

# Legalislux

Revista Jurídica Legalislux | Belém do São Francisco | v.2, n.2 | 52 p. | 2020

**FACESF – Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco**

**Direção Acadêmico**

Luis Geraldo Soares Lustosa

**Coordenação Geral**

Daniela Pereira Novacosque

**Coordenação de Pós-Graduação**

Dayara de Kássia Sá Sampaio Soares Lustosa

**Coordenação do Núcleo de Pesquisa NPQ FACESF**

Phablo Freire



Os trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Permitida a reprodução, total ou parcial, desde que citada a fonte. Solicita-se permuta/exchanges dedired.



# Legalislux

Revista Jurídica Legalislux	Belém do São Francisco	v.2, n.2	52 p.	2020.
-----------------------------	------------------------	----------	-------	-------

# REVISTA JURÍDICA FACESF

## Editor Chefe

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

## Equipe Editorial

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Daniela Pereira Novacosque (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

Geyza Kelly Alves Vieira (FACESF, Brasil)

Débora Alves de Amorim (FACESF, Brasil)

## Conselho Editorial

Cesar Augusto Baldi (UPO, Espanha)

Matheus de Mendonça Gonçalves Leite (PUC Minas, Brasil)

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Anna Christina Freire Barbosa (UNEB, Brasil)

Edimar Edson Mendes Rodrigues (FACAPE, Brasil)

Henrique Weil Afonso (PUC Minas, Brasil)

Débora Alves de Amorim (FACESF, Brasil)

Fábio Gabriel Breitenbach (UNEB, Brasil)

Thiago Teixeira Santos (PUC Minas, Brasil)

Luís Geraldo Soares Lustosa (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

Geyza Kelly Alves Vieira (FACESF, Brasil)

Flawbert Farias Guedes Pinheiro (FACESF, Brasil)

Manoel Messias Pereira (FACESF, Brasil)

Ana Rosa Brissant de Andrade (FACESF, Brasil)

Márcio Rubens de Oliveira (FACESF, Brasil)

Ficha Catalográfica elaborada pelo bibliotecário Janildo Lopes da Silva / CRB4/929

Revista jurídica legalislux [Recurso eletrônico] / Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco. - v. 1, n. 1. (2019)- Belém do São Francisco/PE: FACESF, 2019-

Semestral

ISSN 2763-9584

Modo de acesso: World Wide Web:

<<http://periodicosfacesf.com.br/index.php/revistajuridicallegalislux>>

1. Direito - Periódicos. I. Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do São Francisco. II. Título.

34(05) CDU

FACESF/BIB023/2019

Publicação semestral | Endereço para correspondência | Rua Cel Trapiá, 201 - Centro - CEP: 56440.000 - Belém do São Francisco/PE | Endereço eletrônico e-mail: [npj@facesf.edu.br](mailto:npj@facesf.edu.br) <https://periodicosfacesf.com.br/>

## SUMÁRIO

### SEÇÃO I: DEMOCRACIA, SISTEMAS NORMATIVOS E PENSAMENTO CRÍTICO

#### GUERRA FISCAL NO BRASIL: APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

Jéfilani dos Anjos Silva Ferraz Rodrigues ..... 7

#### A ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO: A INCIDÊNCIA DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA RECUSA AO EXAME DO ETILÔMETRO

Uesley Ricardo de Siqueira ..... 19

#### MUNDO SECULAR, LAICIDADES E DIREITOS HUMANOS INTERCULTURAIS: IDENTIDADES SUBALTERNAS E APONTAMENTOS DECOLONIAIS

Phablo Freire ..... 36

## **SEÇÃO I: DEMOCRACIA, SISTEMAS NORMATIVOS E PENSAMENTO CRÍTICO**

# GUERRA FISCAL NO BRASIL: APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

## TAX WAR IN BRAZIL: NOTES ON THE NEED FOR FIXING CRITERIA FOR THE GRANT OF TAX BENEFITS

Jéfilani dos Anjos Silva Ferraz Rodrigues<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo, analisar os critérios a serem fixados para identificar quando um fenômeno inicialmente compreendido como concessão de subsídios se configura como renúncia de receita. Conforme previsto no Artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, constituindo o Estado Democrático de Direito. Apesar de a Administração Pública ter como objetivo a busca pelo bem comum, por vezes, Estados e Municípios promovem uma disputa identificada como guerra fiscal, com o intuito de atrair empresas para seus territórios, para tanto, lançam mão de concessão de benefícios, que vão desde a disponibilização de infraestrutura até a redução ou isenção de determinados tributos, podendo configurar renúncia de receita e, conseqüentemente, prejuízos ao erário. Para se alcançar o objetivo foi realizada uma pesquisa exploratória, bibliográfica e documental e qualitativa. A partir das informações adquiridas, verificou-se que a disputa existente entre Estados e Municípios tende a enfraquecer a Estado Federal, negligenciam o ordenamento jurídico e podem causar prejuízo ao erário e à sociedade.

**Palavras-chave:** Concessão de benefícios. Renúncia de receita. Guerra Fiscal.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the criteria to be set to identify when a phenomenon initially understood as granting subsidies is configured as income waiver. As provided for in Article 1 of the Federal Constitution of 1988, the Federative Republic of Brazil is “formed by the indissoluble union of states and municipalities and