARTE, 2016)). Talvez uma das razões que induziram Reimão a atuar de forma diferente no Siará tenha sido o fato de ser ameaçado, e mesmo impedido de realizar a demarcação de algumas áreas<sup>54</sup> (DIAS, 2011, p. 51).

Em relação ao Rio Grande, a autora analisou os casos de irregularidades encontradas pelo ouvidor. Seriam quatro: 1) sesmarias que possuíam léguas a menos do que o estipulado na carta; 2) sesmarias que não foram povoadas no tempo determinado pela Coroa; 3) sesmeiros com informação equivocada sobre seu local de origem, possuindo sesmarias na capitania; 4) sesmarias com léguas acima do que era permitido pela ordem régia de 1697 (DIAS, 2011). Percebe-se, pelos problemas elencados, que o ouvidor estava, de fato, tentando cumprir as determinações das ordens régias produzidas na década de 1690. Além disso, muitas terras foram

---

46. AHU, Códice 246. Fls. 55v-56.

47. A carta do rei é datada de 15 de janeiro de 1698. AHU (Lisboa), Códice 246. Fls. 59-59v. Existe uma nova carta a Lencastre sobre a mesma queixa de Bernardo Vieira de Melo, de 10/10/1698. Códice 246. Fls. 71. O termo distritos de Pernambuco mostra como, apesar de o Rio Grande fazer parte da Comarca da Paraíba, havia um entendimento de uma certa centralidade da capitania de Pernambuco sobre as Capitanias do Norte, ou seja, Itamaracá, Paraíba, Rio Grande e Siará Grande.

48. AHU, Códice 246. Fls. 106.

49. AHU, Códice 257. Fls. 81.

50. AHU, Códice 256. Fls. 164-164v.

consideradas devolutas, devido às incertezas com a guerra e a fuga de alguns moradores.

Os camarários da cidade do Natal, em 1705, reclamaram ao rei dos grandes custos que os moradores estavam tendo diante das ações de medição e demarcação do desembargador, reclamação que se assemelha à queixa feita por João Puga de Vasconcelos ao ser acusado de enriquecimento ilícito<sup>55</sup>. A mesma resposta dada à câmara foi enviada diretamente a Cristóvão Soares Reimão; no entanto, bem mais completa. O rei questionava o “estranho procedimento tirando-as aos beneméritos filhos da terra para as dares aos estranhos”<sup>56</sup>. E ainda ordenava que se declarasse quanto Cristóvão Soares Reimão levava de salário, bem como quanto levavam os oficiais que o auxiliavam. Os hereos que tivessem terras dentro da taxa estariam obrigados apenas a medir o tamanho; já aqueles que ultrapassassem deveriam obrigar-se a demarcar entre si, com a incumbência de pedir outro título para o excedente<sup>57</sup>, o que de fato aconteceu, como demonstrou Patrícia Dias (DIAS, 2011).

Em 1706, o provedor do Rio Grande, José Barbosa Leal, acusava Cristóvão Soares Reimão de usurpar a jurisdição dele, revivendo os conflitos jurisdicionais existentes entre ouvidores e provedores no tocante às sesmarias. Mas o rei lhe escreveu para informar sobre as diferenças de jurisdição. Assim, Cristóvão Soares Reimão, como desembargador, foi mandado em uma Comissão Especial e não como ouvidor-geral da Paraíba. A Comissão Especial tinha a responsabilidade de fazer as demarcações do sertão<sup>58</sup>. Em sendo dessa forma, acredita-se que essa data marca a passagem do cargo de Reimão de ouvidor para juiz de sesmarias especificamente (RICARTE, 2016).

Passados alguns anos, o provedor, José Barbosa Leal<sup>59</sup>, ainda reclamava, em carta de 21 de janeiro de 1712, que Cristóvão Soares Reimão, encarregado do tombo das terras do sertão, onde se encontravam possuidores sem demarcação nem confirmação, não estaria fazendo seu trabalho. Afirmava também que os editais não teriam sido cumpridos. O fato mais agravante é que Cristóvão Soares Reimão teria ido para a Paraíba. Diante das acusações de Leal, o rei ordenou a Cristóvão Soares Reimão que desse conta do estado das diligências<sup>60</sup>. Infelizmente, não foi encontrado mais nenhum documento referente a essa questão.

Sabe-se, porém, que Cristóvão Soares Reimão ainda atuava nos sertões do Rio Grande e Ceará, por volta 1715-1716, pois se tem conhecimento de uma carta régia em resposta a um pedido seu para que fossem reduzidas as pensões das sesmarias impostas aos povoadores daqueles sertões “para se poderem conservar os missionários das missões dos mesmos distritos”<sup>61</sup>. Isso revela a preocupação por parte do desembargador no sentido de que a redução das pensões possibilitasse a permanência dos missionários, que eram, decerto, muito importantes para o processo de integração dos índios à sociedade colonial em formação.

---

51. AHU, Códice 256. Fls. 164-164v.

52. O termo taxa, aqui utilizado, é o que aparece no documento; no caso, refere-se ao tamanho que a sesmaria deveria ter, de três léguas de comprimento por uma de largura.

53. AHU, Códice 157. Fl. 128.

---

Constatou-se que a atuação do referido desembargador durou mais de uma década, como juiz de sesmarias (duas décadas, caso se considere sua atuação como ouvidor da Comarca da Paraíba). A variada correspondência trocada entre os oficiais e o rei, por meio do seu Conselho Ultramarino, revela as dificuldades e tentativas de Reimão em efetivar as ordens régias, sem deixar de se considerar a realidade colonial. Só não se dispõe de estudos que possam mostrar as relações mais próximas que Reimão teria tido nessas capitâneas, mas é certo que ele recebeu dois chãos de terras na cidade da Paraíba; uma delas com a justificativa de que serviria para colocar seus escravos. Assim, como um membro atuante da elite da colônia, também foi proprietário de escravos. Em contrapartida, não se tem registro de sesmarias doadas ao desembargador. Segundo Patrícia Dias, Cristovão Soares Reimão foi preso, em 1719, por ter desacatado o ouvidor à época, Francisco Pereira, e retornou ao Reino para ser julgado, não se sabendo mais nada sobre ele (DIAS, 2011, p. 40-41).

O sistema de sesmarias nas Capitâneas do Norte do Estado do Brasil enfrentou outros problemas, como o da jurisdição responsável por passar as cartas de concessão. Cabe lembrar que apenas a Capitania de Pernambuco tinha governador, estando as capitâneas adjacentes submetidas ao seu Governo no século XVIII (com exceção da Paraíba, que somente em 1755 passou a ser considerada anexa), embora fossem comandadas por capitães-mores que ora não tinham o direito de conceder cartas de sesmarias, ora o tinham, desde que as concessões viessem a ser reconfirmadas pelo Governo de Pernambuco ou da Bahia, por terem governador, e, posteriormente, pela Coroa em Lisboa.

Contudo, nos anos de 1712 e 1713, o Governador de Pernambuco, Felix José Machado, trocou correspondência com o reino a fim de saber quem deveria ser responsável pela concessão de cartas de sesmarias naquelas capitâneas anexas. A autoridade colonial registrava que os capitães-mores do Ceará e Rio Grande estavam emitindo provisões de ofícios e de alguns postos, bem como cartas de sesmarias, sem terem a devida jurisdição, segundo seus regimentos, cabendo-lhes tão-somente prestar informação sobre as pessoas aptas a merecer tais nomeações e mercês, competindo somente ao governador, como seu superior, concedê-las.<sup>62</sup>

Para manter a observância das ordens reais, Felix José Machado fez registrar, nos livros de ambas as capitâneas, a resolução real. O rei agradeceu ao governador por informá-lo que a Fazenda Real estava tendo prejuízo diante de atuações como a dos capitães-mores do Rio Grande e Ceará, confirmando sua subordinação ao governador de Pernambuco, e finalizou sua carta ordenando que os capitães-mores se abstivessem de tal abuso<sup>63</sup>.

Ademais, Félix José Machado emitiu duas portarias, ambas em 1715, uma para os oficiais da Fazenda e outra apenas para o provedor. O governador questionava o descumprimento do pagamento do foro e se, de fato, as terras que estavam sendo concedidas serviam aos interesses

---

54. A autora mostra as dificuldades que o ouvidor enfrentou no Ceará com sesmeiros e o capitão-mor da capitania.

55. AHU, Códice 257, fl. 185.

56. AHU, Códice 257, fl. 185v.

57. AHU, Códice 257, fl. 185v.

reais<sup>64</sup> (RICARTE, 2016, p. 90).

Ao longo do século XVIII, a situação mudou com as ordens régias de 14 de dezembro de 1746, 7 de janeiro de 1752 e 22 de março de 1766, em que se confirmava que não cabia mais aos capitães-mores do Rio Grande submeterem-se à jurisdição do governador da Capitania de Pernambuco<sup>65</sup>. Varnhagen já registrava que, em 1721, os capitães-mores passaram a ter maior importância, principalmente nas vilas e freguesias onde atuavam (VARNHAGEN, 1981, p. 333-334). De certa forma, na primeira metade do século XVIII, os capitães-mores do Rio Grande e do Ceará concederam centenas de cartas de sesmarias que contribuiriam para a colonização<sup>66</sup> (FONSECA, 2018).

Não foi somente nas áreas onde passou a existir a cobrança de foro sobre a terra que diligências para medição foram realizadas. Também na Bahia passou-se a executar a medição de terras. Em um primeiro momento, em 1703, o próprio Senado da Bahia solicitou a medição de suas terras, visando saber quais seriam elas exatamente, além de verificar aquelas que estavam sendo ocupadas por posseiros<sup>67</sup>. O nomeado para a tarefa foi o desembargador José da Costa Correa, que, tal como nos casos antes mencionados, teria sua remuneração suspensa uma vez que esta seria paga com a própria tarefa de passar as cartas de sesmarias no momento em que a Câmara procedesse à redistribuição. O ministro seria acompanhado de escrivão, medidor, piloto e ajudante da Coroa<sup>68</sup>. Esse é o primeiro documento que faz referência ao posto de piloto na América portuguesa, e ao qual se conseguiu ter acesso nesta pesquisa. Cumprindo sua função, o piloto trazia uma corda a ser utilizada para as medições, tomando ainda acidentes naturais ou algumas construções, em casos de medição em áreas urbanas, como marcos delimitatórios. Anteriormente, sobretudo nas vilas, o mestre de campo era o responsável pela medição nas áreas urbanas (ABREU, 2005).

Nesse sentido, os primeiros anos do século XVIII, ainda no reinado de Dom Pedro II, evidenciam a tentativa efetivada pela Coroa de realizar processos de demarcação das sesmarias. Após esse procedimento de grande vulto, há registros de atos de demarcação e cobrança de foro nas Capitanias do Norte do Estado do Brasil somente 30 anos depois. Em 1739, o Governador de Pernambuco, Henrique Luís Pereira Freire de Andrada, queixava-se ao rei da desordem na

---

58. AHU, Códice 257. Fls. 187.

59. Interessante o fato de que o provedor José Barbosa Leal tivesse terras também: ver na Plataforma SILB – RN0049; RN0050, assim, poderia haver choque de interesses nas medidas realizadas por Cristovão Soares Reimão. SILB-Sesmarias do Império lusobrasileiro disponível em [www.cchla.ufrn.br/silb](http://www.cchla.ufrn.br/silb). Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

60. AHU, Códice 266. Fls. 14v.

61. AHU, Códice 258. Fls. 102v.

62. Carta de 9 de julho de 1713, disponível em: CARTA (1ª via) do [governador da capitania de Pernambuco] Félix José Machado [de Mendonça Eça Castro e Vasconcelos] ao rei [D. João V], 9 de setembro de 1713. AHU –Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 25, Doc. 2304.

63. Idem.

cobrança do foro anual<sup>69</sup>. Ele já havia informado ao rei, anteriormente, tanto sobre as irregularidades da cobrança da Real Fazenda quanto sobre os descuidos de almoxarifes e, principalmente, sobre a cobrança dos foros das sesmarias. Alegava que se cobrava foro apenas das sesmarias próximas a Recife, ou seja, aquelas que deveriam pagar seis mil réis por légua, estando a uma distância máxima de 30 léguas da nova vila. As do sertão, entretanto, que deveriam ser taxadas em quatro mil réis por légua, não estavam sendo cobradas (RICARTE, 2016, p. 99). Cobrar foro das que estavam ao redor de Recife era mais viável.

Nas diligências ordenadas pelo governador Henrique Luís Pereira Freire de Andrada, descobriu-se que a Fazenda Real estava tendo um enorme prejuízo. Meticulosamente, o governador apresentou todos os cálculos; denunciou que os capitães-mores da capitania do Ceará não estavam cobrando foro e, oferecendo números e operações matemáticas, alertou o rei de que, desde o ano de 1699, início da cobrança de foro, haviam sido concedidas 923 sesmarias em um total de 4.069 léguas, o que significava um prejuízo à Fazenda Real de cerca de 16:276\$000 réis por ano. Com base nesse cálculo, o governador de Pernambuco acreditava que as sesmarias deveriam ser registradas com urgência na Secretaria da Provedoria da capitania de Pernambuco, além de demarcadas e registradas em livros de suas capitanias, para que, ao serem confirmadas pelo governo de Pernambuco, fosse possível a cobrança do foro devido<sup>70</sup>.

Já que a capitania do Ceará encontrava-se sob jurisdição do governador de Pernambuco, este enviou, em 1738, ordem ao capitão-mor do Ceará, Domingos Simões Jordão, determinando a imediata cobrança do foro. Porém, a despeito da ordem, foram passadas posteriormente 40 novas datas de sesmarias. Escrevendo ao rei, mais uma vez, Henrique Luís Pereira Freire de Andrada pediu castigo exemplar ao capitão-mor. A alegação, para tal requerimento, era a seguinte: por “faltar as ordens de Vossa Majestade, e a minha, e que ao menos seja obrigado a pagar da sua fazenda tudo que a de Vossa Majestade tem perdido por haver dado estas últimas datas depois de não poder alegar ignorância alguma que o releve de culpa”<sup>71</sup>.

O governador de Pernambuco, contudo, reconhecia que a situação econômica da região

---

64. PORTARIA para os oficiais da fazenda declararem uma dúvida que há nas sesmarias. Olinda, 25 de fevereiro de 1715. In: Biblioteca Nacional de Lisboa. Coleção Pombalina – PBA 115 – Livro dos Assentos da Junta das Missões, cartas ordinárias, ordens e bandos que se escreveu em Pernambuco no tempo do governador Félix José Machado (1712-1715), fl. 358; SEGUNDA portaria ao provedor da fazenda sobre as declarações que devem fazer nas cartas de sesmarias. Olinda, 09 de abril de 1715. In: Biblioteca Nacional de Lisboa. Coleção Pombalina – PBA 115 – Livro dos Assentos da Junta das Missões, cartas ordinárias, ordens e bandos que se escreveu em Pernambuco no tempo do governador Félix José Machado (1712-1715), fl. 360.

65. PROVISÃO (cópia) do rei [D. João V] ordenando que se conservem os corpos da Cavalaria da Ordenança, e que os postos, ofícios e datas de sesmarias, no Ceará e Rio Grande, não devem ser providos pelos capitães-mores, sem a obrigação de pedirem confirmação. 17 de agosto de 1740. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 56, Doc 4832.

66. Recente estudo de Marcos Arthur Vianna Fonseca discute a questão dos conflitos de jurisdição envolvendo o capitão-mor do Rio Grande e o governador de Pernambuco.

67. Existem diversos documentos que mostram medições sendo feitas em outros lugares além das Capitanias do Norte e da própria Bahia: AHU, Códice 97, fl. 287v – 288; AHU (Lisboa), Códice 241, fl. 321; AHU, Códice 242, fl. 20 – 20v; entre muitos outros.

era a pior possível diante de seu estado de pobreza e informava ao rei que os moradores encontravam-se praticamente impossibilitados de pagar o foro, dificultando a ação dos provedores e promovendo, assim, a “desordem” na colônia. Alertava ainda que, caso os próprios moradores quisessem vender as terras, não haveria quem as comprasse por falta de meios financeiros diante das dificuldades de recursos.

Mas a sua preocupação centrava-se nas terras não ocupadas. A solução apresentada por esta autoridade foi a de lançar editais ao som de caixas<sup>72</sup>, junto a todas as freguesias, para que as pessoas providas de sesmarias ou quaisquer terras e ainda engenhos apresentassem os títulos diante do ouvidor da capitania no prazo de dois anos. Caso não o fizessem, tais terras seriam consideradas devolutas – na acepção original, devolvidas ao rei. Após o ouvidor examinar e emitir seu parecer ao governador, finalmente seriam concedidas as cartas de confirmação pelo Governo de Pernambuco, mediante imposição do pagamento do foro anual à provedoria da capitania onde estivessem situadas. Ao apresentar soluções, o governador mostrava que as autoridades coloniais não eram apáticas e passava a responsabilidade do provedor para o ouvidor<sup>73</sup>.

Seguia-se, ainda, o princípio de que as sesmarias concedidas deveriam ser cultivadas em três anos, como no regimento, demonstrando que se havia povoado as terras, e que, nos dois anos seguintes, os sesmeiros seriam obrigados a mostrar a confirmação real. As sesmarias que não tivessem sido povoadas nem confirmadas dentro de cinco anos tornar-se-iam devolutas. As cartas concedidas pelos capitães-mores das capitanias adjacentes deveriam ser registradas na Secretaria da Provedoria de Pernambuco, pagando-se por esse registro, e as já passadas deveriam pagar ao menos uma taxa para os oficiais (ALVEAL, 2007).

Contudo, o Conselho Ultramarino, em setembro do mesmo ano de 1739, descartou o parecer do governador, afirmando que as imposições de foro não deviam ser executadas, uma vez que a carta de 20 de janeiro de 1699, estabelecendo a cobrança de foro, não estava compreendida no Regimento Geral do governo do Brasil, dado a Tomé de Souza, além de fugir das concepções

---

64. PORTARIA para os oficiais da fazenda declararem uma dúvida que há nas sesmarias. Olinda, 25 de fevereiro de 1715. In: Biblioteca Nacional de Lisboa. Coleção Pombalina – PBA 115 – Livro dos Assentos da Junta das Missões, cartas ordinárias, ordens e bandos que se escreveu em Pernambuco no tempo do governador Félix José Machado (1712-1715), fl. 358; SEGUNDA portaria ao provedor da fazenda sobre as declarações que devem fazer nas cartas de sesmarias. Olinda, 09 de abril de 1715. In: Biblioteca Nacional de Lisboa. Coleção Pombalina – PBA 115 – Livro dos Assentos da Junta das Missões, cartas ordinárias, ordens e bandos que se escreveu em Pernambuco no tempo do governador Félix José Machado (1712-1715), fl. 360.

65. PROVISÃO (cópia) do rei [D. João V] ordenando que se conservem os corpos da Cavalaria da Ordenança, e que os postos, ofícios e datas de sesmarias, no Ceará e Rio Grande, não devem ser providos pelos capitães-mores, sem a obrigação de pedirem confirmação. 17 de agosto de 1740. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 56, Doc 4832.

66. Recente estudo de Marcos Arthur Vianna Fonseca discute a questão dos conflitos de jurisdição envolvendo o capitão-mor do Rio Grande e o governador de Pernambuco.

67. Existem diversos documentos que mostram medições sendo feitas em outros lugares além das Capitanias do Norte e da própria Bahia: AHU, Códice 97, fl. 287v – 288; AHU (Lisboa), Códice 241, fl. 321; AHU, Códice 242, fl. 20 – 20v; entre muitos outros.

---

de povoação formuladas no tempo do rei D. João III. Tampouco estariam contempladas na Ordenação do Reino que dispunha em favor da cultura, e por “razão da validade pública se reprova todo o foro ou tributo que se impuser de novo nas sesmarias, e pondo se este, seja nulo e de nenhum efeito, ficando a sesmaria em seu vigor, e sem a tal obrigação”<sup>74</sup>. Assim, o Conselho Ultramarino recuperava as condições originais do sistema sesmarial baseadas no aproveitamento da terra (RICARTE, 2016, p. 99).

O Conselho ainda considerava que as despesas realizadas para manter as sesmarias e criar o gado eram extremamente altas, já que era comum que o gado morresse, tornando-se intolerável um novo tributo. Como se pode constatar, o próprio Conselho Ultramarino considerava as despesas altas para os sesmeiros e reiterava a informação das dificuldades econômicas dos sesmeiros da região (RICARTE, 2016, p. 99).

Foi a primeira vez que o Conselho Ultramarino descartou a cobrança de foro, embora em nenhum momento a Coroa tenha revogado a provisão de 1699, o que continuaria a ser como um problema para as autoridades coloniais que tentavam seguir determinações anteriores. Dessa forma, apesar de não revogado, o foro não foi cobrado por alguns anos, até que novamente outro governador trouxesse à tona a provisão de 1699 e levantasse os mesmos problemas. Interessante notar que, ao negar a provisão de 1699, o Conselho enfatizava que a legislação sesmarial se limitava às Ordenações e ao regimento, reforçando a noção do cultivo como princípio<sup>75</sup>.

A prática de não se cobrar foro desagradava a algumas autoridades, que insistiam na necessidade de cumprir a legislação. Em 1741, o governador de Pernambuco escrevia ao secretário de estado de Marinha e Ultramar, Antonio Guedes Pereira, reclamando do fato de os sesmeiros não pagarem foros, e também de não estar sendo imposta a obrigação de povoarem as terras, já que sempre se esperava o perdão da “real piedade” para quem não tivesse pagado o foro<sup>76</sup>.

## Considerações finais

---

72. Em geral, esses editais eram anunciados ao “som de caixas”, o que significa que uma autoridade colonial juntamente com outro funcionário, este de posse de algum instrumento como um tambor, anunciavam, em voz alta, a temática do edital. O alcance provavelmente era mínimo, já que se restringia principalmente aos núcleos urbanos.

73. CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei D. Pedro II sobre se encarregar ao desembargador José de Costa Correia a diligência de examinar as datas e confirmações das sesmarias de terras da capitania da Bahia. AHU – Papéis Avulsos, Bahia, Cx. 4, Doc. 56.

74. CARTA do [governador da capitania de Pernambuco], Henrique Luís Pereira Freire de Andrada, ao rei [D. João V]. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 55, Doc 4769.

75. Isso é interessante, pois parece até que o Conselho Ultramarino não sabia que existia essa prática e quando “descobriu” a tratou como algo não oficial, já que não estava no regimento. Pode-se até refletir um pouco sobre como (de um governante para o outro [de Pedro II para João V] ou entre os membros do conselho) a percepção da administração das posses ultramarinas se modificava de forma significativa.

76. OFÍCIO do [governador da capitania de Pernambuco], Henrique Luís Pereira Freire de Andrada, ao [secretário de estado da Marinha e Ultramar], Antônio Guedes Pereira. 29 de agosto de 1741. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 57, Doc 4899.

---

A multiplicidade de agentes e agências envolvidos na concessão, regulação e validação de sesmarias – como governadores, provedores, capitães-mores, almoxarifes e escrivães, além do Conselho Ultramarino e das provedorias locais – contribuiu para a deflagração de inúmeros conflitos de interesses, já que a própria concessão de mercês estabelecia relações interpessoais e uma camuflada troca de conveniências, em um jogo político, que, muitas vezes, se explicitava abertamente. Os conflitos envolviam hierarquias diferentes, desde agentes localizados na Corte e na colônia até autoridades coloniais localizadas nos principais núcleos urbanos ou mesmo em localidades distantes do litoral.

O período de 1690, década na qual várias ordens régias tentavam preencher lacunas ou mesmo complementar a legislação sesmarial, assistiu ao início de vários processos de demarcação, derivados da necessidade da cobrança do foro nas Capitânicas do Norte do Estado do Brasil. Essas ordens régias, e a tentativa de sua aplicação, evidenciam as transformações jurídicas ocorridas na legislação sesmarial, sobretudo no período de Dom Pedro II de Portugal, e as consequências dessas mudanças. Apesar de haver estudos mostrando como a legislação durante o período pombalino teria acarretado uma centralização política, a análise proposta evidenciou, no tocante à questão da terra, que houve tentativas de um maior controle sobre o acesso à terra, a partir de 1690, que prosseguiram no período joanino.

Ao focalizar a questão dos tributos incidentes sobre o sistema sesmarial – relativos à concessão, demarcação e confirmação de terra –, verificou-se que todas as etapas envolviam o pagamento de quantias que assegurassem o “direito” ao cumprimento da legislação, como é o caso do registro na Chancelaria, podendo ser este considerado como empecilho a seu próprio cumprimento, no sentido de que as exigências burocráticas do processo eram onerosas e trabalhosas – caso da demarcação mas também do registro. Para as Capitânicas do Norte, tal quadro agravar-se-ia ainda mais com a instituição da cobrança de foro real e uma maior tentativa de controle régio. Esses aspectos aqui tratados mostram a burocracia para legalizar uma doação

---

68. CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei D. Pedro II sobre a carta dos oficiais da Câmara da Bahia em que estes pedem provisão para que o governador-geral do Brasil, Rodrigo da Costa, nomeie um ministro da Relação para fazer a medição das terras que, por sesmaria, pertencem ao Senado. 7 de fevereiro de 1704. AHU – Papéis Avulsos, Bahia, Cx 4, Doc 51; CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei D. Pedro II sobre se encarregar ao desembargador José de Costa Correia a diligência de examinar as datas e confirmações das sesmarias de terras da capitania da Bahia. 5 de março de 1704. AHU – Papéis Avulsos, Bahia, Cx 4, Doc 56.

69. CARTA do [governador da capitania de Pernambuco], Henrique Luís Pereira Freire de Andrada, ao rei [D. João V]. 12 de dezembro de 1739. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 55, Doc 4769.

70. CONSULTA do Conselho Ultramarino ao rei D. Pedro II sobre se encarregar ao desembargador José de Costa Correia a diligência de examinar as datas e confirmações das sesmarias de terras da capitania da Bahia. AHU – Papéis Avulsos, Bahia, Cx. 4, Doc. 56.

71. O governador Henrique Luís Pereira Freire de Andrada acusava também o desembargador Cristovão Soares Reimão, o mesmo que tinha feito a diligência na Paraíba, Rio Grande e Ceará, de não ter registrado as ordens no Livro da Fazenda, confrontando-o. Dizia ainda que não havia sido possível averiguar o procedimento da cobrança de foro na Capitania do Rio Grande. CARTA do [governador da capitania de Pernambuco], Henrique Luís Pereira Freire de Andrada, ao rei [D. João V]. AHU – Papéis Avulsos, Pernambuco, Cx 55, Doc 4769.

---

de sesmaria, além do custo financeiro, que os sesmeiros enfrentavam, reforçando a convicção de que obter uma sesmaria e “mantê-la” regularizada representava investimentos que somente poucos puderam e quiseram fazer.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Maurício de. Reencontrando a antiga cidade de São Sebastião: mapas conjecturais do Rio de Janeiro do século XVI. **Cidades**, São Paulo, v. 2, n. 4, 2005.

ALVEAL, Carmen & SILVA, Tyego F. Nas ribeiras da discórdia: povoamento, políticas de defesa e conflitos na capitania do Rio Grande (1680-1710). In: POSSAMAI, Paulo (Org.). **Conquistar e defender: Portugal, Países Baixos e Brasil. Estudos de história militar na idade moderna**. São Leopoldo: Oikos, 2012. p. 235-249.

ALVEAL, Carmen Margarida Oliveira. **Converting land into property in the Atlantic Portuguese world**. Tese (Doutorado em História) – Johns Hopkins University, Baltimore, 2007.

ALVEAL, Carmen Margarida Oliveira. Transformações na legislação sesmarial, processos de demarcação e manutenção de privilégios nas terras das Capitanias do Norte do Estado do Brasil. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 28, n. 56, p. 247-263, jul-dez 2015.

CABRAL, Antonio Vanguerve. **Pratica judicial, muyto útil, e necessária para os que principião os officios de julgar, e advogar e para todos os que solicitão causa nos Auditorios de hum, e outro foro**. Lisboa, 1730.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Literatura jurídica na Idade Moderna**. As decisiones no Reino de Portugal (séculos XVI e XVII). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

CABRAL, Gustavo César Machado. Pegas e Pernambuco: notas sobre o direito comum e o espaço colonial. **Direito & Práxis Revista**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 20, 2017.

CAMPOS, Jose de Oliveira; VIANNA, Francisco Vicente. **Estudo sobre a origem historica dos limites entre Sergipe e Bahia**. Bahia: Typ. e Encadernação do Diario da Bahia, 1891.

CASTRO, Armando. **A evolução econômica de Portugal dos séculos XII a XV**. Lisboa: Portugália, 1964. 3 vols.

CRUZ, Miguel Dantas. **Um Império de Conflitos: O Conselho Ultramarino e a Defesa do Brasil**. Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2015.

DIAS, Patrícia de Oliveira. **As tentativas de construção da ordem em um espaço colonial em formação: o caso de Cristovão Soares Reimão**. Monografia de conclusão de graduação em História. UFRN, 2011. p. 36.

DIAS, Patrícia de Oliveira. O tirano e digno Cristóvão Soares Reimão: conflito de interesses locais e centrais nas capitanias de Itamaracá, Ceará, Paraíba e Rio Grande no final do século XVII e início do século XVIII. **Revista Ultramares**, v. 1, p. 148-172, 2012.

DIAS, Patrícia de Oliveira. **Onde fica o sertão rompem-se as águas: processo de territorialização da ribeira do Apodi-Mossoró (1676-1725)**. 2015. 187 p. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio Grande.

- FONSECA, Marcos Arthur Vianna. **Sob a sombra dos governadores de pernambuco?** jurisdição e administração dos capitães-mores da capitania do Rio Grande (1701-1750). Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- FREITAS, Vanessa Lopes de. Cerimonial de autos de posse para a concessão de terras na América portuguesa. **Anais do V Encontro Estadual de História da ANPUH-RN**, Caicó, 2012.
- GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. Poder político e administração na formação do complexo atlântico português (1645-1808). In: João Fragoso, Maria Fernanda Bicalho e Maria de Fátima Silva Gouvêa (Org.). **O Antigo Regime nos Trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- LEITÃO, Mateus Homem. **De iure Lusitano**. Coimbra: Oliveyra, 1645. Fl. 486
- LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. Porto Alegre: Sulinas, 1954.
- LOPES, Fátima Martins. A vila de Portalegre: povos e instituições. In: CAVALCANTE, Maria Bernadete; DIAS, Thiago Alves (Org.). **Portalegre do Brasil. História e desenvolvimento**. Natal: EDUFRN, 2010.
- MELLO, Evaldo Cabral de. **Olinda restaurada**. Guerra e açúcar no Nordeste 1630-1654. São Paulo: Editora 34, 2007.
- MOTTA, Márcia Maria Menendes. **Direito à terra no Brasi**. A gestação do conflito. 1795-1824. São Paulo: Alameda, 2009.
- MOTTA, Márcia Maria Menendes. **Nas fronteiras do poder**. Conflito e direito à terra no Brasil do século XIX. 2. ed. Niterói: EDUFF, 1998.
- NEVES, Erivaldo Fagundes. **Estrutura fundiária e dinâmica mercantil**. Alto sertão da Bahia, séculos XVIII e XIX. Salvador: EDUFBA/UEFS, 2005
- NOZOE, Nelson. A aplicação da legislação sesmarial em território brasileiro. **Estudos Históricos**, ano VI, n. 12, jul. 2014. \_\_\_\_\_. Sesmarias e apossamento de terras no Brasil Colônia. **Economia**, v. 7, n. 3, set/out 2006, p. 587-605.
- PAIVA, Yamê Galdino de. Ouvidores e administração da justiça no Brasil colonial. O caso da Comarca da Capitania da Paraíba (c.a. 1687 – c.a. 1799). Comunicação apresentada no **I Encontro Hispano-luso de historiadores do Direito**, Madri, 2015.
- PEREIRA, Elenize. Trindade. Das Terras doadas ouvi dizer: doação de sesmarias na fronteira do império, capitania do Rio Grande (1600-1614). **Historien (Petrolina)**, v. 5, p. 169-179, 2014.
- PIRES, Maria Idalina da Cruz. **Guerra dos Bárbaros: resistência indígena e conflitos no nordeste colonial**. Recife: UFPE, 1990.
- PORTO, Costa. **Estudo sobre o sistema sesmarial**. Recife: Imprensa Universitária, 1965.
- PUNTONI, Pedro. **A guerra dos Bárbaros**. Povos indígenas e a colonização do sertão do nordeste do Brasil, 1650-1720. São Paulo: Hucitec, 2002.
- RAU, Virgínia. **Sesmarias medievais portuguesas**. Lisboa: Presença, 1982.
- RICARTE, Rafael. **A capitania do Siará Grande nas dinâmicas do império português:**
-

política sesmarial, guerra justa e formação de uma elite conquistadora (1679-1720). Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

SCHWARTZ, Stuart. **Segredos Internos**. Engenhos e Escravos na Sociedade Colonial. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SILVA, Ligia Osorio. **Terras devolutas e latifúndio (efeitos da Lei de 1850)**. Campinas: Editora da Unicamp, 1996.

SILVA, Tyego Franklim da. **A ribeira da discórdia: terras, homens e relações de poder na territorialização do Assu Colonial (1680-1720)**. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.

SUBTIL, José. **Dicionário dos desembargadores (1640-1834)**. Lisboa: EDIUAL, 2010.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. **História geral do Brasil: antes de sua separação e independência de Portugal**. 10. ed. Belo Horizonte/São Paulo: Ed. Itatiaia/EDUSP, 1981.

ZARONI, Bruno Marzullo Zaroni. A cultura jurídica processual civil brasileira na segunda metade do século XIX: uma análise à luz das obras de Francisco de Paula Batista e Joaquim Ignácio Ramalho. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34.2, pp. 71-105, jul/dez. 2014.

## DOCUMENTOS MANUSCRITOS

Arquivo Histórico Ultramarino (Lisboa) – Códices 97, 157, 224, 241, 242, 246, 256, 257, 258, 263, 265, 266.

Arquivo Histórico Ultramarino – Papéis Avulsos: Bahia, Pará, Pernambuco, Piauí, Maranhão, Minas Gerais e Rio Grande do Norte,

Biblioteca Nacional de Lisboa. Coleção Pombalina – PBA 115 – Livro dos Assentos da Junta das Missões

## **A VALIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO- SEMÂNTICO**

THE VALIDITY OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN JUDICIAL DECISIONS:  
AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF LOGICAL-SEMANTIC CONSTRUCTIVISM

Ewerton Ricardo Messias<sup>1</sup>

André Luis Cateli Rosa<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetivou analisar a validade da aplicação da análise econômica do Direito nas decisões judiciais. Com esse intuito, realizou-se uma análise acerca das definições do que seja hermenêutica e análise econômica do Direito, a partir da construção da regra-matriz da conduta da administração pública. O método de abordagem seguido foi o empírico-dialético, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tendo como sistema de referência uma combinação da *Law and Economics* com o giro linguístico, este último, representado por meio do Constructivismo Lógico-Semântico de Paulo de Barros Carvalho.

Palavras-chave: Análise econômica do Direito. Hermenêutica. Regra-matriz.

**ABSTRACT:** This article aimed to analyze the validity of the application of the economic analysis of Law in judicial decisions. To that end, an analysis was carried out on the definitions of what is hermeneutics and economic analysis of law, based on the construction of the matrix rule of conduct for public administration. The method of approach followed was empirical-dialectical, using bibliographic, legislative and jurisprudential research, having as a reference system a combination of Law and Economics with linguistic turn, the latter, represented through the Logical-Semantic Constructivism by Paulo de Barros Carvalho.

Keywords: Economic analysis of law. Hermeneutics. Matrix rule.

---

1. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, Professor Doutor no Programa de Mestrado e Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNOESTE.

2. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, Doutor em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, Professor dos Cursos de graduação em Administração, Ciências Contábeis e Engenharia Civil do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO

3. De acordo com Valter Moura do Carmo e Ewerton Ricardo Messias: “Há que se concordar com a afirmação da existência de indistinção entre as expressões sistema jurídico e ordenamento jurídico, podendo ir além, ao reconhecer a indistinção entre essas e a expressão Direito, vez que se revelam, todos, como um sistema composto pelo direito positivo, pela Ciência do Direito e pela linguagem social, que compõem a norma jurídica, a qual se projeta sobre a região material das condutas humanas, disciplinando-as nas suas relações de intersubjetividade, tendo por objeto a realidade social” (CARMO; MESSIAS, 2017, p. 195).

## 1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico<sup>3</sup> brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, foi construído baseado em codificações, de forma que sua fonte primordial é a lei. Baseado em textos escritos, possibilita diferentes interpretações, tendo em vista que, por meio da utilização das mais variadas técnicas de hermenêutica, pode o estudioso do Direito proceder de diferentes formas quando da aplicação de uma mesma lei ao caso concreto.

Todavia, não obstante haja diversidade de formas de se interpretar a lei, a Constituição Federal estabelece, em seu Art. 37, que a administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário, ao aplicar a lei, obedecer aos mencionados princípios, de forma que a análise do texto legal deve utilizar-se da técnica que mais se aproxima à observância destes.

Diante dessa realidade, surge a seguinte questão: observando-se os princípios trazidos pelo Art. 37 da Constituição Federal, pode a análise econômica do Direito ser utilizada como referência para a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, guiando as decisões do Poder Judiciário aplicáveis aos casos concretos?

Nesse contexto, a validade e as consequências da utilização da análise econômica do Direito<sup>4</sup> como referência perante o ordenamento jurídico pátrio ganha especial importância, vez que proporciona novos rumos ao pensamento jurídico, buscando alcançar consequências éticas que resultem no bem-estar social, reflexo do direcionamento das decisões judiciais para que persigam suas funções sociais, orientando para um contexto que proporcione as melhores condições para a coletividade, oferecendo segurança jurídica, motivo pelo qual passa a ser o objetivo deste estudo.

---

4. *The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values. It is not me rely an ivory-towered enterprise, at least in the United States, where the law and economics movement is understood to have influenced legal reform in a number of important areas. [...] Economic analysis of law is generally considered the most significant development in legal thought in the United States since legal real ismpetered out a half century ago (POSNER, 1998, p. 2). A análise econômica do direito, como atualmente existe não só nos Estados Unidos mas também na Europa, que tem a sua própria associação de direito e economia florescente, tem aspectos positivos (que é descritivo) e aspectos normativos. Ela tenta explicar e prever o comportamento dos participantes e nas pessoas reguladas pela lei. Ela também tenta melhorar a aplicação da lei por chamar a atenção para aspectos em que as leis existentes ou propostas têm consequências não intencionais ou indesejáveis, quer sobre a eficiência econômica ou a distribuição do rendimento e da riqueza, ou outros valores. Ela não é uma simples empresa de marfim, pelo menos nos Estados Unidos, onde o movimento de direito e economia é entendido por ter influenciado a reforma jurídica num certo número de áreas importantes. [...] Análise econômica do direito é geralmente considerada o desenvolvimento mais significativo no pensamento jurídico nos Estados Unidos desde o desaparecimento do realismo jurídico há meio século (tradução nossa).*

---

Para realizar tal análise, foi utilizado o diálogo epistemológico entre a *Law and Economics* e o Constructivismo Lógico-Semântico, como sistema de referência. Assim, pautada no giro linguístico, por meio da construção da regra-matriz da conduta da administração pública, a presente pesquisa buscou verificar a validade da aplicação da análise econômica do direito nas decisões judiciais, diante do contido no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, primeiramente abordou-se a hermenêutica jurídica, esclarecendo no que consiste e sua aplicabilidade, tecendo na sequência breves considerações em relação à análise econômica do Direito, os conceitos de externalidade, racionalidade e custos de transação, de forma a proporcionar um adequado corte metodológico para o prosseguimento do estudo.

Após, demonstrou-se como o constructivismo lógico-semântico possibilita tratar o direito seguindo uma concepção epistemológica bem delineada, unindo de forma lógica e semântica suas proposições, com o intuito de construir seu objeto, de forma a verificar as condições de validade da aplicação da análise econômica do Direito, aqui perseguidas.

Utilizou-se do método de abordagem empírico-dialético<sup>5</sup>, pautado em pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Os conceitos abordados, de cunho fundante, são apresentados na investigação, vinculados à apreensão do constructivismo lógico-semântico, à hermenêutica jurídica e à análise econômica do direito.

A análise pontual de tais conceitos somente cedeu espaço quando da união dos mesmos para sobejar a presente proposta interpretativa, núcleo vital deste estudo. O raciocínio teleológico, portanto, progride rumo à mescla desses institutos de suma importância para verificação da validade da aplicação da análise econômica do Direito nas decisões judiciais, perante o ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 HERMENÊUTICA JURÍDICA: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Desde o surgimento da palavra, entende-se por hermenêutica a ciência e, respectivamente, a arte da interpretação, assumindo a forma de uma doutrina que apresenta as regras de uma interpretação competente. Sua intenção era de natureza predominantemente técnica e normativa, fornecendo às ciências declaradamente interpretativas algumas indicações metodológicas, a fim de prevenir, do melhor modo possível, a arbitrariedade no campo da interpretação de textos ou de sinais (GRONDIN, 1999, p. 9). Hans-Georg Gadamer (1999, p. 301-302) afirma que, por meio da hermenêutica, ao interpretar-se um texto, a compreensão tem um carácter produtivo, e não meramente reprodutivo, pois: “O sentido de um texto ultrapassa o seu autor não apenas ocasionalmente, mas sempre”. Assim: “Compreende-se de modo diferente,

---

5. O método empírico-dialético consiste na confrontação entre a conduta fenomenalizada (empírico) e as normas logicamente estruturadas (regra jurídica). Para Lourival Vilanova, “os objetos culturais, entre os quais se aloja o direito, são todos aqueles que estão na experiência, tendo existência real, contudo sempre valiosos, positiva ou negativamente. O ato gnosiológico próprio é a “compreensão” e o método da correspondente ciência é o “empírico-dialético”” (VILANOVA, 2008, p. 82).

quando se compreende efectivamente” (GADAMER, 1999, p. 301-302).

A hermenêutica consiste na compreensão de voltar a experimentar o processo de construção do texto na perspectiva do autor. O autor é o protagonista de uma atitude linguística de acordo com um tempo, uma percepção que é alheia, de forma que se pode significá-la, mas nunca reconstituí-la. “A tarefa da hermenêutica é essencialmente a de compreender o texto, não o autor”(SCHLEIERMACHER, 1999, p. 220). Trata-se de uma verdadeira arte, e por conta disso, apenas constrói um conjunto de orientações de interpretação de um texto que não são fixas nem rígidas.

Por se tratar de uma arte, exige um espírito criativo, que se caracteriza por um processo livre, cuja fonte é a interação de faculdades únicas para cada artista. Assim, seu produto é uma conquista singular e inimitável, como toda arte e interpretação. O intérprete segue sua própria inspiração, deixando regras mecânicas fora de questão, de forma que o encontro entre leitor e texto é um evento que não se pode prever nem definir, são dois mundos que se fundem de uma maneira que cria um outro mundo, que supera até mesmo a expectativa do autor, de modo que o texto passa a ter vida própria (ABULAD, 2007, p. 22).

No que tange aos estudos jurídicos, pode-se afirmar que a hermenêutica é uma ciência auxiliar do direito que tem por objetivo estabelecer princípios e regras tendentes a tornar possíveis a interpretação e a explicação não só das leis, como também do Direito como sistema. Nas palavras de Reis Friede (2002, p. 154):

A hermenêutica é, por via de consequência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito.

A hermenêutica “[...] é a teoria científica da arte de interpretar”, isto é, “de determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Trata-se assim de uma ciência jurídica que “[...] tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”(MAXIMILIANO, 2011, p. 1). Ou seja, é a ciência que estuda os métodos e técnicas de interpretação do Direito, buscando sistematizá-los de modo a tornar mais fácil e eficiente o trabalho do exegeta.

Assim, em função das leis serem formuladas em termos gerais, os quais não apresentam especificidades, utiliza-se da hermenêutica para estabelecer a relação entre o texto abstrato e caso concreto, de forma a se interpretar e aplicar o direito de maneira correta. Afirma Renata Malta Vilas-Bôas(2003, p. 8) que:

[...] hermenêutica jurídica é uma ciência com um objeto específico – a sistematização e o estabelecimento das normas, regras e/ou processos que

buscam tornar possível a interpretação e fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas.

Não se pode confundir a hermenêutica com a interpretação, vez que “[...] esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1). Dessa forma, o conceito de hermenêutica é mais abrangente, pois diz respeito à sistematização dos processos aplicáveis para se determinar o sentido e o alcance das expressões jurídicas.

A identificação e aplicação do Direito envolvem inúmeros aspectos argumentativos e interpretativos do contexto normativo e da realidade de determinada sociedade, sendo fundamental o aspecto interpretativo para demonstrar como o discurso jurídico não pode se resumir à mera subsunção de um fato à norma (ATIENZA, 2005, p. 28-29).

Nesse contexto, certo é a importância da dimensão interpretativa, sendo pertinente a identificação de qual das interpretações possíveis possibilita uma melhor justificação das decisões do ponto de vista da moralidade, que persiga um ideal aceitável pela sociedade (DWORKIN, 1985, p. 178).

Assim, a interpretação jurídica deve ser entendida dentro de um marco argumentativo (MACCORMICK, 2010, p. 66-67). É nesse contexto que o presente estudo propõe a análise econômica do Direito como marco argumentativo para promover o ideal preenchimento da regra-matriz da conduta da administração pública, a fim de promover a subsunção dos fatos às normas, da forma que melhor atenda aos princípios a que esta se sujeita, proporcionando a mais adequada justificação das decisões, com o objetivo de se alcançar a solução ideal para a sociedade.

### **3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: Um entendimento**

A análise econômica do Direito (AED) consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano e o esclarecimento das consequências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes. Segundo Ivo Gico Júnior (2010, p. 17), a análise econômica do Direito consiste na:

[...] aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.

Em sua abordagem, a análise econômica do Direito assume como pressuposto o

individualismo metodológico, consistente na presunção de que os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações de todos os membros da coletividade. As escolhas individuais são, portanto, a “unidade de análise fundamental” (RODRIGUES, 2007, p. 16).

Assim, por meio da análise econômica do Direito e da necessidade de sua observância, demonstrar-se-á uma visão realista dos fenômenos jurídicos (realismo jurídico), afastando uma análise apenas formal (FREIRE, 2010, p. 21-30), levando-se em conta que, para tanto, as relações entre os indivíduos da sociedade sejam examinadas sob a perspectiva econômica. O diálogo entre direito e economia mostra-se essencial para oferecer as melhores soluções para a sociedade em qualquer tempo, principalmente nos atuais, em que essas ciências cada vez mais se relacionam (MESSIAS; SOUZA, 2015, p. 6). A utilidade da análise econômica do Direito reveste-se em encontrar a racionalidade<sup>6</sup> toda e qualquer decisão, independentemente de estar dentro ou fora do mercado, tendo em vista que toda a atividade humana não instintiva se abarca nesse conceito e pode, por isso, ser economicamente analisada (SCHMIDT, 2014, p. 206).

Assim, o método que leva em conta a economia para a análise e aplicação do Direito, considerando a interação entre o pensamento econômico e o Direito, passou a ganhar força e se consolidou por meio dos estudos realizados por Richard Posner para quem o Direito deve ser interpretado e pensado a partir dos princípios da Economia. Iniciando por uma lógica pragmática, o autor defende um método de interpretação consequencialista para o Direito, transformando-o num instrumental pautado pelos efeitos das decisões jurídicas. Nesse contexto, esclarece que as decisões judiciais devem ser orientadas pelo padrão de análise custo-benefício, o qual denomina maximização da riqueza, representando este um verdadeiro princípio ético comportamental. Na sequência de seu raciocínio, Richard Allen Posner (2010, p. 14) sustenta que o Poder Judiciário deve ser previsível e estável para oferecer ao mercado segurança para o livre fluxo dos recursos. As decisões judiciais devem, pois, estarem livres de subjetividades valorativas decorrentes da lógica jurídica principiológica e se pautarem pela diretriz da eficiência na alocação de recursos.

A perda de recursos/esforços representa um custo social, o que é indesejável sob qualquer perspectiva, de forma que a utilização do direito na produção e aplicação de normas deve visar o alcance do melhor resultado econômico com o mínimo de erros ou perdas, o que resultará na obtenção de melhor rendimento e alcance dos objetivos de maneira mais produtiva, tornando nítida a necessidade de se considerar a relação existente entre Direito e Economia.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica. Por isso, defensores da teoria evolucionista das sociedades admitem que o conjunto de regras socialmente predispostas

---

6. A Teoria da Escolha Racional não pretende preceituar como o homem deve se comportar, mas como ele, de fato, se comporta. Nesse contexto, a melhor maneira de se entender o processo de tomada de decisões de sistemas democráticos é buscar compreender os objetivos dos indivíduos que compõem e fazem funcionar referidos sistemas, a partir da premissa de que tais indivíduos são racionais e, por conseguinte, capazes de pensar e agir de forma direcionada, buscar associar ganhos ótimos a estratégias de comportamento orientadas a partir dos contextos nos quais se encontrarem inseridos (FARENZENA, 2011, p. 85).

serve à organização das relações intersubjetivas e, em dado momento, se consagra como Direito posto. Assim, fatores econômicos estarão envolvidos no processo de criação e aplicação das normas (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p. 83).

No mais, tratando-se da aplicação das normas por uma instituição, ponto essencial a se destacar é o ensinamento de Douglas North (1994, p. 359-368), que esclarece que as instituições têm a vocação de indução ou de coibição de condutas a partir de um juízo valorativo. Nesse sentido, ao se tomar a Economia como uma ciência que está diretamente relacionada ao estudo do comportamento humano, seus instrumentos mostram-se poderosos para a prospecção dos comportamentos dos agentes frente às diversas prescrições do ordenamento jurídico (NUSDEO, 2015, p. 43-44). Frise-se ainda que a análise econômica é aplicável a todos os ramos do Direito. Conforme apontado por Guillermo Cabanellas (2006, p. 22):

Isso não implica afirmar que todos os comportamentos humanos, ou comportamentos jurídicos, são motivados exclusivamente por considerações econômicas, ou que eles devem ser julgados apenas nesta perspectiva. Isso implica que, mesmo que advenha de normas com motivos extraeconômicos e que regulam as atividades com finalidades extraeconômicas, tais regras terão efeitos econômicos que podem ser descritas e analisadas<sup>7</sup> (tradução nossa).

É sob essa perspectiva, ponderando-se as externalidades, a escolha racional e os custos de transação, que se demonstrará como a análise econômica do Direito compõe o critério material da regra-matriz da conduta da administração pública no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.1 Externalidades na análise econômica do Direito**

A noção de externalidade proposta pela análise econômica do direito tem origem no trabalho de Ronald Coase, para quem, em que pese haver baseado suas discussões sobre externalidades nas discussões de Arthur Cecil Pigou sobre divergência[s] (HOVENKAMP, 2008, p. 635), as externalidades poderiam ser resolvidas se as pessoas afetadas por elas e as pessoas que a criaram pudessem facilmente se reunir e barganhar, ou seja, as externalidades, positivas ou negativas, poderiam ser resolvidas dentro de uma relação estritamente privada, não havendo a necessidade de qualquer intervenção estatal. Por outro lado, Arthur Cecil Pigou, ao tratar sobre divergência[s] asseverou que elas se refletem nos “[...] custos impostos ou os benefícios conferidos a outros que não são levados em conta pela pessoa que está tomando a

---

7. No original: “Esto no implica afirmar que todas las conductas humanas, o las conductas jurídicas, están motivadas exclusivamente por consideraciones económicas, o que deban ser juzgadas solamente desde esta perspectiva. Sí implica que, aunque se trate de normas con motivos extraeconómicos y que regulan actividades hechas con fines extraeconómicos, tales normas tendrán efectos económicos que pueden ser descriptos y analizados” (CABANELLAS, 2006, p. 22).

ação” e que sua existência seria “[...] justificativa suficiente para a intervenção do governo”, impondo impostos àqueles que gerassem uma externalidade negativas e subsídios àqueles que gerassem externalidades positivas (THE LIBRARY OF ECONOMICS AND LIBERTY, 2018).

Assim, Ronald Harry Coase (1960, p. 1-2) propõe analisar a externalidade a partir da noção de custo de oportunidade, uma análise comparativa entre a receita obtida de uma dada combinação de fatores e as possibilidades de receitas que seriam obtidas com arranjos alternativos. Assim, em vez de tratar os fatores de produção como coisas, propõe considerá-los como direitos. Nesse sentido, o direito de fazer algo que produza um dano para outros também pode ser visto como um fator de produção, ou seja, o custo de exercer esse direito (de usar um fator de produção) é sempre uma perda para quem sofre os efeitos do seu exercício. Dessa forma, Coase (1960, p. 2) inverteu os termos em que a questão era tradicionalmente considerada, atribuindo-lhe uma abordagem dual. Segundo ele:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é geralmente considerada como aquela em que A proporciona dano sobre B e o que deve ser decidido é: como devemos restringir A? Mas isso é errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o dano a B causaria dano em A. A questão real que deve ser decidida é: deve ser permitido a A prejudicar B ou deve ser permitido a B prejudicar A? O problema é evitar o dano mais grave<sup>8</sup>(tradução nossa).

Tem-se então um problema de natureza recíproca, cuja solução não é tão óbvia quanto as análises tradicionais apontavam, haja vista que, sob esta perspectiva, com o intuito de se alcançar o menor custo social, o ideal é a busca pelo desfecho que proporcione menor dano, independente de quem for a razão no conflito. Segue Coase (1960, p. 2) em seu raciocínio, exemplificando da seguinte forma:

[...] o problema dos gados que escapam e destroem lavouras em terras vizinhas. Se é inevitável que algum gado escape, um aumento no suprimento de carne só pode ser obtido em detrimento de uma diminuição no fornecimento das lavouras. A natureza da escolha é clara: carne ou agricultura. E a resposta que deve ser dada não é óbvia, a menos que saibamos o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo<sup>9</sup>(tradução nossa).

---

8. No original: “The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflictsharmon B and what has to be decidedis: how should we restrain A?But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. Toavoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A beallowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm” (COASE, 1960, p. 2).

---

O problema não é simplesmente evitar dano, mas sim evitar o dano maior. O que deve ser avaliado é se é viável, do ponto de vista da sociedade, permitir ou inibir a ação de “A”, e a resposta não é óbvia, a menos que se conheçamos valores dos ganhos e perdas envolvidos na questão. Essa conjuntura decorre em que as tomadas de decisões no momento da aplicação das leis devem levar em consideração todos os valores envolvidos na questão sob análise, direta e indiretamente, devendo-se considerar todas as externalidades.

### **3.2. Escolha racional**

Uma vez abordados os conceitos de externalidades, para complementar a compreensão da análise econômica do direito e sua aplicação ao ordenamento jurídico pátrio, é necessário entender o pressuposto de racionalidade das condutas humanas.

Partindo dos ensinamentos de Coase (1988, p. 27), a racionalidade consiste na possibilidade do indivíduo, sempre que se deparar com diversidade de escolhas, avaliar qual opção lhe oferece maior benefício, analisandoos prejuízos e optando pela situação que lhe for melhor. Ou seja, o indivíduo, diante de várias possibilidades de escolha no dia a dia, o faz de acordo com o que é melhor para si, visando sempre seus próprios interesses, optando pelo que lhe traga maior satisfação. A esse respeito Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 89) destacam que:

[...] o ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade.

Assim, por meio da análise econômica, o indivíduo toma decisões pautadas em seus interesses individuais, sem ponderar se a referida decisão é o melhor a ser feito para a sociedade. Trata-se da tese do egoísmo natural, a qual:

[...] encontra respaldo no pensamento ocidental em duas tradições distintas: a tradição do Leviatã (Hobbes) e a da mão invisível (Adam Smith). A primeira conduz à ênfase no controle estatal e burocrático dos antagonismos sociais; a segunda confia que, livres de controles, os vícios privados resultam em benefícios públicos. Essas concepções distintas se expressam na análise de

---

9. No original: “[...] the problem of straying cattle which destroy crops on neighbouring land. If it is inevitable that some cattle will stray, an increase in the supply of meat can only be obtained at the expense of a decrease in the supply of crops. The nature of the choice is clear: meat or crops. What answer should be given is, of course, not clear unless we know the value of what is obtained as well as the value of what is sacrificed to obtain it” (COASE, 1960, p. 2).

políticas públicas na oscilação pendular entre a intervenção estatal e a privatização. Uma e outra desconsideram a vocação colaborativa dos seres humanos como fundamento da ação coletiva (SCHMIDT, 2018, p. 125).

Paula Forgioni (2005, p. 248) destaca que “as decisões individuais dos agentes econômicos são marcadas pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades”, motivo pelo qual, em busca de seus próprios interesses, optam pelas condutas que melhor atendem aos seus objetivos. Adam Smith (1806, p. 20) exemplifica afirmando que “[...] não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm por seu próprio interesse<sup>10</sup>” (tradução nossa).

### 3.3. Indução de comportamento

Levando-se em consideração a análise econômica, a escolha do ser humano dependerá das vantagens e desvantagens relacionadas ao cumprimento e ao descumprimento da norma, prevalecendo sempre a que apresentar o melhor benefício sob o ponto de vista do indivíduo que a pratica. Conforme demonstrado por meio da escolha racional, fica claro que o ordenamento jurídico pode influenciar a conduta dos indivíduos na sociedade. Nesse sentido, Forgioni (2005, p. 248) pontua que:

[...] normas jurídicas nada mais são do que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos.

A ideia é complementada pelos ensinamentos de Douglas North (1994, p. 361), ao afirmar que as instituições, inclusive as jurídicas, formam as regras do jogo, que servirão de parâmetro para as escolhas tomadas no dia a dia pelos agentes econômicos. O direito exerce influência acerca da conduta dos indivíduos, utilizando para tanto de instrumentos de sanção e de premiação (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 13).

Assim, por meio da racionalidade, levando-se em consideração o ordenamento jurídico vigente, o indivíduo analisará os custos e benefícios individuais para tomar a melhor decisão para si. Nesse cenário, a relação entre o Direito e a Economia não é meramente financeira, mas de implicações de escolha racional, resultando em efeitos da legislação sobre o comportamento dos indivíduos, de forma que este levará em consideração todas as externalidades provenientes de suas condutas (FRIEDMAN, 2000, p. 8).

---

10. No original: “It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest” (SMITH, 1806, p. 20).

Diante dessas considerações, pode-se afirmar que o Direito é um poderoso indutor de condutas, capaz de levar os indivíduos a refletirem sobre seus atos e suas respectivas consequências, o que, tendo por base a análise econômica, direta ou indiretamente, pode inibir ou estimular comportamentos diante da sociedade.

### **3.4. Custos de transação**

A análise dos custos de transação também é essencial para verificar a aplicabilidade da análise econômica do Direito ao ordenamento jurídico brasileiro. São aqueles relacionados à concretização de uma relação comercial, que não envolvem a manufatura do objeto transacionado. Esses custos podem ser definidos, por exemplo, como custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato. Os custos de transação são aqueles relacionados à movimentação do sistema econômico, diferenciando-se dos custos de produção, estes relacionados a outros fatores como matéria-prima e mão de obra (WILLIAMSON, 1985, p. 18).

Os custos de transação são aqueles relacionados (i) à busca de interessados no negócio; (ii) às despesas para negociação e formalização das transações; e (iii) aos custos para fiscalizar e tomar as medidas cabíveis, caso haja descumprimento contratual (COOTER; ULEN, 2010, p. 105). Assim, diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, os indivíduos sempre perseguirão a sua redução, levando em consideração o ordenamento jurídico a que estão sujeitos e a forma de atuação das instituições jurídicas. Nesse sentido, a redução dos custos de transação relaciona-se com a busca de maior eficiência na esfera econômica, conforme abordado anteriormente no que diz respeito às externalidades. Assim, no presente estudo considerar-se-á eficiente o cenário pelo qual haja redução dos custos de transação.

## **4 CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO: Construção da regra-matriz da conduta da administração pública perante o ordenamento jurídico brasileiro**

Diante do tema selecionado, a proposta metodológica indicada é tratar o direito seguindo uma concepção epistemológica bem delineada, tendo como referencial o Constructivismo Lógico-Semântico, tratando de forma lógica e semântica suas proposições com o intuito de construir seu objeto. Nessa seara, a respeito do Constructivismo Lógico-Semântico, prescreve Paulo de Barros Carvalho (2014, p. 4) que:

O Constructivismo Lógico-Semântico é, antes de tudo, um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento; meio e processo para construção rigorosa do discurso, no que atende, em certa medida, a um dos requisitos do saber científico tradicional. Acolhe, com entusiasmo, a recomendação de Norberto Bobbio, segundo a qual não haverá ciência ali onde a linguagem for solta e descomprometida. O modelo

constructivista se propõe a amarrar os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que dêem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação.

Assim, utilizar-se-á de algumas características do método a fim de encontrar as causas, consequências e validade da utilização da análise econômica do Direito para orientar a conduta da administração pública diante do ordenamento jurídico brasileiro, tais quais: (i) o direito é texto e contexto, construído a partir da linguagem, inspirado pelas premissas do giro linguístico; (ii) as normas jurídicas somente são construídas após a intervenção do intérprete que arquiteta o sentido da norma e a positiva em normas individuais e concretas; (iii) o direito positivo, sob o ângulo ora eleito, é o conjunto de normas jurídicas válidas em um dado sistema 'S'; (iv) seguindo as orientações da retórica, não admite interpretações certas ou erradas, mas válidas ou não, sendo a validade uma relação de pertinencialidade ao sistema jurídico e não de correspondência ou coerência; (v) a norma não incide automática e infalivelmente, mas precisa ser incidida, ou seja, um indivíduo precisa aplicar ou fazer incidir a norma jurídica para que o evento passe a ser fato jurídico.

Por certo, para o Constructivismo Lógico-Semântico, o estudo da utilização da análise econômica do Direito para orientar a conduta da administração pública diante do ordenamento jurídico brasileiro, está voltado primordialmente para o exame dos fatos dentro de um sistema 'S' (direito positivo). Nessa perspectiva, observa-se uma visão factual do direito, reduzindo a complexidade através de uma organização de acontecimentos do mundo social, o que será feito por meio da construção da regra-matriz da conduta da administração pública, aplicando-se a ela os fatos sociais. O contato inicial do cientista no Direito se dá com o acesso ao conjunto dos enunciados prescritivos (o direito posto). A partir dos fatos enunciativos, retrocede-se ao epicentro produtor de normas, que se identifica com a atividade da enunciação.

Nesse sentido, a partir das premissas do Constructivismo Lógico-Semântico, o conceito dos objetos estudados são enunciações, algo totalmente “construído”. Assim, orientando-se por esse método, será possível identificar a validade da utilização da análise econômica do Direito para orientar a conduta da administração pública em relação ao ordenamento jurídico – sistema “S” do qual fazem parte (ordenamento jurídico brasileiro), por meio da construção da regra-matriz da conduta da administração pública, aplicando-se a ela os fatos sociais envolvidos nas situações estudadas.

#### **4.1 A regra-matriz de incidência**

Para um melhor entendimento e contextualização da importância da regra-matriz de incidência desenvolvida pelo sistema do Constructivismo Lógico-Semântico, mister se faz primeiramente compreender o significado da norma jurídica e sua relação com os fatos sociais.

---

Os fatos corriqueiros do dia a dia, isoladamente, não geram efeitos jurídicos. Esses efeitos apenas passam a ter espaço e incidência porque uma norma jurídica os toma como proposição antecedente, implicando-lhes consequências. Assim, sem a norma jurídica não há direitos e deveres na esfera jurídica. Desta forma, o estudo do Direito volta-se às normas e não aos fatos ou às relações sociais deles decorrentes, que se estabelecem por influência da linguagem jurídica.

Complementa Lourival Vilanova (2003, p. 53-54), esclarecendo que, na linguagem escrita e falada do Direito positivo, não se depara com o dever-ser, com a função sintática de modal deôntico neutro, de forma que, “[...] generalizando, obtenho o conceito de norma jurídica. Agora, só formalizando obtenho o conceito de ‘dever ser’: ultrapassando a linguagem da Teoria Geral do Direito para ingressar na linguagem formal da Lógica”.

No processo gerador de sentido dos textos jurídicos, o intérprete, conhecendo a regra-matriz (estrutura lógica), sai em busca dos conteúdos significativos do texto posto para completá-la e assim constrói a regra-matriz de incidência (norma jurídica). A regra-matriz, considerada como estrutura lógica, é desprovida do conteúdo jurídico, trata-se de um esquema sintático que auxilia o intérprete no arranjo de suas significações, na construção da norma jurídica. A regra-matriz, enquanto norma jurídica aparece quando todos os campos sintáticos desta estrutura forem semanticamente completados.

A interpretação, segundo o Constructivismo Lógico-Semântico, deve abranger os planos sintático e semântico. O plano sintático é formado pelo relacionamento que os símbolos linguísticos mantêm entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior ao sistema. O semântico diz respeito às ligações dos símbolos com os objetos significados, as quais, tratando-se da linguagem jurídica, são os modos de referência à realidade: qualificar fatos para alterar normativamente a conduta. E o pragmático é tecido pelas formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos (CARVALHO, 2015, p. 286).

A estrutura lógica, que é um esquema sintático, deve ser preenchida pelo intérprete por meio do arranjo das significações que a completam, resultando assim na norma jurídica, que é a regra-matriz de incidência. É nessa linha de raciocínio que Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 235-237) propõe uma ocorrência mínima a ser verificada em toda e qualquer norma, que caracteriza a regra-matriz de incidência, a qual serve como ferramenta ao estudioso do direito para melhor compreensão de seu objeto. Resultado disso é a possibilidade de verificação do enquadramento das condutas sociais ao ordenamento jurídico vigente, por meio do preenchimento semântico de todos os campos sintáticos.

A partir da compreensão da norma jurídica (em sentido estrito) pode-se identificar comportamentos prescritos tanto no antecedente quanto no consequente, materializados em seus elementos mínimos e condicionados por critérios lógicos (sintático-semânticos), quais sejam: 1) na hipótese normativa, (a) o **critério material** (verbo e complemento), (b) o **critério espacial** (âmbito de incidência normativa – que não se confunde com o âmbito de vigência da

norma), que é o local onde se reputa ocorrido o fato social que enseja a relação jurídica obrigacional, e, (c) o **critério temporal** (momento da ocorrência do evento, cuja certificação se dá por meio de linguagem jurídica competente – vertido em fato jurídico – consoante descrito na hipótese normativa); e, 2) no conseqüente normativo, verificam-se, (a) o **critério pessoal** (sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional), e o (b) o **critério quantitativo** (CARVALHO, 2002, p. 235-237).

Pragmaticamente, significa dizer que a regra-matriz possibilita ao estudioso do Direito verificar a validade da norma jurídica segundo o sistema de referência utilizado, ou seja, no presente estudo, a validade da análise econômica do Direito como marco argumentativo para o adequado preenchimento lógico-semântico da regra-matriz.

## 4.2 A regra-matriz de conduta da administração pública

Conforme demonstrado, a regra-matriz representa uma norma de comportamento posta no sistema para disciplinar uma conduta. No caso da administração pública, refere-se aos meios pelos quais o sujeito ativo (administração pública), deve se comportar perante o sujeito passivo (toda a coletividade), quando do desempenho de suas funções, por meio de todos os Poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Assim, a conduta da administração pública perante toda a coletividade possui suas estruturas lógicas iniciais traçadas pelo Art. 37 da Constituição Federal, que em seu *caput* prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988).

Verifica-se que a norma constitucional, além de definir quem são os sujeitos ativos da administração pública, deixou também claros os princípios a serem obedecidos por eles.

### 4.2.1 Critérios da hipótese:

A hipótese normativa consiste em proposição antecedente e descritiva de possível evento do mundo social, evento este que no presente estudo refere-se à conduta da administração pública, cujos critérios são: o critério da materialidade da conduta da administração pública, o critério espacial e o critério temporal.

O critério material da conduta da administração pública, contida na regra-matriz constitucional, é a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ou seja, todos os atos executados pela administração pública, seja direta ou indireta, devem obedecer aos princípios acima mencionados. Tem-se, portanto, como verbo:

obedecer; e como complemento: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, ao elaborar as leis, o Poder Legislativo deve obedecer os referidos princípios; o mesmo deve ocorrer com o Poder Executivo, quando do exercício de suas funções; da mesma forma, o Poder Judiciário, deve obedecê-los, em todas as decisões proferidas, bem como quando da realização do controle de legalidade dos atos administrativos, com base na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>11</sup>.

De acordo com o critério espacial a conduta da administração pública de que cuida o Art. 37 da Constituição Federal deve ser observada em todas as esferas, ou seja, por qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, resultando em observância pelos órgãos da administração pública direta e indireta, onde quer que estejam.

O critério temporal deve corresponder ao momento em que ocorre a materialização do fato no mundo fenomênico. Assim, em relação ao Poder Legislativo, a materialização ocorre com a publicação de seus atos, que deverão para tanto observar os princípios trazidos pelo Art. 37 da Constituição Federal. No que tange ao Poder Judiciário, a materialização do fato ocorre com a externalização das decisões dos Juízes, em todos os graus de jurisdição, que também deverão observar os mencionados princípios. No que se refere ao Poder Executivo, a materialização ocorre a cada ato de seus representantes na gestão dos órgãos públicos, que deverão sempre estar alinhados com os já mencionados princípios.

Para possibilitar um melhor entendimento, pode-se trazer à baila a distinção feita por Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 194) entre o “tempo do fato” e o “tempo no fato”. Segundo o autor:

O tempo *do fato* é aquele instante no qual o enunciado denotativo, perfeitamente integrado como expressão dotada de sentido, ingressa no ordenamento do direito posto, não importando se veiculado por sentença, por acórdão, por ato administrativo ou por qualquer outro instrumento introdutório de normas individuais e concretas. (...) Algo diverso, porém, é o tempo *no fato*, isto é, a ocasião a que alude o enunciado factual, dando conta da ocorrência concreta do evento (grifo do autor).

Dessa forma, o tempo “no fato” é o momento de ocorrência de um evento no mundo fenomênico, que, quando convertido em linguagem competente, transformar-se em tempo “do fato”. Assim, este sempre será posterior àquele.

E em relação às condutas da administração pública, tem-se a prática de seus atos como

---

11. Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (STF, 1969).

---

indicador do tempo no fato. Quando esse fato é traduzido em linguagem competente, ou seja, enquadra-se dentre aqueles previstos em lei, é que se considera ocorrido o fato gerador e permitido a instauração da relação jurídica reveladora da obrigação de observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, trazidos pelo Art. 37 da Constituição Federal.

#### **4.2.2 Critérios do consequente**

O consequente normativo funciona como prescriptor de condutas intersubjetivas, envolvendo dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória. No presente estudo, que aborda a conduta da administração pública, tem-se a constituição dos seguintes critérios do consequente: o critério pessoal e o critério quantitativo.

Em relação ao critério pessoal, necessário apontar os sujeitos passivos e ativos da relação jurídica, que no caso da conduta da administração pública, consubstanciam-se da seguinte forma: (i) sujeito passivo são todos os indivíduos que fazem parte do Estado Democrático de Direito promulgado pela Constituição Federal, conforme consta em seu preâmbulo; (ii) como sujeito ativo, figuram todos os integrantes da administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, a Constituição Federal delimita a norma de incidência das condutas da administração pública em aspecto pessoal, externalizando quais as pessoas que possuem relação com o fato imponível.

Ao estabelecer no Art. 37 da Constituição Federal que a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, evidenciou-se que independente de qualquer meio de mensuração dos atos da administração pública, tais princípios deverão ser obedecidos.

Decorrente disso, sob o critério quantitativo, tem-se que toda e qualquer conduta da administração pública encaixar-se-á na regra-matriz aqui construída, independentemente de mensuração, e consequentemente deverá observar os mencionados princípios, caso preenchidos seus demais critérios.

### **5. A VALIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS**

Por meio da utilização da regra-matriz da conduta da administração pública, verificar-se-á o aspecto de validade da utilização da análise econômica do Direito no ordenamento jurídico brasileiro, como referência para guiar as decisões judiciais.

Conforme verificado, a análise econômica do Direito, tanto prescritiva, quanto descritiva,

permite ao estudioso do Direito avaliar quais as melhores soluções a serem adotadas, tendo em vista a racionalidade que é inerente ao ser humano, que persegue seu bem-estar dentro da sociedade.

No presente estudo, aborda-se a validade da utilização da análise econômica do Direito no ordenamento jurídico pátrio por meio de seu enquadramento à regra-matriz da conduta da administração pública em relação ao Poder Judiciário, responsável pela aplicação das leis aos casos concretos. Para tanto, utiliza-se da análise econômica do Direito como forma de adequado preenchimento do critério material das condutas da administração pública, o que se faz com base em seus princípios.

Conforme já abordado, o critério material da conduta da administração pública, contida na regra-matriz constitucional, é a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tem-se, portanto, como verbo do critério material, obedecer; e como complemento, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa forma, o Poder Judiciário, ao aplicar as leis, deve obedecer aos princípios acima mencionados. A obediência aos princípios é o que confere validade à conduta da administração pública perante o sistema do Constructivismo Lógico-Semântico.

Todavia, conforme demonstrado, por meio de técnicas de hermenêutica, existem várias formas de se pensar as consequências da aplicação de uma determinada lei aos casos concretos, e para o correto preenchimento da regra-matriz, deve-se acolher a forma que melhor proporciona obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ao se depararem com os casos concretos, os magistrados podem utilizar das mais variadas técnicas de hermenêutica para aplicar a lei, o que levará a inúmeras possibilidades. Uma vez levantadas as possibilidades diante das várias interpretações possíveis, o magistrado fará exercícios de prognose, a fim de ponderar, dentre as possibilidades, qual delas proporcionará o melhor resultado para a sociedade, levando em consideração o aspecto material da regra-matriz, ou seja, obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A análise econômica do Direito possibilita ao magistrado, ao aplicar a norma, fazê-lo da forma mais pertinente, levando em consideração todos esses princípios que fazem parte da regra-matriz. Isso porque, (i) buscará sempre a melhor interpretação observando o conjunto do ordenamento jurídico vigente, obedecendo assim o princípio da legalidade; (ii) por meio de estudo da racionalidade, que é inerente ao ser humano, bem como das externalidades e dos custos de transação potencialmente ocasionados, identificará qual a melhor interpretação para promover o bem-estar da sociedade, e não de determinadas classes ou indivíduos, fazendo cumprir assim o princípio da impessoalidade; (iii) a análise econômica do Direito persegue consequências éticas dentro da sociedade, de forma que, dentre as várias possibilidades de interpretação para aplicação das leis, recomendará a que seja moralmente mais benéfica para o alcance do bem-estar social; (iv) suas recomendações são no sentido de promover a maior eficiência para a sociedade, de forma que, ao aplicar a lei, levará em consideração qual das opções possíveis ocasionará maior

eficiência, tendo em vista o custo/benefício social a ser produzido, por meio de análise das potenciais externalidades e custos de transação, levando ainda em consideração a racionalidade dos indivíduos; e (v) reveste-se sempre de publicidade, o que é elementar para proporcionar o eficiente diálogo entre o Direito e a Economia.

A fim de melhor elucidar, apresenta-se caso real abordado por Luciano BenettiTimm (2009, p. 33): no ano de 1994, o advento do Plano Real proporcionou paridade da moeda nacional em relação ao dólar. Em função disso, muitos consumidores, em busca dos juros mais baixos oferecidos pelo mercado norte-americano, assumiram o risco cambial e contrataram operações de *leasing* de veículos com reajustes vinculados à cotação da moeda norte-americana. No ano de 1999, devido à política governamental do Estado brasileiro, a moeda nacional (o Real) sofreu grande desvalorização, resultando em aumentos superiores a 150% das prestações dessas operações. Referida situação chegou até o Poder Judiciário, diante da qual, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao interpretar a lei, dividiu o prejuízo proporcionado pela variação cambial entre os consumidores e as instituições financeiras.

Essa interpretação conferida à lei pelo STJ é a que melhor atende ao critério material da regra-matriz da conduta do Poder Judiciário?

A análise econômica do Direito demonstra que não. Isso porque, a decisão foi eficiente apenas para os poucos consumidores envolvidos, em detrimento de toda a sociedade. Após referida decisão, mesmo sendo legalmente permitido, este tipo de contrato de *leasing* desapareceu do mercado, o que atualmente impede todos os outros consumidores, que estão dispostos a assumirem os riscos da variação cambial, a contratarem operações de *leasing* com taxas de juros reduzidíssimas. Nesse contexto, a decisão do STJ no presente caso não buscou a maior eficiência para a sociedade e nem foi impessoal, pois foi conferida em privilégio de uma minoria. Da mesma forma, não foi revestida de moralidade, destoando completamente do critério material da regra-matriz da conduta da administração pública.

É nesse cenário que, por meio de análise das externalidades envolvidas, bem como da racionalidade inerente aos indivíduos e do custo/benefício em relação à sociedade, a análise econômica do Direito proporciona o adequado preenchimento do critério material da regra-matriz, possuindo validade em relação ao sistema de referência adotado, pautado no giro linguístico: o Constructivismo Lógico-Semântico, de Paulo de Barros Carvalho.

## 6. CONCLUSÃO

Conclui-se que a hermenêutica jurídica é a teoria científica da arte de interpretar, de forma que determina o sentido e o alcance das expressões do Direito. É uma ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das normas jurídicas. Assim, é uma ciência que confere aos estudiosos métodos e técnicas de interpretação do Direito, buscando sistematizá-los de modo a tornar mais fácil e eficiente o trabalho do exegeta.

A análise econômica, um dos métodos de interpretação do Direito, confere aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano e o esclarecimento das consequências dos comandos judiciais, assumindo, portanto, relevância no processo de aplicação das leis.

Somado a isso, conclui-se que a análise econômica é aplicável a todos os ramos do Direito, tendo em vista que, mesmo que recaia sobre normas com motivos extraeconômicos e que regule as atividades com finalidades extraeconômicas, tais normas terão efeitos econômicos que podem ser descritas e analisadas.

O Constructivismo Lógico-Semântico, sistema de referência pautado no giro linguístico, ora adotado, propõe unir os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que resultam em firmeza à mensagem, por meio de cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação. Nessa perspectiva, por meio de uma visão factual do direito, reduzindo a complexidade através de uma organização de acontecimentos do mundo social, construiu-se a regra-matriz da conduta da administração pública, prevista no Art. 37 da Constituição Federal, aplicando-se a ela os fatos sociais.

Por fim, conclui-se que, por meio da análise das externalidades envolvidas, bem como da racionalidade e do custo/benefício em relação à sociedade, a análise econômica do Direito proporciona o adequado preenchimento do critério material da regra-matriz da conduta da administração pública no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que, sua utilização pelo Poder Judiciário, é válida perante o sistema de referência ora adotado, qual seja, o Constructivismo Lógico-Semântico, tendo em vista que proporciona de forma eficaz a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressamente trazidos no texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ABULAD, Romualdo E. Whatishermeneutics? **Kritike**, Manila, vol. 1, nº 2, p. 11-23. dec. 2007. Disponível em: <[http://www.kritike.org/journal/issue\\_2/abulad\\_december2007.pdf](http://www.kritike.org/journal/issue_2/abulad_december2007.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2020.

CABANELLAS, Guillermo. El análisis económico delderecho. Evolución histórica.

Metas e instrumentos. In: KLUGER, Viviana (Org.). **Análisis económico delderecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006. p. 21-37.

CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Pós-modernidade e principiologia

jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 189-205, set./dez. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Algo sobre o Constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2015.

COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost. **Journal of Law & Economics**, Chicago, v.3, 1960. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

COASE, Ronald Harry. **The firm, the market, and the law**. Chicago: Chicago University, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bokman, 2010.

DWORKIN, Ronald. The 1984 McCorkle Lecture: Law's ambitions for itself. **Virginia Law Review**, vol. 71, p. 173-187, 1985. Disponível em: <[http://www.domhelder.edu.br/veredas\\_direito/pdf/9\\_83.pdf](http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/9_83.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2020.

FARENZENA, Suélen. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais e a problemática atinente ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 9, p. 77-104, jan./jun. 2011.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

FREIRE, Alonso Reis. Odisseu ou Hércules? Sobre o Pragmatismo e a Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Minas Gerais, n. 3, p. 21-30, 2010.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. Wahrheit und Methode. **Gesammelte Werke**, Bd.1. Tübingen: J. C.B. Mohr, 1999.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v.1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

GRONDIN, J. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

HOVENKAMP, Herbert J. The Coase Theorem and Arthur Cecil Pigou. **Arizona Law Review**, Arizona, v.51, n.3, p.633-649, set. 2009.

---

MACCORMICK, Neil. Argumentación e Interpretación en el Derecho. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 33, p. 65-78, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. São Paulo: Forense, 2011.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. **Financiamento e Dano Ambiental: A responsabilidade civil das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NORTH, Douglas. Economic performance through time. **The American Economic Review**, Nashville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. Values and consequences: As an introduction to economic analysis of law. University of Chicago Law School. **John M. Olin law & Economics Working**, Paper n. 53, 2D Series. Chicago: 1998. Disponível em: <[http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2020.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHLEIERMACHER F. D. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 anos do fundo de defesa de direitos difusos sob a luz da análise econômica do direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. **Argumentum Revista de Direito**, Marília, n. 15, p. 201-226, 2014.

SCHMIDT, João Pedro. Bases bio-psicossociais da cooperação e o paradigma colaborativo nas políticas públicas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 1, p. 123-162, jan./abr. 2018.

SMITH, Adam. **An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations: With a Life of the Author. Also, a View of the Doctrine of Smith Compared with that of the French Economists; with a Method of Facilitating the Study of His Works**, Volume 1. Edinburgh: William Creech, 1806. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=xTpFAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=xTpFAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 12 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 473**, de 3 dezembro de 1969. Brasília: Plenário, 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

THE LIBRARY OF ECONOMICS AND LIBERTY. **Arthur Cecil Pigou 1877-1959**. Disponível em: <<https://www.econlib.org/library/Enc/bios/Pigou.html>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

---

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, vol. 2, p. 1-39, 2009.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. In: **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, vol. I. São Paulo: IBET/Axis-Mundi, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica** – hermenêutica constitucional. Brasília: Fundação Universa, 2003.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. Nova York: The Free, 1985.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus jurídico, 2005.

## DIREITO AO RECONHECIMENTO DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS: IDENTIDADE, TERRITÓRIO E MEMÓRIA EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -STF

*Paga-se um preço por se viver em uma democracia e ele não é exorbitante, mas módico, encontrando-se ao alcance de todos os homens de boa vontade. Implica apenas o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Do homem para o homem há de ser a tônica da vida pública, da vida gregária, a interpretação inafastável [...] (Brasil, Ministro Marco Aurélio, Supremo Tribunal Federal)*

João Batista de Almeida Costa<sup>1</sup>  
Richardson Xavier Brant<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo é resultado de uma pesquisa sobre o processo que envolve o direito ao reconhecimento do território das populações tradicionais, como elemento constituinte de sua identidade, memória e tradições. Abordou-se primeiro o debate, no âmbito jurídico, sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Enfoca-se, antes, o histórico de encobrimento das identidades e diferenças das populações tradicionais, desde a colonização das Américas até o reconhecimento, na Constituição de 1988, de sua participação na formação da Cultura brasileira e como sujeitos de direitos em suas diferenças. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaca-se o entendimento de que a fixação de marco temporal na data da promulgação da Constituição Federal malfez a compreensão de posse originária, imemorial, e a interpretação de que há precedência da ocupação originária e isso deve prevalecer sobre toda outra ocupação e sobre qualquer título de propriedade levado a registro. Evidencia-se, neste julgamento, o marco de que a posse tradicional e o manuseio do território em suas múltiplas dimensões física, social, cultural e simbólica. Essas características constituem o espaço fundador da identidade e memória da população tradicional, e distingue-se da propriedade privada, porque esta é esvaziada de outros sentidos, a não ser seu caráter mercadológico. Emerge, ainda, o direito de as populações tradicionais participarem ativamente do processo, manifestando-se de modo autêntico e legítimo a própria identidade, o que serve de mote para a superação de uma posição anterior de subalternidade, em adequada conformidade com o artigo 21 do Pacto de San José da Costa Rica e com o artigo 68 da Constituição Federal.

---

1. O autor é Doutor em Antropologia pela Universidade de Brasília (2003). Atua como professor-pesquisador com estudo e pesquisas sobre temáticas culturais vinculadas às populações tradicionais, Sertão, Identidade Regional e diversas temáticas necessárias à formação dos estudantes na área disciplinar da Antropologia Social na graduação da Universidade Estadual de Montes Claros.

2. O autor é doutorando em Desenvolvimento Social na Universidade Estadual de Montes Claros, onde atua como professor de Direito Processual Constitucional no Curso de Direito. Atua, também, como Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na Comarca de Montes Claros.

Palavras-chave: Populações tradicionais. Posse tradicional. Território. Reconhecimento.

## **RIGHT TO RECOGNITION OF TRADITIONAL POPULATIONS: IDENTITY, TERRITORY AND MEMORY IN THE DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT**

**ABSTRACT:** This article is the result of a research on the process that involves the right to recognition the territory of traditional populations, as a constituent element of their identity, memory and traditions. The debate was discussed in the legal context, in the case of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land, which was submitted to a judgment before the Federal Supreme Court (STF in Brazil). It focuses on the history of concealment of identities and differences of traditional populations, from the colonization of the Americas to the recognition in the 1988 Constitution of their participation in the formation of Brazilian Culture and as subjects of rights in their differences. Of particular note is the declaration and precedence, within the scope of the STF, of the original occupation on any and all property titles taken to registration. It is evidenced that traditional ownership and land use, with the characteristic that this constitutes the founding space of their identity, memory and are distinguished from the figure of simple occupation. And the right of traditional populations to participate actively in the process, manifesting their own identity, is the motto for overcoming an earlier subalternity.

**Keywords:** Traditional populations. Traditional possession. Territory as identity. Recognition.

### **1- COLOCAÇÃO DO TEMA**

Na interpretação dos direitos das populações tradicionais, é necessária a explicitação, por profissionais da Antropologia, de um conjunto de características das comunidades que assim se identificam para permitir as distinções que as tornam construtoras da própria identidade, num singular modo de viver e conviver, de construir, repassar e perpetuar uma história comum de memórias e tradições. Essa identidade configura-se também no uso, ocupação e apropriação de um território, espaço sociocultural onde desenvolvem seu modo de vida singular e sem o qual, conforme discutido por Roberto Cardoso Oliveira (1976), a identidade étnica não se verifica. Nessa perspectiva identidade étnica e território estão imbrincados de forma indissolúvel.

No enfrentamento das lutas para essa afirmação, um passo relevante foi dado nos debates que forjaram a inclusão, na Constituição Federal Brasileira de 1988, do direito ao reconhecimento da contribuição de vários povos na formação e constituição do povo brasileiro (BRASIL, CF, artigo 215). Também se encontra no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, norma constitucional que reconhece o direito à terra das populações quilombolas.

A conquista foi apenas de previsão constitucional, um ponto de partida para o processo de

luta por reconhecimento (Honneth, 2009), e para a afirmação histórica do direito à diversidade cultural, social e na disputa por demarcação de territórios. A previsão constitucional permitiu, também, o avivamento de memórias e a oficial construção de um marco constitucional de legitimidade do modo singular de cada grupo de criar, fazer e viver. Isso propicia e favorece, ainda, a articulação de resistências mais consistentes a padrões culturais impostos.

A questão cuidada neste trabalho refere-se aos direitos das populações tradicionais, indígenas e quilombolas, e a compreensão dos desafios vivenciados pelas comunidades tradicionais, logo após a promulgação da Constituição da República em 1988, para um diagnóstico adequado do contexto e de suas implicações no reconhecimento do direito ao território tradicional.

Aborda-se, primeiro, a invisibilidade desses grupos na violenta afirmação hegemônica, simbólica e física, levada a efeito na esteira da colonização e da chegada dos europeus ao continente Sul-Americano.

Busca-se mostrar, em seguida, as características mais relevantes para a interpretação jurídica dos direitos das populações tradicionais. Nesse objetivo, procura-se entender, em estudo de caso específico, as múltiplas interpretações concorrentes e que mostraram apontamentos relevantes para a conquista de reconhecimento pelas populações tradicionais.

Destaca-se a discussão sobre o caráter da posse imemorial, tradicional, cuja restrição criada no precedente do caso da Terra Indígena Serra do Sol, constitui retrocesso grave em face da garantia constitucional do território como espaço de preservação das culturas tradicionais.

Aborda-se, em complemento, a posição do STF - Supremo Tribunal Federal na ADI 3239/DF, cujo julgamento aconteceu em 08/02/2018, com reconhecimento amplo do direito fundamental das comunidades quilombolas ao território ocupado.

## **2- A INVISIBILIDADE DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO DISCURSO COLONIZADOR SALVACIONISTA**

Constitui apenas uma etapa, o reconhecimento constitucional, das lutas pela determinação de que aspectos têm relevância para o reconhecimento dos povos tradicionais e que contribuíram para a formação do povo brasileiro, enquanto sociedade formada por diversas comunidades socioculturais. Concebe-se o Estado nacional, nesse rumo, sob a bandeira da diversidade.

A contribuição de João Batista de Almeida Costa (2015) vem explicitar que “os estudos de populações tradicionais no Brasil devem, necessariamente, levar em consideração cinco questões que se imbricam: Identidade, Organização Social, Território, Sistema de Produção (Economia) e Cultura”. Esses elementos formam um conjunto indissociável.

Esses significados deverão ser postos por cada comunidade tradicional, em expressão própria, para que se avive em suas memórias - de modo legítimo - a questão da autodefinição identitária. As características próprias de cada grupo, em contraste, distinguem cada comunidade

de outros grupos com os quais mantém contato mais próximo. Os termos que usam para se referirem a si mesmos e os termos que empregam para referirem-se às comunidades circunvizinhas estabelecem as fronteiras desta distinção (COSTA, 2015).

Cabe aqui lembrar a advertência de Clifford Geertz (2003) no sentido de que as concepções dos outros, no campo da Antropologia, devem ser vistas por manifestações dos integrantes da própria cultura, abandonando a concepção que é fruto de outra cultura, evitando-se até mesmo “enquadrar” as experiências alheias dentro da moldura de nossa concepção, mesmo que isso decorra de um sentimento de “empatia” tão elogiado.

Nessa linha, tão somente no espaço de construção própria de cada cultura, partilha-se a consideração sobre o surgimento de sujeitos de direitos e suas identidades:

Toda e qualquer identidade marcada pela diferença tem símbolos concretos que ajudam a identificar no interior das relações sociais que é parte de um “nós” e quem é o “outro”. Assim, a construção da identidade é tanto simbólica quanto social e a luta para afirmar uma ou outra identidade ou as diferenças que os cercam tem causas e consequências materiais. (COSTA, 2015).

As lutas por manutenção e conquista do território mostram-se mais significativas e extrapolam discussões apenas de conteúdo econômico ou confinadas ao direito de posse ou de propriedade no sentido jurídico comum. No local onde vivem, relacionam-se e produzem a própria existência foram e são construídas suas memórias, trajetórias e referências simbólicas. E como se encontra definido pelo artigo 215 da Constituição Federal, nesse lugar construíram seus modos de criar, fazer e viver, o que deve ser garantido pelo Estado. O valor desse espaço é único, singular, indissociável e insubstituível. Faz parte de um conjunto de símbolos que constituem, de modo idiossincrático, o modo de ser de cada povo.

A compreensão do vínculo entre território e identidade, e entre o modo de produção material, social, cultural e simbólico e de apropriação econômica, é bem explicitada na seguinte passagem:

O espaço físico, ao ser transformado em um território, porque os grupos nele inscrevem acontecimentos e significações sociais, é apreendido e vivenciado a partir dos sistemas e conhecimentos que cada grupo específico constrói em sua historicidade. E as singularidades são intimamente conectadas ao ecossistema específico –Cerrado, Mata Atlântica, Caatinga, Pantanal, etc. –que define as formas como o espaço é apropriado e como se pode realizar a sua construção como território coletivo. Essas formas de apropriação e de construção são conformadas para garantir a reprodução material e social de cada grupo social. Nos processos de apropriação do espaço e em sua construção como território, diversas condutas propiciam a atualização dos vínculos sociais, da noção de

pertencimento e da reprodução material e social de cada grupo social, sejam formas de demarcação e de defesa, ou sejam critérios de exclusão e de inclusão no grupo. Tais condutas constituem o que vem sendo considerado, na teoria social, como estratégias de territorialidade. (COSTA, 2015).

Destaca Costa (2015) que antes da mobilização por reconhecimento, esses grupos sociais eram invisíveis, ocultados pela hegemonia do homem branco, proprietário e letrado, o qual aparecia como único sujeito de direitos. Essa ocultação da contribuição e da ampla diversidade de povos distribuídos no espaço continental do território brasileiro, veio e se afirmou no processo unificador da colonização, aparecendo apenas os valores e a cultura do grupo colonizador.

Na esteira deste processo, houve a imposição hegemônica, com claro viés etnocêntrico, da uniformidade de valores europeus, de modos de vida, de determinada racionalidade econômica, política e social. A principal questão a ser destacada, para os objetivos deste trabalho, é a desconsideração dos habitantes e povos destas terras, colocando-os em condições subalternas, como inferiores.

Baseando-se nos estudos de Enrique Dussel, Ingrid Freire Haas (2015, p. 91) pondera:

Com a colonização dos povos, muitos países tiveram sua identidade cultural escondida por um longo período. Os indígenas presentes no território latino-americano foram considerados povos inferiores por vários séculos. As culturas foram afetadas por valores culturais e domínios econômicos externos que desestabilizará tanto a identidade brasileira como a latino-americana.

Nesses processos de (des)envolvimento (encobrimento), nota-se que:

[...] depois de reconhecido o território colonizado, passavam ao controle e dominação das pessoas: “era necessário pacificá-las”. Começava-se a alienação do “Outro” como sujeito de si-mesmo, deixou-se de lado a práxis violenta, guerreira de domínio do território para uma 'práxis erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalho, de instituições criadas por uma nova burocracia política, a dominação do Outro. (DUSSEL, 1993, p. 51 citado por HAAS, p. 90, 2015).

Encontra-se, ainda, em passagem sobre a hegemonia assumida pelo colonizador: “O conceito de 'encontro' é encobridor porque se estabelece ocultando a dominação do 'eu' europeu, de seu 'mundo', sobre o 'mundo do Outro', do índio”. (DUSSEL, p. 64, 1993).

Acrescenta-se, em reflexão sobre as características da modernidade, que o mesmo discurso hegemônico, com a pretensão de portar uma verdade universal salvadora, apresenta-se

também como emancipador:

Há todo um conceito de modernidade que justifica o sofrimento dos atos praticados contra o 'Outro', pois neste a modernidade é vista com uma forma de emancipar a razão, trazendo tecnologia e infra-estrutura civilizatória; levando aos povos algo inalcançável, salvação. (HAAS, p. 91, 2012).

Já ao tempo da colonização, encontra-se a denúncia de que esses discursos salvacionistas respondiam à necessidade de:

[...] atribuir alguma dignidade formal à guerra de extermínio que se levada adiante, à brutalidade da conquista, à perversidade da eliminação de tantos povos. (...) De todo o debate reluzia, clara como o sol, para a cúpula real e para a Igreja, a missão salvacionista que cumpria à cristandade oferecer, a ferro e fogo, se preciso, para incorporar as novas gentes ao rebanho do rei e da Igreja. (...) cujo direito de avassalar os índios, colonizar e fluir as riquezas da terra nova decorria do sagrado dever de salvá-los pela evangelização. (RIBEIRO, 1995, p. 58-59).

Essa imposição de formas de civilização desconsidera as diferentes formas de vida, na rica diversidade sociocultural encontrada nas Américas. Em estudo célebre, no contraste entre os termos civilização e cultura, mostra o autor que as raízes da formação da ideia de civilização remontam a tempos mais recuados:

O conceito de civilização minimiza as diferenças nacionais entre os povos: enfatiza o que é comum a todos os seres humanos ou - na opinião do que o possuem - deveria sê-lo. Manifesta a autoconfiança de povos cujas fronteiras nacionais e identidade nacional foram tão plenamente estabelecidos, desde séculos, que deixaram de ser tema de qualquer discussão, povos que há muito se expandiram fora de suas fronteiras e colonizaram terras muito além delas. (ELIAS, 1994, p. 25).

Em contrapartida à formação do termo civilização, desenvolve Norbert Elias (2009) o conceito de cultura (*kultur*) para o povo alemão, cuja semântica retrata as diferenças nacionais e a identidade particular de cada grupo, e esse emprego diferente coincide com um processo histórico próprio de formação da identidade nacional na Alemanha. Isso porque este país, no contexto europeu, conseguiu bem mais tarde sua unificação política e a consolidação de suas fronteiras.

E, principalmente, foi por meio do conceito de civilização que a Europa se colocou, pela

consciência de si mesma, como superior frente a todos os povos do planeta terra (ELIAS, 1994, p. 23). Essa superioridade mascara uma “cortesia” (corte, vida cortesã) que é externa e enganadora em antítese com a ideia de “virtude”, como expressão autêntica própria que deriva de *kultur*.

Em outra passagem também esclarecedora, mais especificamente voltada aos aspectos psicológicos do racismo, vinculada ao etnocentrismo colonialista, surge a explicitação de que o discurso hegemônico trata o “Outro” como subalterno e inferior:

(...) ter a si próprio como modelo e projetar sobre o outro as mazelas que não se é capaz de assumir, pois maculam o modelo - são processos que, sob certos aspectos, podem ser tidos como absolutamente normais no desenvolvimento das pessoas. O primeiro está associado ao narcisismo e, o segundo, à projeção. No entanto, no contexto das relações raciais, eles revelam uma faceta mais complexa, porque visam justificar, legitimar a ideia de superioridade de um grupo sobre outro e, conseqüentemente, as desigualdades, a apropriação indébita de bens concretos e simbólicos e a manutenção de privilégios. (BENTO, p. 33, 2002).

A colonização do Brasil, como a da América, evidencia o caráter etnocêntrico de imposição religiosa e de valores do modo de vida europeu, e isso encontra origem nas lutas sangrentas de imposição religiosa ocorridas no continente europeu:

Em nome da Cruz e mais tarde da civilização, a sociedade do Ocidente empenha-se, durante a Idade Média, em guerras de colonização e expansão. E a despeito de toda a sua secularização, o lema “civilização” conserva sempre um eco da Cristandade Latina e das Cruzadas de cavaleiros e senhores feudais. (ELIAS, 1994, p. 67).

Compartilha-se da posição de Antônio Carlos Wolkmer (2002), no sentido de ser necessária uma releitura da história do nosso continente periférico, e para isso a história verdadeiramente feita pelo homem latino-americano precisa ser recuperada, porque o que sempre prevaleceu foi o silêncio dos colonizados. Esse embate permite repensar o campo da história e sua afirmação contra um viés mistificador.

O referido marco de reconhecimento da diversidade cultural apareceu na Constituição Federal de 1988, a par da ampla reivindicação de grupos sociais invisíveis e que postulavam o devido reconhecimento, e elevou-se à categoria de norma constitucional fundamental em seu artigo 215, parágrafo primeiro, com o seguinte enunciado: “O Estado protegerá as manifestações da culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. (BRASIL, 1988, Constituição Federal).

O Plano Nacional de Cultura estabelecerá a “valorização da diversidade étnica e

regional”, como complementa o parágrafo terceiro do mesmo artigo 215. Isso exige a promoção de um conjunto de políticas públicas específicas que viabilizem o direito ao reconhecimento e à proteção contra toda forma de assimilação e destruição da memória e da identidade.

Compartilha-se a compreensão dos organizadores da Coleção Direito e Diversidade, registrada na introdução de cada volume, como uma face sombria da modernidade:

[...] encontrar questões como o Direito à Diversidade para além do Direito à Diferença e Igualdade: significa superar a lógica binária subalterna de um mundo rasteiro e violento, pela compreensão do diverso, do plural. Significa desnaturalizar o que por um tempo (longo) foi naturalizado. O processo civilizatório da modernidade nos legou algumas conquistas materiais e culturais com altos custos sociais, econômicos e políticos. O progresso instituiu vorazmente, a desconstrução/destruição de tradições do Ocidente e do Oriente. E sequestrou, num processo universalizante e normalizador, a diversidade. (XAVIER, MAGALHÃES e LAUREANO, 2015).

O direito à diversidade compreende o respeito e a conservação dos projetos de modos de vida distintos e tantas vezes estranhos entre si:

[...] enquanto comunidade democrática deve-se assegurar a todos os parceiros desse empreendimento coletivo comum o direito a desenvolver a sua forma de vida e de buscar a felicidade do modo mais pleno possível. Isso implica respeitar os diversos projetos de felicidade e de vida boa, portanto o direito à diversidade. (OMMATI, 2015).

Em outra passagem, o referido autor reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do valor ou direito à diversidade sociocultural:

Ora, se se deve ter respeito para consigo mesmo e tentar levar a própria vida com a maior autenticidade possível, significa reconhecer que se tem a obrigação de respeitar os princípios e valores de todos os indivíduos. O respeito à dignidade implica, portanto, o respeito à diversidade das formas de vida. (OMMATI, 2015).

O território significa para as comunidades tradicionais o espaço fundador e constituinte de sua identidade, memórias e histórias, de suas tradições. O modo de viver, conviver e de se reconhecer socialmente encontram, em lugar específico, a forma autêntica e distintiva de sua realização e os marcos de sua construção. Nesse passo, volta-se à ponderação seguinte:

[...] as formas do saber são sempre e inevitavelmente locais, inseparáveis de seus instrumentos e de seus invólucros. Pode-se é claro, obscurecer esta realidade com o véu de uma retórica ecumênica, ou embaçá-la *ad infinitum*, com teoria. Mas não podemos fazer com que simplesmente desapareça. (GEERTZ, 1997, p. 11).

A afirmação de uma sociedade plural, com igual respeito e consideração a todas as formas de vida, consagra a ideia de democracia como parceria de homens livres e iguais, como pondera José Emílio Medauar Ommati (2015): “[...] a democracia pressupõe a diferença e a diversidade, pois é um regime em que as iguais liberdades devem ter livre curso. (...) É dizer: a democracia integra o direito à diversidade”. O respeito incondicional a todas as formas de vida aparece como direito fundamental, base da construção social de uma convivência solidária.

Em considerações mais específicas, aborda-se adiante algumas passagens de um processo perante o Supremo Tribunal Federal em que mostraram-se significativos os requisitos para o reconhecimento da diversidade. Destaca-se, antes, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável institucionalmente pela interpretação e garantia de direitos fundamentais. Assume institucionalmente função contramajoritária, para assegurar a diversidade e respeito às minorias, o que adequa-se bem com a missão de guardião da Constituição Federal.

No primeiro acórdão em estudo, decisão proferida no processo da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, registra-se um verdadeiro retrocesso quanto à compreensão do conceito de posse tradicional, permanente. Isso porque a definição do próprio caráter imemorial não admite marcos outros que reduzam o tempo da posse e da propriedade.

O outro acórdão abordado refere-se a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3239/DF, para o reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto n. 4887/2003, em ação promovida pelo DEM (Partido dos Democratas). Referido decreto define os procedimentos para identificação, pelo critério de autoatribuição, reconhecimento, delimitação e demarcação de terras ocupadas por remanescentes de quilombos, nos termos do artigo 68 da ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nesse último julgamento, concluído em fevereiro de 2018, fica assegurado o direito fundamental das comunidades quilombolas, como grupo étnico-racial minoritário, de ver reconhecido pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam.

### **3- TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DE QUILOMBOS: ASPECTOS RELEVANTES**

O primeiro caso em que se buscam alguns elementos para a distinção das comunidades tradicionais é o da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Neste caso, buscava-se definir os limites do território, para demarcação administrativa, com edição de uma primeira norma pelo Ministro

da Justiça, dez anos depois da promulgação da Constituição Federal, apenas em 1998.

Sete anos se passaram, e só agora no ano de 2005, reconhece-se a validade e aproveitamento de parte daquela primeira portaria, para tornar a área ocupada de “dupla afetação”, destinada à preservação ambiental, como bem público da União, e também à realização dos direitos constitucionais dos índios, como está expresso na Portaria n. 534, de 13 de abril de 2005. O conceito de posse tradicional, permanente, já consta neste ato administrativo (portaria).

Como fundamentos expressos da decisão do Ministro da Justiça, consta a proteção da diversidade étnica e cultural, como imperativo decorrente dos direitos constitucionais. A área de Terra Indígena Raposa Serra do Sol, reconhecida como terra de fronteira, estava ocupada pelos grupos de índios Ingarikó, Makusi, Taurepang e Wapixana. A área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol compreendia cerca de 7,79% (sete e setenta e nove por cento) de todo o território do Estado de Roraima. A ocupação é imemorial, não tem marco específico, pois confunde-se com a história desde o descobrimento, em áreas ocupadas pelos povos originários.

Houve expressa proibição de trânsito ou permanência de pessoas ou de grupos não índios naquela área, sendo fixado prazo não superior a um ano, para a extrusão de ocupantes não-índios. Além das autoridades federais incumbidas de preservação da segurança, os particulares especialmente autorizados, somente poderiam transitar e permanecer, desde que essa atividade não se mostrasse nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios que ali tinham posse permanente.

E a determinação de que a extrusão dos ocupantes não-índios acontecesse em prazo razoável, não superior a um ano, seria contado a partir da homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial. O uso estaria estritamente afetado às comunidades indígenas.

A primeira referência que destaco está no reconhecimento de que a questão não é estritamente de direito, mas exige a contribuição de conhecimento antropológico para o devido reconhecimento das características fáticas e simbólicas, um saber antropológico que envolve a identificação de sua origem e significados próprios da comunidade:

(...) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições - art. 231 da Constituição Federal -, cabendo-lhes a posse permanente, tal como ressaltado nos votos já proferidos. Então, o tema não é estritamente de Direito, mas de fato [...]. (BRASIL, STF, Reclamação 3.331-7/RR).

Somente o estudo antropológico poderá dar conta da posse tradicional, diferente da

---

simples ocupação ou da posse comum, porque figura como a única maneira de preservar a cultura que dela é indissociável. Colhe-se, também, do julgamento em questão:

O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só fato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação da faixa contínua das terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos. (BRASIL, STF, Reclamação 3.331-7/RR)

Outro aspecto relevante é a necessidade de ouvir os interessados, garantindo-se o direito de autoatribuição, em consulta sobre quaisquer pareceres, laudos e decisões que possam vir afetar os interesses dessas comunidades. A citação, no voto condutor do Acórdão, foi transcrita de artigo veiculado na Universidade de Harvard, intitulado *The Protection of Indigenous People's Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, in *Harvard Human Rights Journal*. <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml#Heading388>. Acessado em 15 de janeiro de 2009. Este o teor:

Como demonstrado anteriormente, à luz da Convenção Americana, da Declaração Americana e de outras fontes de direito internacional, os povos indígenas têm o direito de proteção das terras que tradicionalmente ocupam e dos recursos naturais. Dessa maneira, as normas de direitos humanos que protegem os povos indígenas garantem, o mínimo, interesses em terras e recursos naturais obrigam aos estados a consultar com os grupos indígenas envolvidos sobre quaisquer decisões que possam vir afetar os interesses e adequadamente pesar esses interesses no processo de formação de decisões. (BRASIL, STF, Reclamação 3.331-7/RR).

Referidos autores citam significativo trecho de precedente da Suprema Corte do Canadá, insistindo no ponto de que a consulta aos grupos interessados é inafastável: “[...] existe sempre o dever de consulta... essa consulta deve ser feita em boa-fé e com intenção de substancialmente abordar as preocupações dos povos aborígenes cujas terras estão em jogo”. (BRASIL, STF, Reclamação 3.331-7/RR).

Quanto ao tempo de posse tradicional, - ocupação sem marco específico, porque imemorial -, a posição do Supremo Tribunal Federal, divorciou-se daquilo que fora consagrado na Constituição Federal como uma das principais conquistas dos índios e dos povos tradicionais.

O marco considerado pelo STF foi no sentido de que as terras devem ser consideradas ocupadas em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal. Reafirmou-se

precedente manifestado no Recurso Extraordinário n. 219.983-3/SP, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Brito, no qual colhe-se trecho do voto condutor:

**I - o marco temporal da ocupação.** Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos Índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. (...) Marco objetivo que reflete o decidido propósito de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal que estivesse grafada em Constituição anterior. (BRASIL, STF, RE n. 219.983-3/SP).

O que evidencia ainda mais o retrocesso, e aparenta contradição, está nessa passagem do referido voto do Ministro Carlos Ayres Brito. Aí se encontra a explicitação do termo originário, para se referir aos direitos garantidos na Constituição Federal sobre as terras que ocupam:

O termo 'originários' a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. [...] Pelo que direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. (BRASIL, STF, RE n. 219.983-3/SP).

Um destaque relevante deve ser feito no que se relaciona ao marco: apenas o reconhecimento oficial ocorreu nos debates constituintes. E, por isso, a data da promulgação da Constituição Federal constitui-se como data do reconhecimento oficial pelo Estado. A posse dos índios e populações tradicionais, inclusive quilombolas, como se constata da expressão do próprio Ministro relator é originária. Vale repetir: “a traduzir uma situação jurídico-objetiva mais antiga do que qualquer outra”. Há que se considerar, ainda, que a Constituição de 1988 define o direito territorial como “terras tradicionalmente ocupadas” que não se restringe ao espaço de produção para reprodução da vida, mas vincula a elas – ainda - as dimensões sociais, culturais e simbólicas.

Esses pontos destacados contribuem na discussão específica de que elementos devem ser sopesados para a prevalência dos direitos das populações indígenas ao território. Claro está que as discussões foram mais aprofundadas no Supremo Tribunal Federal, pela notoriedade que ganharam na mídia e imprensa nacional e internacional.

No entanto, grandes proprietários de terras na Amazônia, adquiridas sobretudo depois do regime militar, defendem uma interpretação diferente que reduza o marco da posse originária, atentando - flagrantemente - contra o a extensão e garantia feita pela Constituição Federal de 1988.

O então Presidente da República em exercício, Michel Temer, com base em parecer da Advocacia Geral da União, determinou que a União seguisse a decisão do STF em todos os processos de demarcação de terras indígenas. A providência da então presidência da república, foi instrumentalizada pela Portaria n. 68, assinada pelo então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes. Até então, como previsto no Decreto n. 1775, de 08 de janeiro de 1996, a competência para identificação da terra, elaboração do relatório e laudo circunstanciado, era da Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Esse documento confirma a ancestralidade territorial das terras estudadas.

A criação de Grupo Técnico Especializado - GTE, no âmbito do Ministério da Justiça e Cidadania, é previsto na portaria expedida pelo Governo Temer com o objetivo de fornecer subsídios técnicos para a decisão que incumbe ao Ministro da Justiça.

A FAP - Frente Parlamentar Agropecuária, conhecida bancada ruralista, manifestou-se em apoio à Portaria n. 68. E observe-se que, paralelo ao julgamento, houve a posse do General Franklinberg Freitas para diretor de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável da FUNAI, setor responsável pela mineração, gestão ambiental e atividades produtivas. Esse campo é exatamente aquele em que há maior interesse do agronegócio,positor ferrenho dos interesses dos povos indígenas e dos quilombolas.

A questão continua polêmica. Sobreveio decisão do STF, da lavra do Ministro Barroso, que estabeleceu que a decisão, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, deveria se aplicar apenas àquele processo. Significa dizer que os efeitos da decisão não poderiam se estender para outros casos, nem para ser adotado como parâmetro de atuação da Administração Pública. A decisão do Ministro Barroso data de 23/10/2013, em Embargos de Declaração na Petição 3.388, apresentada pelo Ministério Público e pelas Comunidades Indígenas, também pelo Estado de Roraima. E reafirmou o STF, nos embargos: “a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos artigos 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessoras ou dominiais de particulares”. (BRASIL, STF, 2013).

A questão do marco apareceu em voto do Ministro Menezes Direito, no que ele denominou de “salvaguardas institucionais”, condicionantes para o usufruto indígena, entre estas: a sobreposição da segurança nacional sobre o usufruto dos índios, e a determinação de não ampliar a área demarcada. No parecer da Advocacia Geral da União consta expressamente a ressalva dos dois pontos, além do marco temporal. Ao criar tais normas, sem previsão legal nem constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi acusado de legislar, ao criar normas de inovação primária na legislação, exigindo condutas visivelmente abstratas. (BRASIL, DOU - Seção 1, n. 138, de 20/07/2017).

Em outros processos, cujos objetos cuidavam de tema semelhante, houve aplicação da precedente da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com expressa manifestação do entendimento contrário à posição do Ministro Barroso, como no RMS 29.087, em que o Ministro Gilmar Mendes estendeu os efeitos exatamente quanto ao marco temporal. Mas, abrindo divergência quanto ao ponto, a Ministra Carmen Lúcia fez prevalecer o entendimento do STF de que o marco

temporal apenas se aplica ao caso, não sendo extensível a outros conflitos semelhantes.

O debate sobre o tema ainda não se esgotou no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O desate de outro julgamento, na ADI 3239, ação proposta pelo DEM desde o ano de 2003, o resultado se mostrou bem diferente. Isso porque, além dos direitos de povos indígenas, poderá aproveitar-se na discussão os interesses de comunidades quilombolas, e influir na política do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. A fixação de marco temporal implica redução significativa do tempo de posse tradicional dos territórios ocupados pelas comunidades tradicionais e pelos índios nos conflitos com grandes proprietários de terras.

Finalmente, no julgamento de Ação Cível Originária (ACO's) 362 e 366, O STF foi quase unânime ao rejeitar a tese do marco temporal e reafirmar seus direitos originários. Houve, nesse ponto, um avanço significativo (BRASIL, ACO's 362 e 366).

Houve também o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto n. 4887/2003. Foram oito votos favoráveis aos quilombolas. Apenas o voto contrário de Dias Toffoli e de Gilmar Mendes, além do voto do Ministro Cezar Peluso, já aposentado. Os posicionamentos foram conduzidos pela argumentação do Ministro Edson Fachin. Em seu voto, declara o Ministro Fux que: “não se encontra qualquer referência em datas ou parâmetro temporal, ao contrário, vê reconhecida a propriedade definitiva. O dispositivo [art. 68 da CF] declara o direito de propriedade sem delimitar marcos temporais”. (BRASIL, STF, ADI 3239).

Esse precedente constitui significativa conquista na luta pela identificação e demarcação dos territórios ocupados por indígenas, comunidades quilombolas, os quais foram sempre prejudicados em histórica e injusta posição de não reconhecimento (invisibilidade).

Exigem-se as necessárias adaptações às especificidades de cada grupo, com estudo específico e manifestação da comunidade interessada, para que sejam modificados os cenários de conflitos criados com a rejeição do marco temporal.

#### **4- CONCLUSÃO**

As características distintivas de cada grupo tradicional, a serem identificadas em estudo antropológico especial e consulta à comunidade interessada, são relevantes na luta política e social, sobretudo cultural, por reconhecimento e demarcação do território, constituinte de sua identidade, insubstituível para conservar e manter seu modo de criar, fazer, viver e conviver.

A interpretação jurídica do direito das populações tradicionais exige um diálogo interdisciplinar, para que sejam buscados todos os fundamentos relevantes para assegurar plenamente o direito à demarcação do território, como expressão de um patrimônio sociocultural.

No processo destinado a esse reconhecimento, mostra-se imprescindível, como direito das comunidades envolvidas ao devido processo legal, a realização de consulta aos povos afetados em suas singulares identidades. O direito de participação é cívico, constitucional, e integra o conceito atual de democracia consagrado no Brasil após 1988. Consta do Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 22, reafirmado em precedentes da Corte Interamericana de

Direitos Humanos.

Serviu de fundamento ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3239/DF, ainda, a Convenção 169 da OIT - Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, que consagra a “consciência da própria identidade” como critério para determinar os grupos tradicionais. Reafirmado como legítimo o critério da “autoatribuição”, consistente em método autorizado pela antropologia contemporânea.

A consulta aos povos tradicionais deve ser feita em linguagem acessível, dentro de parâmetros que permitam a comunicação clara, direta, e que garantam o pleno respeito e a conservação da cultura e da identidade, na interpretação autêntica que cada grupo faz de si mesmo.

O direito à diversidade, cultural, étnica e social, está consagrado como garantia fundamental, constituinte do Estado Democrático de Direito, e sua legítima afirmação dimensiona o significado de um resgate da condição de subalternidade e da situação de desconsideração a que ficaram relegadas - ao menos em caráter constitucional (oficial) - as populações tradicionais até a afirmação política e jurídica conquistada e positivada na Constituição Federal de 1988.

Oxalá que esse reconhecimento possa se firmar e se ampliar no futuro!

## 5- REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3388/RR – Roraima**. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 362/Mato Grosso**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2017, acórdão eletrônico DJe-225, divulgado em 02-10-2017, publicado em 03-10-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 366/Mato Grosso**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1468777>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239/Distrito Federal**. Relator Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3239%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3239%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a6gdo7v>> Acesso em: 26 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 2199833/SP – São Paulo.

---

Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 19 ago 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 19 ago. 2017.

BENTO, Maria Aparecida Silva. **Branqueamento e branquitude no Brasil**. In: **Psicologia social do racismo – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). Petrópolis: Vozes, 2002, p. (25-58).

COSTA, João Batista de Almeida. **A invenção de sujeitos de direito e processos sociais: Povos e comunidades tradicionais no Brasil e no norte de Minas Gerais**. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2015, v.5. (Coleção Direito e Diversidade, v. 5).

DUSSEL, Enrique. *1492 – O encobrimento do outro – A origem do “mito da modernidade”*. Petrópolis: Vozes, 1993.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Uma história dos costumes**. Volume 1. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, 2v.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: Novos ensaios em antropologia interpretativa**. 6. ed. Tradução de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

HAAS, Ingrid Freire. **O fruto do impacto hegemônico e a perda da identidade cultural**. In: MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. (Org.). *Direito à diversidade e o estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 87-103.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **Identidade, etnia e estrutura social**. São Paulo: Pioneira, 1976.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Os Fundamentos Constitucionais do Direito à Diversidade**. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2015, v.2. (Coleção Direito e Diversidade, v. 2).

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

XAVIER, Elton Dias; MAGALHÃES, José Luiz de Quadros; e LAUREANO, Delze dos Santos. **A Invenção de Sujeitos de Direitos e Processos Sociais**. Organizadores da Coleção Direito e Diversidade. Introdução de cada volume da coleção.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

## ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DISFUNÇÃO SOLIPSISTA

Dalton Max Fernandes de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** A ideia de constitucionalismo moderno e o desenvolvimento da jurisdição constitucional atribuiu um novo papel ao Poder Judiciário elevando este como protagonista na “efetivação” de direitos fundamentais, mesmo que isso implique em suceder ao Legislador e o Executivo na tomada de políticas públicas. Tem-se que o ativismo judicial seria a ingerência do Poder Judiciário nos outros Poderes com escopo de ativar os valores e os objetivos constitucionais. Tal fato se concretizaria por meio de declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo, na definição de condutas ao Poder Público, bem como na interpretação da Constituição de forma unilateral e discricionária. É nesse contexto que se propõe o presente artigo, cuja finalidade é analisar o chamado ativismo judicial e sua relação de antagonismo com o garantismo, bem como a disfunção solipsista que é atuação do julgador limitada aos seus aspectos subjetivos e restritos ao seu mundo, assim como o canário descrito na obra Machadiana o conto “Ideias do Canário”.

Palavras-chave: Ativismo. Solipsismo. Estado Democrático. Garantismo.

**ABSTRACT:** The idea of modern constitutionalism and the development of constitutional jurisdiction has assigned a new role to the judiciary, elevating it as a protagonist in the “realization” of fundamental rights, even if this implies succeeding the legislature and the executive in public policy making. It has been argued that judicial activism would be the interference of the judiciary in other powers with the purpose of activating constitutional values and objectives. This fact would materialize through the declaration of unconstitutionality of rules derived from the Legislature, in the definition of conduct to the Public Power, as well as in the unilateral and discretionary interpretation of the Constitution. It is in this context that this article is proposed, the purpose of which is to analyze the so-called judicial activism and its antagonistic relationship with guaranty, as well as the solipsistic dysfunction that is the judge's performance limited to his subjective aspects and restricted to his world, as well as the canary described in Machadiana's work the tale “Ideias do Canário”.

Keywords: Activism. Solipsism. Democratic state. Guarantee.

---

1. Professor do Departamento de Direito Público Substantivo da Unimontes, Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi – UniFG, , Pós-Graduado em Direito Tributário (UNISUL 2009), Pós – Graduado em Direito Processual (Unimontes 2003)

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar o fenômeno do chamado ativismo judicial e sua disfunção, tendo em vista a implicação de julgados proferidos à luz do solipsismo.

Esse tema assume relevância, a partir do momento em há discussão cada vez mais presente da doutrina que parte da premissa de que o ativismo judicial a pretexto de concretizar políticas públicas em razão de omissão ou atuação deficiente dos poderes Legislativo e Executivo vai de encontro aos valores do Estado Democrático de Direito, sendo incompatível, inclusive, com a teoria garantista que visa justamente assegurar o respeito ao devido processo legal.

Para fazer esse exame, o artigo se apresentará dividido em dois pontos. O primeiro dedica-se a fazer uma abordagem sobre o ativismo judicial de forma geral. Abordam-se origem histórica do conceito, seu conteúdo e aplicação na atual quadra do ornamento jurídico.

Após tecer essas considerações, o artigo vai se ocupar acerca da discussão do solipsismo. Faz-se uma análise da compatibilidade do ativismo judicial com a teoria garantista e disfunção dos julgamentos solipsistas que busca a fundamentação no subjetivismo do julgador, suas experiências profissional ou pessoal, sentimentos e opiniões pessoais o que pode ser calcada até mesmo pelo humor momentâneo do julgador, não se coadunando com os valores do Estado Democrático de Direito.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL

A terminologia do Ativismo Judicial foi utilizada, na forma como conhecemos, no ano de 1947 nos Estados Unidos pelo jornalista Arthur Schlesinger.

Arthur Schlesinger publicou um artigo na revista Fortune, denominado “The Supreme Court: 947” e descreveu a atuação dos julgadores e os classificou em dois grupos: “ativistas” e “campeões de restritividade” também chamados de “passivistas” (VALLE, 2009).

Para o Jornalista, passivistas seriam os juízes que julgavam nos termos da lei positivada, ou seja, suas decisões maculavam as próprias concepções em nome da fidelidade ao instituído pelo legislador.

Por sua vez, os ativistas levavam em conta suas concepções na hora de decidir (Ibidem). Segundo André Karam Trindade em seu artigo “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasillis*”, devido à segunda guerra mundial ocorreu o fenômeno da judicialização da política.

Para o autor, o resultado dessa judicialização da política:

[...] é a inauguração de uma virada no constitucionalismo contemporâneo latino-americano – a transição do passivismo para o ativismo judicial –, sob o argumento de que este é o único modo através do qual é possível que o direito acompanhe as constantes transformações que marcam as sociedades pós-

industriais (TRINDADE, 2012, p. 109).

Deve ser ressaltado que há inúmeras teorias seja em âmbito nacional ou internacional acerca da expressão “ativismo judicial”.

A celeuma encontra abrigo na própria denominação – ativismo – que permite diversas análises e ponderações.

Podemos citar a análise que parte da premissa de que o ativismo é a postura proativa adotada pelo julgador na interpretação legal, possibilitando a ampliação do alcance das normas, sobretudo devido à compressão da função Legislativa.

Desse modo, tem-se que o ativismo judicial seria a ingerência do Poder Judiciário nos outros Poderes com escopo de ativar os valores e os objetivos constitucionais. Tal fato se concretizaria por meio de declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo, na definição de condutas ao Poder Público, bem como na interpretação da Constituição de forma unilateral e discricionária.

Ademais, Segundo BARROSO:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial [...] A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (BARROSO, 2009, p. 7).

Contudo, nos termos expostos por André Karam Trindade:

Ocorre que, ao contrário da leitura otimista sugerida por Barroso – segundo a qual o ativismo é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo, em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, o ativismo judicial torna-se um fenômeno muito mais complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, quando entendido como a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição (TRINDADE, 2012, p. 116).

No ativismo judicial o juiz entra na seara da política e promove decisões políticas, utilizando, para isso, critérios e fundamentações jurídicas.

Aqui, faz-se necessário uma breve diferenciação entre o “Ativismo Judicial” e “Judicialização”.

O fenômeno da judicialização pode ser entendido como algo fático e não um exercício deliberado de vontade política.

A judicialização debate o papel do Poder Judiciário, sobretudo no processo decisório dos demais Poderes, quando há necessidade de suprir lacunas das ações políticas sobre direitos fundamentais como saúde, segurança, liberdade e direitos humanos (Mastrodi: 2017).

O ativismo judicial, ao contrário, é marcado pela ingerência do Poder Judiciário sobre os demais poderes, decisões que interferem nas políticas públicas estatais, sob o manto da interpretação das normas constitucionais pelo Judiciário.

Aragão ensina que em uma análise apressada o ativismo judicial e a judicialização podem parecer a mesma situação, pois ambos se referem à atuação do Judiciário que extrapola sua competência originariamente prevista na Constituição. Contudo, há diferenças que merecem destaque: o ativismo pressupõe opções, escolhas dos magistrados quando da interpretação das regras constitucionais; já a judicialização representa a adoção de determinado paradigma constitucional em vez da ação de vontade política individual (ARAGÃO: 2012).

Vê-se que no chamado “ativismo judicial”, o Poder Judiciário, ao insurgir em atribuições do Poder Legislativo e Executivo que foram eleitos democraticamente e representam a vontade popular, tendo a quebrar a harmonia e independência dos poderes, estando presente uma ausência de limites jurisdicionais, como também uma hierarquia entre os poderes, prevalecendo o Judiciário e através do ativismo judicial.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que a assunção de um papel político pelo Judiciário tem sua mais grave contrapartida no fato de provocar o “ativismo judicial”, ou seja, a sua politização. Para o autor, o ativismo judicial pode ser nocivo para a sociedade contemporânea, tendo em vista ser um fenômeno que gera um retrocesso à parcialidade e independência do Judiciário, conquistada através de uma luta que gerou o aprimoramento desta esfera de poder e que pode se esvaír se for levado em conta interesses pessoais (FERREIRA FILHO: 2009).

Por fim, André Karam Trindade ensina que o ativismo judicial, nos moldes contemporâneos acima expostos:

[...] foi a institucionalização de um verdadeiro ativismo judicial às avessas, em que se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa (TRINDADE, 2012, p. 109).

É nesse contexto de “empoderamento” e de protagonismo atribuído ao Poder Judiciário pelo chamado “Ativismo Judicial” é que analisaremos a sua principal disfunção: o solipsismo judicial.

### 3. UMA ANÁLISE DO “SOLIPSISMO JUDICIAL”

Conforme exposto na análise antecedente, sob qualquer visão que se analise, tem-se que o ativismo judicial designa a postura participativa do julgador ao interpretar o próprio conceito de direito. Contudo, essa interpretação tem sido inspirada em valores ou princípios subjetivos, sob o fundamento se consagrar um real sentido de justiça e garantir a efetivação de direitos.

Vê-se, assim, a crescente presença de julgados tomados sob a ótica solipsista, o que vai de encontro à realidade contemporânea, inspirada sob o constitucionalismo garantista.

Isso se evidencia na medida em que o garantismo visa justamente a limitação do poder que se concretiza por intermédio do respeito incondicional à constituição e a ordem legal dela decorrente.

O garantismo assegura irrestrito respeito ao processo de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, pilares de legitimação da decisão jurisdicional.

Adolfo Alvarado Velloso conceitua o garantismo como:

O garantismo processual é uma posição doutrinária firme (=aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéque com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (=grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais (VELLOSO, 2009, p. 145).

Já para André Karam Trindade: “[...] o garantismo se opõe, de um lado, ao autoritarismo político e, de outro, ao ativismo judicial. Ambas são práticas incompatíveis com a noção de democracia constitucional” (TRINDADE, 2012, p. 122).

Assim, vê-se que é temerária a sucessão do processo pela manifestação ativista do julgador, que acaba sacrificando certas garantias constitucionais sob a bandeira da solução que lhe parece mais “justa” ao caso concreto, tendo em vista a disfunção do solipsismo.

O Solipsismo é um conceito filosófico que parte da premissa de negação de tudo aquilo que esteja fora da experiência do indivíduo.

Streck ensina que:

[...] o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade

do individualismo moderno em seu sentido mais profundo (STRECK, 2017, p. 273).

Não se está a negar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais e demais direitos básicos dos jurisdicionados, tendo em vista o constante desrespeito aos comandos dirigentes da Constituição.

Contudo, esse ativismo judicial tem enfraquecido a força normativa da constituição e a vontade popular, indo de encontro ao Estado Democrático, já que os julgadores solipsistas têm se utilizado de discricionariedade, externada por pseudoprincípios, e que fazem surtir efeito diverso, já que o Poder Judiciário, quando profere decisões arbitrárias, prejudica a concretização dos Direitos Fundamentais dos jurisdicionados.

Para Streck:

Esse ativismo demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes e dos tribunais. Aqui parece ficar claro a ideia de “Constituição como ordem de valores” é literalmente subsumida à teoria alexyana da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor. (STRECK, 2017, p. 150-151).

Esse ativismo judicial tem causado uma disfunção no sentido axiológico que fundamenta a utilização de princípios como mandados de otimização da norma, já que os julgadores não conseguem se despirdo solipsismo o que implica arbitrariedade.

Tal comum, aliás, são expressões como “a meu sentir” nos julgados, dos juízes primevos aos tribunais superiores. É fato que para afastar a disposição de lei no caso concreto, tem-se utilizado de princípios casuístas e sem força normativa para fundamentar decisões solipsistas. Em decorrência do fenômeno do julgador solipsista tem-se o que Lênio Luis Streck denomina de “Pamprincipiologismo” que é utilizado para atender o comando constitucional de fundamentação das decisões judicial.

O estudo da norma jurídica como gênero da qual são espécies as regras é princípios ganha relevância na medida em que a função dos princípios é exercer uma função de serem os padrões teleológicos do sistema, através dos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras. Em outras palavras, os princípios definem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, com o intuito de lhe atribuir harmonia com a realidade que, nem sempre a interpretação gramatical da lei é capaz de alcançar.

Portanto, conclui-se que os princípios exercem três funções básicas no ordenamento jurídico: fundamentadora das demais normas (das regras), interpretativa e supletiva ou integradora.

Essas funções dos princípios assume relevância a partir do momento em que os Tribunais vêm tomando as decisões com base nos mais variados princípios, recaindo em casuísmo e até mesmo desconfigurando o sentido da lei.

Nesse contexto o professor Lênio Streck, embora reconheça a relevância do papel dos princípios para a efetivação dos direitos no caso concreto, entende que a aplicação sem a necessária técnica dos princípios gerou o fenômeno de *pampricipiologismo*, ou seja, princípios que são desprovidos de força normativa com o fim de fundamentar decisões judiciais.

A disfunção na utilização dos princípios está na ausência de critérios objetivos para se determinar o seu significado e a sua abrangência, sendo que os princípios passaram a ser utilizados sem muito critério, apenas para justificar uma decisão já pensada pelo julgador, mas que carecedora de fundamentação, dando azo a o que a doutrina denomina de quadros mentais paranoicos.

Segundo Aury Lopes Jr:

Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina Cordero que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao primato dell'ipotesi sui fatti, gerador de quadri mentali paranoici. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi omada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos (LOPES JR., 2014, p. 111-112).

Segundo Lênio Luis Streck:

No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modelo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro álbi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais lançar mão do nome “princípio” para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão *pampricipiologismo* para designar esse fenômeno, que se transformou em verdadeira fábrica de princípios. (STRECK, 2017, p. 150).

Ainda, nos termos expostos por Lênio Luis Streck:

Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto das teorias axiológicas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz que - a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais - haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. (STRECK, 2017, p. 150).

Assim, para fundamentar a decisão num ou noutro sentido, se utiliza dos princípios. Ocorre que a despeito de se utilizar da regra positivada e prescritiva, peculiar ao caso concreto, ao permitir-se a utilização de princípio estar-se-ia possibilitando um cenário jurídico de imprecisão e insegurança jurídica e espaço para a pseudofundamentação que mascara a decisão solipsista que fica restrita aos aspectos subjetivos e limitados do julgador.

É como o canário da loja do Belchior explorado por Machado de Assim no conto “Ideias do Canário”.

No referido conto machadiano, um homem estudioso de ornitologia<sup>2</sup> chamado Macedo entra numa loja de Belchior e se depara com uma gaiola e um canário nela confinada.

Macedo pergunta:

*Quem seria o dono execrável deste bichinho, que teve ânimo de se desfazer dele por alguns pares de níqueis? Ou que mão indiferente, não querendo guardar esse companheiro de dono defunto, o deu de graça a algum pequeno, que o vendeu para ir jogar uma quiniela?*

O canário responde:

*Quem quer que sejas tu, certamente não estás em teu juízo. Não tive dono execrável, nem fui dado a nenhum menino que me vendesse. São imaginações de pessoa doente; vai-te curar, amigo...*

*— Como — interrompi eu, sem ter tempo de ficar espantado. Então o teu dono não te vendeu a esta casa? Não foi a miséria ou a ociosidade que te trouxe a este cemitério, como um raio de sol?*

*— Não sei que seja sol nem cemitério. Se os canários que tens visto usam do primeiro desses nomes, tanto melhor, porque é bonito, mas estou que*

---

2. é o ramo da biologia que se dedica ao estudo das aves.

---

*confundes.*

— *Perdão, mas tu não vieste para aqui à toa, sem ninguém, salvo se o teu dono foi sempre aquele homem que ali está sentado.*

— *Que dono? Esse homem que aí está é meu criado, dá-me água e comida todos os dias, com tal regularidade que eu, se devesse pagar-lhe os serviços, não seria com pouco; mas os canários não pagam criados. Em verdade, se o mundo é propriedade dos canários, seria extravagante que eles pagassem o que está no mundo.*

Macedo prossegue e pergunta à ave se tinha saudades do espaço azul e infinito e o diálogo prossegue:

— *Mas, caro homem, trilou o canário, que quer dizer espaço azul e infinito?*

— *Mas, perdão, que pensas deste mundo? Que cousa é o mundo?*

— *O mundo, redarguiu o canário com certo ar de professor; o mundo é uma loja de belchior, com uma pequena gaiola de taquara, quadrilonga, pendente de um prego; o canário é senhor da gaiola que habita e da loja que o cerca. Fora daí, tudo é ilusão e mentira.*

Impressionado com o diálogo Macedo compra o canário e o insere em um novo habitat em um luxuoso jardim e continuam os diálogos.

Macedo questiona o canário acerca de seu novo habitat e ele responde:

— *O mundo, respondeu ele, é um jardim assaz largo com repuxo no meio, flores e arbustos, alguma grama, ar claro e um pouco de azul por cima; o canário, dono do mundo, habita uma gaiola vasta, branca e circular; donde mira o resto. Tudo o mais é ilusão e mentira.*

Vê-se que após ser colocado no novo habitat a percepção de mundo do canário passa a ser identificada com a de Macedo.

Ocorre que por descuido de um criado de Macedo, o canário foge. Passado algum tempo, Macedo faz uma visita a um amigo e uma chácara, local em que reencontrou o canário:

— *Viva, Sr. Macedo, por onde tem andado que desapareceu?*

*Era o canário; estava no galho de uma árvore. Imaginem como fiquei, e o que lhe disse. O meu amigo cuidou que eu estivesse doudo; mas que me importavam cuidados de amigos? Falei ao canário com ternura, pedi-lhe que viesse continuar a conversação, naquele nosso mundo composto de um jardim e repuxo, varanda e gaiola branca e circular...*

— *Que jardim? que repuxo?*

— *O mundo, meu querido.*

— *Que mundo? Tu não perdes os maus costumes de professor. O mundo, concluiu solenemente, é um espaço infinito e azul, com o sol por cima.*

*Indignado, retorqui-lhe que, se eu lhe desse crédito, o mundo era tudo; até já fora uma loja de belchior...*

— *De belchior? trilou ele às bandeiras despregadas. Mas há mesmo lojas de belchior?*

Percebe-se que por um momento o mundo do canário era também o mundo de Macedo. Ocorre que quando o canário fugiu ele conheceu um novo mundo, um espaço infinito e azul e o jardim com repuxo oferecido por Macedo não mais existia no íntimo do canário, ou seja, a ave determinou seu novo mundo de acordo com sua nova realidade e conhecimentos.

Ademais, segundo Lênio Streck:

Para o canário, o mundo era exclusivamente a sua gaiola e o brechó. O resto era pura ilusão e mentira. Na metáfora de Machado de Assis, o canário representa o sujeito solipsista na medida em que o mundo se torna aquilo que ele privadamente diz que é (STRECK, 2017, p. 275).

Para Lênio (STRECK, 2018, p.89) o Juiz solipsista é como o canário de Machado de Assis, em Ideias do Canário, para quem o mundo é somente aquilo que ele privadamente diz que é; o resto é mentira e ilusão.

Conclui-se que a forma de decidir solipsista busca a fundamentação no subjetivismo do julgador, suas experiências profissionais ou pessoais, sentimentos e opiniões pessoais o que pode ser calcada até mesmo pelo humor momentâneo do julgador.

Assim estamos diante de uma verdadeira disfunçãoo chamado “ativismo judicial”, pois ao se ter esses critérios para fundamentar uma decisão judicial, tem-se uma escolha discricionária do julgador e não uma decisão edificada sob a ótica axiológica do Estado Democrático de Direito.

#### **4. CONCLUSÃO**

Com o presente artigo buscou-se elencar aspectos importantes entre políticas públicas e o papel do Poder Judiciário no ordenamento jurídico contemporâneo.

Ao término do presente artigo pode-se concluir que para fundamentar a decisão judicial num ou noutro sentido, os julgadores se utilizam dos princípios. Ocorre que a despeito de se utilizar da regra positivada e prescritiva, peculiar ao caso concreto, ao permitir-se a utilização de princípios estar-se-ia possibilitando um cenário jurídico de imprecisão e insegurança jurídica e espaço para a pseudo fundamentação que mascara a decisão solipsista que fica restrita aos aspectos subjetivos e limitados do julgador, como o canário dentro de sua gaiola pendurada em

uma loja de belchior.

Desse modo, a forma de decidir solipsista busca a fundamentação no subjetivismo do julgador, suas experiências profissional ou pessoal, sentimentos e opiniões pessoais o que pode ser calcada até mesmo pelo humor momentâneo do julgador.

Assim depreende-se uma evidente disfunção do chamado “ativismo judicial”, já que ao se ter esses critérios para fundamentar uma decisão judicial, tem-se uma escolha discricionária do julgador e não uma decisão edificada sob a ótica axiológica do Estado Democrático de Direito.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Sistema procesal – Garantía de la libertad**, Tomo I e II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros. **Judicialização da Política no Brasil**: Influência sobre a interna *corporis* do Congresso nacional. 2012. (Tese em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p 36-90, 2012.

ASSIS, Machado de. **Idéias de canário**. In: \_\_\_\_\_. Contos – uma antologia, v. 2; seleção, introdução e notas de John Gledson. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 421.p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n° 13, janeiro/março, 2009, p. 7.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do Judiciário e suas implicações**, disponível em: <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21> Acesso em: 27 jun. 2019

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine Cristina de Souza Ferreira. **O problema da judicialização da saúde no Brasil**: sugestão de novos rumos. Revista Quaestio Iuris, v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, pp. 593-614.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica do Direito** – Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017.

TRINDADE, K. A. et al. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasillis**. In: Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli, 2012, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 95-132.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análises Jurisprudencial do STF. Curitiba, 200

## DE “MULA” A “PATROA”: ATIVIDADES DESEMPENHADAS POR ADOLESCENTES ENVOLVIDAS COM O TRÁFICO DE DROGAS.

Ana Paula Motta Costa<sup>1</sup>

Vitória Battisti da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho analisa quais são as funções desempenhadas por adolescentes do gênero feminino ao atuarem no tráfico de drogas, o qual reproduz as estruturas pautadas na divisão sexual do trabalho. Foram utilizados referenciais teóricos da epistemologia e criminologia feministas. Empiricamente, realizaram-se entrevistas com quatro adolescentes internadas na unidade feminina da FASE/RSe com seis funcionários da instituição. Conclui-se que é crescente o envolvimento de adolescentes do gênero feminino com o tráfico de entorpecentes e, conseqüentemente, com as facções criminosas, o que possibilita que elas cheguem a postos que não eram comumente ocupados por mulheres, como aqueles de “gerente” e “patrão”.

Palavras-chave: Mulheres. Adolescentes. Tráfico de drogas. Criminologia feminista.

**ABSTRACT:** This paper analyzes what are the roles played by female adolescents at the drug trafficking activity, which reproduces the operation presented in the sexual division of labour. It were used theoretical frames from the feminist criminology and feminist epistemology. Empirically, were executed interviews with four adolescents confined at the feminine unit of FASE/RS, as well as with six employees from the institution. Thus, it was found that the female adolescent involvement with criminal organisations is raising, which enable them to play roles not usually occupied by women, as the “manager” and “boss” ones.

Keywords: Women. Youth offenders. Drug trafficking. Feminist Criminology.

### 1 INTRODUÇÃO

Ao se observar os dados quanto aos sujeitos encarcerados no Brasil, é possível constatar que algo diferente opera em relação às mulheres presas, quando comparadas aos homens na mesma situação. De acordo com números do INFOPEN Mulheres 2018<sup>3</sup>, entre os anos de 2000 e

---

1. Advogada, Socióloga, Mestre em Ciências Criminais - PUC/RS, Doutora em Direito - PUC/RS.

Atualmente desenvolvendo pesquisa em Pós-doutorado na Universidade da Califórnia, em Berkeley, nos Estados Unidos. Professora da Faculdade de Direito em graduação e PPGD - Mestrado e Doutorado - da UFRGS; Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter.

2. Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

3. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Mulheres, 2017.

2016, o encarceramento feminino teve um aumento de 656%, enquanto o masculino cresceu 293%. Ainda, dentre as mulheres em privação de liberdade, 62% possuem acusação de tráfico de entorpecentes. Entre os homens esse número cai para 26%.

Esse elemento parece indicar que, além da grande operação da política nacional de Guerra às Drogas, que tem encarcerado cada vez mais, há, atualmente, um crescente número de mulheres envolvidas com o mercado de entorpecentes. E mesmo com a intensa repressão estatal, persiste a já conhecida capacidade do tráfico de drogas de absorver rapidamente outro indivíduo para ocupar o lugar daquele alcançado pela repressão policial.

Ainda, entre os sujeitos com liberdade restrita, engrandece o número de adolescentes nessa situação. Por elementos característicos desse momento de suas vidas, onde há intensa busca por pertencimento e integração, bem como por reconhecimento de seus próprios desejos, esse grupo apresenta, de maneira peculiar, elementos de invisibilização e vulnerabilidade que atuam diretamente sobre seu ingresso na lógica do tráfico. Comumente associado a adolescentes do gênero masculino, lança-se o olhar, nesse momento, para aquelas do gênero feminino, que indicam também fazerem parte, de uma maneira cada vez mais ativa, dessa rede de comércio ilícito.

O tráfico de entorpecentes, inclusive, por possuir semelhantes funções e significados na construção do sujeito, pode ser entendido e estudado como uma forma de trabalho. A própria Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), formulada pela OIT<sup>4</sup>, destaca que a utilização, recrutamento e oferta de adolescentes para atividades como o tráfico de drogas é uma dessas mais cruéis formas de labor, o que destaca esse caráter da prática.

Somando-se os três recortes apresentados (gênero, tráfico de drogas e adolescentes), os quais sobrepõem-se uns aos outros, em espécies de camadas, chega-se ao sujeito central desse trabalho: adolescentes do gênero feminino envolvidas com o tráfico de drogas. De maneira ainda mais delimitada, busca-se identificar quais são as funções desempenhadas por elas quando de seu envolvimento com a atividade em questão. Isso porque uma vez que a atividade da traficância é entendida como uma forma de labor, observa-se que ela reproduz algumas estruturas encontradas no trabalho em sua forma lícita, especialmente no que diz respeito à condição da mulher.

Na sequência, como substrato teórico necessário para se responder o problema de pesquisa, apresentam-se breves pressupostos da epistemologia e criminologia feministas. Assim, é possível analisar o material empírico, colhido a partir de entrevistas realizadas com quatro adolescentes em situação de internação na unidade feminina da Fundação de Atendimento Socioeducativo do estado do Rio Grande do Sul (FASE/RS). Foram também entrevistados seis funcionários da unidade, a única que recebe adolescentes do gênero feminino no estado, denominada Centro de Atendimento Socioeducativo Feminino (CASEF).

---

4. Organização Internacional do Trabalho.

## 2 TRÁFICO, GÊNERO E ADOLESCÊNCIA.

Ao analisar qual é o espaço ocupado pela mulher no tráfico de drogas, Luciana Boiteux e Luciana Chernicharo referem que ele se mostra como um reflexo da forma como ela é normalmente tratada no mercado de trabalho legal (2017, p. 3). Assim, a elas reservam-se atividades entendidas como inferiores, uma vez que são consideradas menos capazes, possuidoras de instabilidade, inclusive em razão de ser (ou vir a tornar-se) mãe. Isso porque as atividades ligadas aos filhos, raramente compartilhadas com o parceiro – ao se tratar de relações heterossexuais – são desempenhadas, em sua totalidade, pelas mulheres. Esse período, despendido a algo que não o trabalho, consumiria tempo e energia que poderiam ser a ele destinado.

É, portanto, nesses termos que se desenha a dupla jornada de trabalho enfrentada por muitas mulheres. Mesmo após uma rotina intensa de trabalho, historicamente marcado pela precariedade (BRUSCHINI, 2007, p. 549) o que a espera em casa é um segundo turno de labor, esse, por sua vez, não remunerado. Como descrito por Camila Daniel:

As mulheres não deixaram de participar do trabalho remunerado, porém sua inserção tem sido sobretudo através de ocupações menos prestigiadas e formas de trabalho mais flexíveis. O trabalho remunerado não as isenta das responsabilidades com as atividades domésticas não-remuneradas, por isso, elas estão duplamente ocupadas com o trabalho: remunerado e não-remunerado (DANIEL, 2011, p. 328-329).

Além do cuidado com a prole, as tarefas domésticas também são designadas à figura feminina. E mesmo diante de trabalhos remunerados, é evidente a existência de algumas profissões mais comumente desempenhadas por mulheres, justamente por exigirem habilidades socialmente consideradas como femininas, como aquelas da área da educação, das humanidades, das artes, do cuidado e bem-estar (BRUSCHINI, 2007, p. 549).

Dessa forma, é impossível não haver vínculo entre essas construções sociais, presentes desde o início da humanidade, e a participação da mulher na estrutura do tráfico de drogas. Essa é a lógica que se entende viger na ideia de “divisão sexual do trabalho”. Esse conceito, em breve explicação, atribui aos homens, de forma prioritária, as atividades de caráter produtivo, reservando às mulheres aquelas de caráter reprodutivo. Segundo Helena Hirata e Danièle Kergoat, esse conceito possui dois princípios norteadores: o da separação, ao ser possível dizer que existem alguns trabalhos “de homem” e outros “de mulher”; e o hierárquico, onde o trabalho daquele tem mais valor do que o desta (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 599).

De acordo com as autoras, essa estrutura teria uma certa plasticidade, o que possibilitaria sua variação ao longo do tempo, de forma concomitante com outras mudanças sociais. Ela teria, como mecanismo, a redução das práticas sociais a meros “papéis sociais” e a redução do gênero

tão somente a seu sexo biológico, podendo ainda desdobrar-se em distintos aspectos e novas configurações, pautadas nesses elementos.

Aplicando-se essa lógica ao tráfico de drogas, portanto, o que se observa é a designação de trabalhos vulneráveis e hierarquicamente inferiores às mulheres, mais suscetíveis à violência estatal, como aqueles de “vapor”, “mula”, “avião”, encarregados de distribuir, vender e transportar a droga. É o exposto por Luciana Boiteux e Luciana Chernicharo:

A estrutura do mercado de drogas ilícitas reproduz um padrão muito similar ao do mundo do trabalho legal. Em geral, as mulheres ocupam as posições mais subalternas, como mula, avião, bucha, vendedora, “fogueteira”, vapor, etc. Estas posições são também as mais vulneráveis, pois demandam contato direto com a droga, e como, em geral, estas mulheres são pobres, a margem de negociação (ou “arregos”) com os policiais é muito limitada. Foi verificado que, na América Latina, as atividades de “mula” e outras formas de participação feminina no tráfico (como microtraficantes), assumem uma perspectiva laboral, na medida em que muitas mulheres inserem nas margens de sua sobrevivência tipos de trabalho considerados ilícitos. (BOITEUX; CHERNICHARO, 2017, p. 2-3).

Ainda nesse sentido, ao levar-se em consideração que, proporcionalmente aos homens encarcerados, há mais mulheres envolvidas com o tráfico de drogas, encontra-se diante da hipótese de que o intenso aumento da população carcerária do gênero feminino está relacionada mais especialmente com o funcionamento do tráfico de drogas do que necessariamente com uma maior prática de delitos por parte das mulheres. É o que aponta Marlene Helena de Oliveira França:

Apesar de observarmos um aumento na criminalidade feminina, os dados mais recentes mostram que não houve uma elevação tão substancial da participação das mulheres no rol dos crimes comumente praticados pelos homens, revelando que o crescimento da criminalidade feminina pode ter relação muito mais com a dinâmica proporcionada pelo tráfico de drogas do que por uma maior disposição das mulheres para cometer crimes. (FRANÇA, 2016, p. 51)

Assim, dentro desse complexo quadro, que envolve diversos fatores e variáveis, é possível pensar que o crescimento do encarceramento feminino tem relação com a lógica do tráfico de drogas, em que aquelas que ocupam posições hierarquicamente inferiores são facilmente detectadas pelo sistema penal, sendo logo substituídas por outra pessoa. Ainda, outro elemento que parece influenciar é justamente o recrudescimento da Guerra ao Tráfico, das políticas de repressão contra esse inimigo nacional. Dessa forma, parece ser identificável que,

além de mais mulheres terem optado por traficar drogas, mais elas têm sido localizadas e repreendidas (HELPEES, 2014, p. 68).

Ainda, ao analisar, em diversos estudos, quais seriam as motivações e formas de início na traficância, Sintia Soares Helpes apresenta algumas mais frequentemente encontradas. Uma delas é a relação afetiva ou familiar com algum homem envolvido no comércio de drogas. Outra, ainda, seria o desejo de poder e reconhecimento, muitas vezes perante outras mulheres, evidenciando-se que quase sempre há uma subordinação à figura do homem. Por fim, o fato de apresentar-se uma atividade passível de ser realizada em ambiente doméstico, o que possibilita o concomitante cuidado dos filhos, também aparece como uma motivação. Segundo a autora:

Considerando que muitas destas mulheres possuem baixa escolaridade, a possibilidade de um emprego lícito que possa garantir boas condições de vida para elas e seus filhos é muito pequena. Além disso, a autora chama atenção para o fato de que esta é uma atividade, muitas vezes, exercida no âmbito doméstico, espaço historicamente feminino e que implica possibilidade de cuidar dos filhos ao mesmo tempo em que trabalha (HELPEES, 2014, p. 65).

Esse aspecto evidencia o quão forte é a pressão social para que a mulher continue cumprindo com os elementos considerados tipicamente femininos: o ambiente doméstico, o cuidado com os filhos, a posição hierarquicamente inferior, sempre com um homem no comando. Entretanto, a mulher que comete delitos, mesmo quando ela consegue cumprir com essas demandas, é vista como uma descumpridora, não apenas das normas legais, mas também daquelas de caráter social, justamente pelo fato de o crime ser entendido como algo naturalmente masculino, agressivo, e que não seria atividade compatível com os outros afazeres destinados à mulher. Isso significa, ainda, uma dupla punição quando essa mulher adentra o sistema penal (BOITEUX; CHERNICHARO, 2017, p. 5).

Nesse sentido, Marlene Helena de Oliveira França destaca que essa reação negativa perante a mulher criminosa desdobra-se também em níveis institucionais e estatais, em um sentido invisibilizador de suas necessidades e demandas. Nas palavras da autora:

A mulher criminosa é duplamente discriminada, por ser mulher e por ter rompido com o modelo inferiorizado que a sociedade impôs a ela historicamente. Quando comete um crime ela assume um lugar, aparentemente, reservado ao homem: o lugar de violadora da ordem estabelecida, uma agressora. Assim, a resposta social às mulheres que cometeram crimes tem se revelado sutilmente desprezível e excludente, sobretudo, por parte do Estado, isto é, por mais que se discuta a necessidade de diferenciação, tudo continua como se essas necessidades não existissem. (FRANÇA, 2016, p. 223).

Entretanto, mesmo com essa reação social negativa intensa perante a mulher criminosa, existem indícios de um movimento de ascensão de algumas mulheres a posições mais importantes na estrutura do tráfico. Tal constatação não significa que o gênero tenha deixado de ser elemento limitador a esse crescimento, mas sim que o envolvimento da mulher com essa atividade tem se intensificado, o que possibilita que algumas alcancem cargos que até então eram unicamente ocupados por homens (HELPEES, 2014, p. 67).

Entre as adolescentes, por sua vez, parece ser também esse o cenário. Entretanto, importante pontuar que essa faixa etária dispõe de diversas peculiaridades, as quais merecem destaque, a fim de entender sua interação com o tráfico de drogas. Segundo Contardo Calligaris (2000, p. 15), o adolescente é alguém que tem vivência o suficiente para ter absorvido os principais valores de nossa comunidade e cujo corpo e mente já se encontram aptos a buscá-los e alcançá-los (de acordo com o autor, estariam em destaque o sucesso financeiro/social e amoroso/sexual). Entretanto, esse indivíduo encontra-se diante de uma moratória, de um estado de suspensão imposto a ele pela sociedade. Segundo o autor, “ele não é mais nada, nem criança amada, nem adulto reconhecido.” (CALLIGARIS, 2000, p. 24).

E é justamente pela complexidade das movimentações presentes nesse momento e pelas contradições que são apresentadas ao adolescente pelo adulto que esse período é repleto de oscilações, avanços e retornos. Ao mesmo tempo em que se demanda dele autonomia, não lhe é permitido agir como um igual perante os mais velhos. A confusão instala-se e leva, muitas vezes, o adolescente a buscar, na incongruência do discurso adulto, o que ele poderia fazer para ser amado novamente.

Ao mesmo tempo, há, por parte do adolescente, uma necessidade de diferenciação das figuras paternas, levando-o a busca por ser gregário, por encontrar suas preferências e formas de expressão enquanto ser com vontade autônomas. Maria Cristina Perdomo discorre sobre essa sensação que levaria, portanto, à busca pelo sentimento de pertencimento. Segundo ela, a falta de um rito de passagem que introduza o indivíduo no “mundo dos adultos” seria um elemento que contribui justamente para essa inconstância. Ao não saber ao certo o que se é:

(...) em alguns momentos, há um retrocesso infantilizante, uma recorrência a modos de comportamento e de funcionamento antigos, já superados e deixados de lado e, em outros, uma falsa maturidade sem condições de base que permitam sustentar os atributos emblemáticos de que se acredita portador. (PERDOMO, 2001, p. 140)

Assim, por ter sido “barrado” na entrada do mundo adulto, o adolescente afasta-se desses, em especial de sua família, e busca estabelecer-se em um microcosmos onde seja possível criar suas próprias regras de admissibilidade. Essas, diferentemente das regras para ser reconhecido como adulto, são claras e definidas. Assim, diferentes formas de vestimenta, de cabelo, tatuagens, o uso de drogas, por exemplo, ou até mesmo algo que se assemelha com um pacto – como a

---

participação em algum ato ilícito, que gera um segredo, um laço indissolúvel – passam a ser ferramentas utilizadas para que se estabeleça um grupo coeso e independente. (CALLIGARIS, 2000, p. 36-37). Ainda, destaca-se que a busca por respeito e reconhecimento, uma vez que não alcançada pelo adolescente, pode ser buscada através do medo. Esse, em termos práticos, produz efeito similar àqueles.

Dessa forma, na interseção entre adolescência e tráfico de drogas se identifica uma relação mais intensa dos adolescentes do gênero masculino com a violência. Isso estaria associado com uma questão de virilidade, que Rochele Fellini Fachinetto entende como um “elemento norteador das ações masculinas em detrimento de uma postura de submissão da mulher, que necessita da proteção deste 'homem viril’” (FACHINETTO, 2008, p. 92). Dessa forma, o adolescente homem age com ainda mais violência, pois, além de ser elemento de auto afirmação, é uma ferramenta para conquistar eventuais parceiras.

Os elementos de ordem do pertencimento a um grupo e da satisfação amorosa/sexual, próprias desse momento da vida, parecem justificar esse comportamento mais agressivo. Essa expressão de um “orgulho masculino”, de uma virilidade através da violência, manifesta-se também na conquista de territórios e pontos de venda de drogas, por exemplo. Ainda, a relação destes adolescentes com o consumo e com o poder de compra estaria intimamente ligada à intenção de possuir coisas que os tornem mais atraentes para as mulheres. Ao serem conquistadas, então, elas atuam como elementos que aumentam mais ainda o poder do homem. Segundo Rochele Fellini Fachinetto:

Essas noções construídas socialmente reforçam primordialmente um tipo de relação na qual o homem assume o papel de dominador, que precisa demonstrar sua virilidade (muitas vezes através da violência) para manter-se como dominante na relação. A mulher aparece como o “objeto da conquista” masculina, cujo valor é atribuído por critérios também masculinos. (FACHINETTO, 2008, p. 92).

Assim, de acordo com esse raciocínio, novamente observa-se que à mulher – aqui, também adolescente – designa-se o polo passivo, o comportamento dócil, que deve deixar-se conquistada pelo homem com poderes e posses. Entretanto, ao se sobrepor o recorte de gênero no estudo, busca-se lançar luz justamente ao caráter protagonista da trajetória das próprias adolescentes, por entender que a mulher, por muito tempo, teve sua narrativa apagada em detrimento daquela masculina.

Reitera-se, ainda, que não se trata de valorar positiva ou negativamente o fato de haver adolescentes em posições de destaque no tráfico, que também utilizam-se da violência e almejam poder, mas sim de constatar e compreender essa realidade que, conforme indicam os mais recentes estudos, existem e carecem de investigação.

O sistema penal, de forma geral, e o socioeducativo, mais especificamente, enquanto

---

instituições pautadas pela seletividade, tendem a manter as questões femininas em segundo plano, utilizando-se de símbolos de distinção entre os gêneros que não correspondem à realidade e mantendo como sujeito central aquele do gênero masculino. Portanto, o estudo empírico realizado para identificar e pontuar qualitativamente esta realidade, apresentado ao final desse artigo, foi desenvolvido com base nessas premissas, justamente objetivando identificar as atuais configurações na participação das adolescentes, enquanto sujeitos políticos e autônomos, no tráfico de drogas.

### **3 A EPISTEMOLOGIA E CRIMINOLOGIA FEMINISTAS COMO DESCONSTRUTORAS DA CIÊNCIA “NEUTRA”.**

Para que seja possível, então, analisar com propriedade o tema a que se propõe, é de suma importância que se tenha, *a priori*, fundamentações teóricas que deem conta de uma análise sensível e adequada do material empírico colhido. Para isso, necessário lançar luz sobre a epistemologia e criminologia feministas.

Utilizando-se de conceito apresentado por Heleieth Saffioti (2011, p. 45), gênero é “a construção social do masculino e do feminino”. Dessa forma, enquanto o sexo relaciona-se com o viés biológico de um indivíduo, o gênero aproxima-se dos resultados sociais e culturais dessa condicionante, e pode ser, inclusive, não coincidente com o sexo atribuído a alguém ao nascer.

Assim, ao observar a construção social em torno do que seria o gênero feminino, Simone de Beauvoir (2016) refere que sua construção deu-se sempre através da comparação negativa, por “exclusão”: mulheres são aquelas que não são homens. Partindo do pressuposto de que a humanidade desenhou-se, historicamente, em torno da figura masculina, entende-se que a mulher só o é quando pautada em contraponto ao seu oposto, ao hegemônico, ao homem. Uma vez que o homem é o viril, o potente, o racional, o público, à mulher resta tudo que é inverso: a sensível, a passiva, a emocional, a doméstica

Essa construção unilateral dos dois gêneros, pautando a mulher apenas a partir de seu “oposto”, instituiu que o homem é o Sujeito e a mulher é o Outro (BEAUVOIR, 2016, p. 12), construindo, a partir disso, a enraizada ideia de que ela não é um ser autônomo. Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 142) vai ainda além ao referir que a mulher seria construída como um “não sujeito”. Tal configuração teria justamente origem na confusão entre os conceitos de gênero e sexo: a utilização das diferenças biológicas e naturais entre os sexos como justificativa para a construção social das desigualdades entre os gêneros feminino e masculino, sendo o primeiro automaticamente instituído como subordinado ao segundo, despido de qualquer gerência sobre si mesmo.

Ao se observar como se deu a construção da figura da mulher no que toca à prática delituosa, é possível ver que se reservou com quase exclusividade a ela o lugar de vítima. Afinal, ainda carrega, em certa medida, o estereótipo consolidado na Idade Média: um ser tão puro como a mulher, nascida e criada para servir tão somente a seu marido e aos filhos, casada virgem, sem

qualquer estímulo à vida pública ou ao saber formal, ingênua e amorosa, seria incapaz de cometer qualquer ato ilícito.

Já no campo teórico, a conclusão, ao se analisar a participação feminina na construção do saber, não é diferente. A tradição científica moderna – produzida majoritariamente por homens, respondendo questionamentos propostos por homens – acreditava na existência de uma única verdade. Portanto, toda e qualquer forma de produção de saber deveria ser regida pela neutralidade. Ocorre que essa neutralidade foi falsamente construída, tendo por base as dicotomias sujeito-objeto, corpo-espírito, certo-errado, racionalidade-emotividade e, conseqüentemente, masculino-feminino. Determinou-se, portanto, à mulher, o caráter secundário, passivo. Alessandro Baratta, ao analisar a estrutura científica refere que:

(...) a ciência moderna, o modelo hegemônico “normal” da consciência científica, baseia-se na oposição entre sujeito e objeto, entre razão e emoção, entre espírito e corpo. Em qualquer destas oposições, o primeiro termo deve prevalecer sobre o segundo, sendo que aquele corresponde à qualidade “masculina” e este àquela “feminina”. Desta maneira, o paradigma da ciência moderna assegura a dominação masculina e, ao mesmo tempo, a esconde, mantendo, assim, a diferença de gênero ignorada. (BARATTA, 1999, p. 20)

A epistemologia feminista vem questionar justamente se essa neutralidade é de fato possível, ou se ela não seria apenas uma justificativa para a manutenção das estruturas de desigualdades atualmente vigentes.

A filósofa Sandra Harding (2002), ao pontuar as características da pesquisa feminista em relação aos tradicionais moldes científicos, elenca três distinções fundamentais entre eles. O primeiro deles advém da inserção das experiências das mulheres como instrumento de criação de novos recursos empíricos e teóricos. Isso porque a demanda por investigação, especialmente acadêmica, apenas dá após a identificação de determinado problema, o que só ocorre se uma vivência for assim considerada por alguém ou um determinado grupo de indivíduos de acordo com suas vivências. Em uma ciência pautada apenas por homens (majoritariamente brancos, de classes média e alta, heterossexuais), é lógico que sejam pautadas, quase que em sua totalidade, questões consideradas problemas perante esse ponto de vista. Assim, a epistemologia feminista abriria espaço para o desenvolvimento de outros saberes, não apenas ligados ao gênero.

Uma segunda característica seria, como consequência da primeira, o surgimento de novos objetivos para a ciência social, as quais, por sua vez, estão mais próximas das verdadeiras necessidades dos sujeitos.

Já a terceira característica é a existência de maior transparência em relação à construção do saber, desmistificando o ideal de neutralidade ao expor que todo o conhecimento advém de um sujeito real, com vontades e anseios, situado e determinado historicamente.

Diante desses elementos, parece ainda mais evidente a necessidade de um saber criminológico

---

feminista. Como já visto, a criminologia, justamente por ser, desde seu nascimento, centrada na figura masculina, entende o papel da mulher como sendo apenas o de vítima, ocupando o polo passivo de qualquer relação. Entretanto, o crescimento dos índices de encarceramento feminino indicam que essa teoria não se confirma na prática.

Dessa forma, se está diante da proposta de rompimento de estereótipos, de elementos tipicamente masculinos ou femininos e outras distinções entre os gêneros com intuito de dominação. O que se propõe em seu lugar é o reconhecimento das mulheres como sujeitos autônomos e diversos, que não compõem uma massa uníssona do que se entende por “ser mulher”, que sofrem diferentes processos de criminalização, violência e vitimização. Essas demandas, sob o viés criminológico, requerem não apenas que esse novo indivíduo seja compreendido e analisado, mas também que a maneira feminina de compreender a realidade acompanha os elementos de políticas públicas. É evidente que deixa de existir uma única resposta possível perante as violências sofridas pelas mulheres (CAMPOS, 2017, p. 292).

Essa proposição disruptiva, portanto, está inserida na lógica da Criminologia enquanto ciência que objetiva a compreensão das dinâmicas de criminalização. Originada dos preceitos de sua vertente crítica, esta, de entendimento feminista, intenciona justamente estar atenta aos mecanismos de invisibilização dos sujeitos, dando a eles o protagonismo necessário. Ainda, por entender que o discurso jurídico tem origem em estruturas de caráter segregador e excludente com alguns substratos específicos da população, a criminologia feminista busca não se pautar e delimitar por este sistema. Assim, torna-se possível a inserção não apenas das mulheres na produção do conhecimento criminológico, mas também de outros sujeitos até então marginalizados.

#### **4 DA PESQUISA DE CAMPO**

Agora, munido dos elementos teóricos julgados pertinente, adentra-se a metodologia utilizada na pesquisa empírica, que consiste em entrevistas individuais semiestruturadas com quatro adolescentes que tiveram algum tipo de envolvimento com o tráfico de drogas, em situação de internação na unidade feminina da Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE/RS), denominada Centro de Atendimento Socioeducativo Feminino. Ainda, foram também entrevistados seis profissionais que trabalham na unidade, sendo três agentes socioeducativos e três profissionais do corpo técnico.

Além disso, importa destacar que previamente à realização das entrevistas, o projeto do trabalho foi analisado e aprovado tanto pela própria Fundação de Atendimento Socioeducativo como pelo Conselho de Ética da Universidade do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foram apresentadas, a ambas as instituições, justificativa para a realização da pesquisa, fundamentos e principais referenciais teóricos, bem como minuciosa descrição de como se daria o contato da pesquisadora com a instituição em questão. Ainda, previamente a cada uma das entrevistas, foram entregues Termos de Consentimento e Assentimento aos entrevistados, em duas vias,

sendo permitido que quaisquer dúvidas fossem sanadas, previamente à conversa. Quando julgada pertinente a transcrição de trechos das entrevistas, na análise a seguir, todos os nomes foram alterados, a fim de manter o anonimato das pessoas ouvidas.

A partir do material colhido foi possível constatar que há uma participação crescente das adolescentes com o tráfico de drogas, mais especificamente através de atuação junto a facções criminosas, de uma maneira que destaca a decisão delas em ingressar nesse mundo, efetivamente vista por elas como uma escolha deliberada. Nesse sentido, foi possível compreender como se dá a divisão de tarefas dentro dessas organizações e que posições as adolescentes entrevistadas ocuparam nesse meio.

Geralmente, a estrutura se constitui por um “patrão”/“patroa”, pessoa com mais autoridade, que manda em diversos pontos de venda de drogas, o “dono da caminhada”, que, de acordo com uma das adolescentes seria quem “fica sentado só te olhando”. Logo abaixo deste está o/a “gerente”, que é quem efetivamente administra a mercadoria e as pessoas que a vendem. É o/a gerente quem recebe a droga e as armas e determina quanto é distribuído a cada vendedor, além de ser esta pessoa quem também recebe todo o dinheiro antes de repassá-lo ao patrão.

Das quatro adolescentes ouvidas, três desempenharam a função de gerente em algum momento de sua trajetória, sendo que uma delas, Carolina, acumulou também a função de “patroa”, após seu segundo marido ser preso. Quando questionada sobre como foi esse momento, ela refere ter trabalhado muito, diante de um cargo com tamanha responsabilidade. A adolescente morava em uma casa com outros dez adolescentes do gênero masculino, que trabalhavam para ela. Ainda, ao relatar como era administrar várias bocas de fumo, menciona que desempenhava um papel materno perante eles:

Me chamavam de mãezona, assim, porque eu tinha, eu perguntava assim, a primeira coisa: “comeu hoje?”, “tomou banho?”. Porque nós era em dez guris e eu era a única menina, entendeu? A organização, eu fazia assim dum jeito que não dizia que era dez homem que tavam morando ali dentro sabe, era tudo bem família, sabe. (Carolina, 15 anos)

Esse relato relaciona-se, ainda que de maneira não convencional, com o conceito de divisão sexual do trabalho. Nessa situação, mesmo desempenhando uma função notoriamente de produção, considerada masculina, de “patroa”, a adolescente não deixou de exercer, ao mesmo tempo, aquela de viés reprodutor, de cuidado, tipicamente feminina. Nesse sentido, é o que delimita Mariana Barcinski, ao referir essa tendência das mulheres em buscar por este espaço de cuidadora, justamente com intenção de proteger suas relações pessoais e afetivas (BARCINSKI, 2009, p. 1.844). Essa constatação parece confirmar-se no trecho da entrevista em que a adolescente refere que mesmo que o crime traga “coisas ruins”, ao mesmo tempo “traz família, te faz tu construir”. Para além de o que poderiam ser entendidas como relações de trabalho, parece importante, na narrativa da entrevistada, o caráter afetivo das relações que tinha com aqueles que

---

trabalhavam em suas bocas de fumo.

Já Paula, a única das quatro que possui um filho, mencionou que vendia drogas em sua própria residência. Aqui também é possível ver que mesmo desempenhando uma atividade comumente masculina, a de gerente, havia a manutenção do espaço do lar. Trabalhando em sua casa, Paula podia cuidar de seu filho, sendo também clara a reprodução da divisão sexual do trabalho (RAMOS, 2012, p. 117).

Ao relatar os desafios de ser gerente e patroa de diversos pontos de venda de drogas em sua cidade, Carolina aponta que após pagar aqueles que trabalhavam para ela e entregar dinheiro para sua mãe e avós, ela reinvestia o montante que restava no próprio tráfico, para continuar expandindo seu “negócio”, inclusive comprando drogas do Paraguai:

Eu tentei passar o Paraguai, uma carga, só que caiu na segunda carga. A primeira passou, mas a segunda caiu. Eu investi em droga, entendeu. Pegava dinheiro e comprava mais droga e fazia mais dinheiro e comprava mais droga e fazia mais dinheiro e comprava mais arma, entendeu? E isso foi crescendo, foi virando uma coisa mais grande que eu imaginava. (Carolina, 15 anos).

O fato de dar dinheiro oriundo do tráfico de drogas aos pais e familiares foi elemento que surgiu na fala de duas adolescentes. Ao mencionarem que não ficavam com todo o dinheiro para si, Carolina conta que via como sua responsabilidade entregar dinheiro para sua mãe, que utilizava o montante para sustentar os avós da adolescente. Amanda conta que eventualmente enviava o que ganhava com o tráfico para sua mãe, com o intuito de ajudar no sustento de seus irmãos.

As outras duas entrevistadas referem a resistência, especialmente de suas mães, em lidar com o fato de suas filhas ganharem dinheiro através da venda de drogas. Assim, ainda que passassem por dificuldades financeiras, elas não aceitavam que suas filhas as ajudassem, especialmente como uma forma de não estimular que as adolescentes continuassem atuando nesse meio. Luísa, uma das entrevistadas, menciona diversas vezes a admiração que sente por sua mãe, que mesmo com seus três filhos presos e envolvidos com o tráfico de drogas, nunca aceitou o dinheiro deles e sempre acreditou, especialmente que ela, sua única filha mulher, conseguiria desvencilhar-se da organização criminosa da qual fazia parte:

Minha mãe nunca aceitou nada. Ela sabia [de onde vinha o dinheiro], ela era bem contra e ela nunca, mesmo ela precisando assim, te digo (...) ela nunca aceitou nada de mim. Ela podia tá precisando assim, o máximo que fosse, ela dava o jeito dela, mas ela nunca aceitou nada, nada. Tudo que ela tem assim, ó, ela disse pra mim, porque o dinheiro não era meu, se fosse do meu suor, tudo bem, mas nunca foi, ela sabia que aquele dinheiro era errado, entendeu? E ela nunca me largou de mão, assim, digo, ela nunca me largou de mão e até hoje ela

conversa “se fosse por mim tu não tava lá onde tu tá”. (Luísa, 18 anos)

Acredita-se que neste aspecto, na destinação e uso do dinheiro oriundo da venda de drogas, reside uma das maiores distinções entre as adolescentes entrevistadas e as adultas envolvidas com o tráfico de drogas. Pesquisa realizada por Sintia Helpes com mulheres encarceradas na cidade de Juiz de Fora, no estado de Minas Gerais, constatou que 58% das entrevistadas eram as principais provedoras de sua família (HELPEES, 2014, p. 130). Já em pesquisa realizada na cidade de Fortaleza, no estado do Ceará, Maria Juruena Moura chegou ao número de 82,1% das 134 mulheres consideradas pelo estudo, que eram provedoras de seus lares (MOURA, 2005, p. 24).

É possível enxergar, entre as duas faixas etárias, uma relevância diferente na colaboração nas despesas de casa ou de sua família. Enquanto para as adultas, muitas vezes com filhos e sem um companheiro que auxilie nas despesas, o tráfico parece ser a única alternativa possível para sustentar suas famílias, para as adolescentes, pelo menos as que não possuem filhos, não parece haver, com tanta relevância, ao menos a partir de suas narrativas, a necessidade de sustento próprio ou de terceiros como elemento importante para o início da participação no tráfico.

Ainda em relação ao retorno financeiro da atividade, Luísa, acredita-se que por, quando de sua entrevista, estar próxima de sair de seu período de internação, parece ter assimilado o discurso de que o dinheiro do tráfico de drogas “não lhe pertencia”. É possível, também, entender que ela fez um movimento de afastamento do poder que possuía na facção, passando a substituí-lo por laços afetivos e familiares (BARCINSKI, 2009, p. 1.852), mais especificamente com sua mãe. A adolescente refere, mais de uma vez, a fala de sua genitora, que diz que dentre os três filhos que possui, todos envolvidos com o tráfico, a única a qual ela realmente acredita que consegue se desvencilhar do mundo do tráfico é Luísa. Assim, ela abre mão da importância que detinha no tráfico para ocupar um espaço de importância perante a figura materna, numa espécie de retorno à esfera privada do lar, um espaço tipicamente feminino.

Entretanto, talvez pelo fato de a venda e consumo de drogas ser algo naturalizado para as adolescentes, de acordo com o depoimento de uma das agentes é comum a ideia de que a comercialização de entorpecentes seria, dentre as condutas criminosas, uma das menos condenáveis, uma vez que não envolve diretamente atos violentos. Nesse sentido, a agente sinaliza que há um movimento realizado pelos profissionais do CASEF para mostrar às internas como o que elas faziam era danoso e estava diretamente relacionado com um ciclo de intensa violência.

Muitas gostam de dizer “eu tenho as mãos limpas”, “eu nunca matei ninguém”, “o meu crime não era nada”. E aí tu tem que orientar ela, dizer: “cara, o teu crime ferra tudo”. (...) Porque não é só a menina falar, ela tem que ter a crítica daquilo que ela tá fazendo, o tráfico de droga movimenta um círculo de violência, se tu entende que é uma coisa que tu vende que não tá legalizada, que

tu não pode entrar na loja comprar e sair de boas usando, então não é liberado. (...) Então o teu crime não é “mão limpa”, teu crime é o mais sujo que tem no sistema, porque não é liberado. Talvez numa outra política de governo seja diferente... Então, isso é uma droga. Mas elas conseguem, com o passar do tempo a gente vai conversando e elas conseguem entender o quanto grave é, mas quando elas chegam elas não têm crítica. Quanto menos crítica ela tem mais ela consegue se empoderar daquele espaço. (Agente socioeducadora)

Ainda, quando relatam suas experiências, especialmente nos postos de maior destaque na hierarquia do tráfico, as adolescentes narram, com um perceptível orgulho, que desempenhavam bem suas atividades, inclusive naturalmente comparando-se com os homens, sem qualquer intervenção ou sugestão da pesquisadora nesse sentido. É possível perceber que elas se veem como mais responsáveis, mais estratégicas do que eles, os quais, por sua vez, se deixariam tomar pela “afobação”, e “dariam muita bandeira”. Ao ser questionada sobre se trabalhava apenas com homens e como era conviver com eles, Carolina verbaliza como acredita que trabalhava melhor do que “os meninos”:

Carolina: Eu acho que é meio, como é que diz, meio machista assim, sabe.

Pesquisadora: Como assim?

Carolina: Porque, as mulheres, eu acho que mulher... Pelo menos eu, eu falando por mim, eu trabalhava muito bem, sabe, tudo que eu fazia eu fazia bem. Coisa horrível de dizer né, mas é, tudo que eu fazia fazia bem sabe, fazia melhor que eles, eu dava aula pra eles na verdade, e eu trabalhava só com menino, só com guri. (Carolina, 15 anos)

Essa admiração pela sua própria trajetória também é identificada na entrevista com Luísa. Ela chegou ao CASEF pela prática de ato infracional análogo à organização criminosa. Ao construir sua narrativa ao longo da entrevista, ela descreve como os funcionários da Unidade ficaram surpresos ao verem que não havia nenhum outro ato infracional em seu prontuário, o que seria algo incomum, uma vez que um grupo criminoso forma-se justamente para o cometimento de ilícitos. Ao justificar isso, a adolescente conta que a polícia levou muito tempo para concluir que ela trabalhava no tráfico e que a suspeita sobre ela apenas foi levantada pois seu nome era muito citado por várias pessoas com esse envolvimento em ligações e conversas interceptadas pela polícia.

Luísa trabalhava como gerente para seu irmão, que se encontrava preso quando da entrevista. Ele começou entregando a ela o dinheiro que supostamente recebia do artesanato que fazia dentro da penitenciária. Após um tempo, ao ver que sua irmã era responsável com a quantia que lhe alcançava, ele contou a verdadeira origem do dinheiro, e ela aceitou continuar trabalhando para ele. Ao narrar sua atividade é possível perceber momentos de admiração de sua

vivência e da atividade que desempenhava:

E eu no caso eu era gerente como, eu recebia, eu que tinha, antes do dinheiro ir pro patrão, passava na minha mão, entendeu? Eu que tinha que recolher o dinheiro, eu que tinha que... pegava gramas e gramas de drogas, sabe, não era peteca, não era coisinha. Mexia com muita droga, sabe, mexia com arma, mexia com muito dinheiro. Toda segunda-feira eu tinha que ir no banco depositar vinte, dezoito, vinte e cinco mil [reais], sabe, e ele [seu irmão] não tinha confiança em ninguém, em ninguém que não fosse em mim. (...) Porque no caso eles [os outros homens com quem ela trabalhava] perto de mim, eles bem dizer, trabalhavam pra mim. Porque meu irmão, ele me mandava, e aí na rua ele só me mandava o que eu tinha que fazer, algumas coisas e o resto eu tinha que fazer por mim, entendeu. Que ele tinha confiança em mim, ah “eu vou deixar tanto contigo, tu tem...” no caso deixa meio quilo [de droga] comigo, deixou meio quilo comigo, eu vendo, ele me diz: “tenho 100 grama pra tal fulano, pra tal pessoal”, e o resto eu que sei o que eu faço, entendeu? (Luísa, 18 anos)

Ainda em relação ao tipo de atividade realizada pelas entrevistadas, Amanda, a única das quatro que desempenhava uma atividade que pode ser considerada, como referem três dos profissionais entrevistados, de “linha de frente”, em uma posição mais vulnerável, compartilha elemento bastante significativo em sua fala. Ela conta que seu trabalho era transportar drogas e armas entre cidades, comumente referida como “mula”, e que essa tarefa era frequentemente designada às mulheres, pelo fato de passarem mais despercebidas ao carregarem bolsas:

Tipo as guria ficavam mais no tráfico, mexiam mais com dinheiro, sabe, tipo pra carregar as coisas prum lado prum outro, porque eles são... Como que vai andar um monte de homem cheio de bolsa com arma? Não tem como, tem que ter mulher. (Amanda, 16 anos)

A atividade desempenhada por Amanda ilustra bem a reprodução da tradicional divisão sexual do trabalho. Mesmo sendo o crime uma atividade subversiva, ela automaticamente reproduz a dinâmica social em seu interior (BARCINSKI, 2009, p. 1.849). Ainda, a adolescente refere que os homicídios eram estritamente praticados pelos homens, e que elas algumas vezes eram “escortadas” por eles. É evidente, portanto, a divisão entre tarefas “de homem” e “de mulher”.

Ainda, quanto à relação com as forças policiais, tem-se que aquelas em postos inferiores estão mais expostas também pelo fato de não possuírem recursos financeiros suficientes para subornar policiais corruptos e negociar sua liberdade por mais tempo, prática que pode ser considerada comum para aqueles e aquelas que possuem mais dinheiro (HELPEZ, 2014, p. 164).

Além disso, cabe mencionar que também há vulnerabilidade pela própria condição de mulher, o que leva à possibilidade de submeterem-se a outras situações, sendo vítimas de violências como assédio e estupro, por exemplo, com o intuito de permanecerem livres.

Assim, identifica-se o que parece ser um movimento de ascensão de algumas adolescentes do gênero feminino a posições de maior prestígio no tráfico de entorpecentes, como aquela de “gerente”, por exemplo. Isso não significa que deixaram de existir aquelas em posições vulneráveis, mas sim que parece haver uma possibilidade de ocupar espaços considerados masculinos, que, na lógica da divisão sexual do trabalho, carrega caráter de produção, ao invés de tão somente desempenhar aquele com características de reprodução, o qual seria designado ao gênero feminino.

## 5 CONCLUSÃO

Ao se aproximar do sujeito que se pretende investigá-lo no trabalho, é possível constatar a grande necessidade de aprofundamento nesse objeto de estudo, ainda pouco explorado. Observa-se, ainda, o quanto enriquecedor pode ser o processo de aproximação e escuta das adolescentes, permitindo que elas sejam ouvidas e falem abertamente, sendo reconhecidas como pessoas autônomas e que manifestam a sua verdade através do que dizem e desejam.

Portanto, foi possível observar que o crescente envolvimento das adolescentes com o tráfico de drogas e, conseqüentemente com facções criminosas, tem permitido que elas desempenhem atividades de maior prestígio na estrutura do tráfico. Observou-se, também, uma admiração pelo seu trabalho, além de uma percepção de realizar essa tarefa, inclusive, melhor do que outros homens.

Entende-se, ainda, a partir das informações colhidas, que são poucas as que chegam a esses postos. É possível dizer que, por estar conversando com adolescentes em situação de internação, ao invés daquelas cumprindo medidas menos gravosas, seria logicamente mais provável que se encontrasse, justamente estas, em funções de mais notoriedade e com participação vultosa no meio em que atuavam.

Não é possível dizer, portanto, que elas deixaram de ocupar postos vulneráveis. Nesse sentido, há relatos de várias outras mulheres que desempenhavam funções de mula, vapor e avião, por exemplo, os quais são vistos como de caráter “descartável”. Isso pois diante da repressão policial – que atua diretamente sobre essas pessoas que mais circulam e têm contato com mercadoria ilícita – facilmente se encontra outra pessoa para ocupar esse posto.

É justamente pela sensibilidade demandada pelo tema, ainda pouco aprofundado, que ele parece ir ao encontro do proposto pela Criminologia Feminista. Ao sugerir o giro epistemológico através do reconhecimento da inexistência de conhecimento científico descolado de sua historicidade, origem e influências, abrem-se possibilidades para que as trajetórias de pessoas como as adolescentes entrevistadas aproximem-se do saber acadêmico, com conseqüente valorização de suas histórias. Há, ainda, o potencial de que estruturas políticas e sociais,

observando essa nova forma de análise, desenvolvam abordagens mais adequadas e próximas das verdadeiras problemáticas, que contemplem verdadeiramente as peculiaridades e vulnerabilidades daqueles e daquelas envolvidos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARCINSKI, Mariana. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas. *Ciência saúde coletiva* [online]. Rio de Janeiro. v. 14, n. 5, p. 1843-1853, Dez. 2009a. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232009000500026&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000500026&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**: fatos e mitos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BOITEUX, Luciana; CHERNICHARO, Luciana. Encarceramento Feminino, Seletividade Penal e Tráfico de Drogas em uma Perspectiva Feminista Crítica. São Paulo, p. 1-6, 2017. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9832437/Encarceramento\\_Feminino\\_Seletividade\\_Penal\\_e\\_Tr%C3%A1fico\\_de\\_Drogas\\_em\\_uma\\_perspectiva\\_Feminista\\_Cr%C3%ADtica](http://www.academia.edu/9832437/Encarceramento_Feminino_Seletividade_Penal_e_Tr%C3%A1fico_de_Drogas_em_uma_perspectiva_Feminista_Cr%C3%ADtica)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Trabalho e gênero no Brasil nos últimos dez anos. **Cadernos de pesquisa**, v. 37, n. 132, p. 537-572, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0337132.pdf>>. Acesso em 11/06/2019.

CALLIGARIS, Contardo. **A adolescência**. São Paulo: Publifolha, 2000.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista**: Teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DANIEL, Camila. O trabalho e a questão de gênero: a participação de mulheres na dinâmica do trabalho. **O Social em Questão**, v. 14, n. 25/26, p. 323-344, 2011. Disponível em: <[http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/17\\_OSQ\\_25\\_26\\_Daniel.pdf](http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/17_OSQ_25_26_Daniel.pdf)>. Acesso em 11 jun. 2019

FACHINETTO, Rochele Fellini. A “casa de bonecas”: um estudo de caso sobre a unidade de atendimento sócio-educativo feminino do RS. 2008. 222 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000666822&loc=2008&l=e08f5ec66ffe8acd>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Mulheres fora da lei e da norma: uma análise da questão de gênero. **Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas**, Paraíba, v. 5, n. 1, p. 39-67, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/viewFile/22547/12510>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

HARDING, Sandra. ¿Existe un método feminista? In: BARTRA, Eli (org.). Debates en torno a una metodología feminista. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 9-34, 2002. Disponível em: <<http://cuentaconmigo.org.mx/articulos/harding.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2019.

HELPEES, Sintia Soares. **Vidas em jogo**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de pesquisa**, v. 37, n. 132, p. 595-609, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PERDOMO, Maria Cristina. Lágrimas e Rock'nRoll. In: WEINBERG, Cybelle (org.). **Geração Delivery**. São Paulo: Sá, p. 137-148, 2001.

RAMOS, Luciana de Souza. Por amor ou pela dor. Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas, 2012. 126 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Estado e Constituição, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília: Brasília, 2012. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13758/1/2012\\_LucianadeSouzaRamos.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13758/1/2012_LucianadeSouzaRamos.pdf)>. Acesso em 19 jun. 2018.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.





FACULDADE  
**SANTO AGOSTINHO**  
MONTES CLAROS • MG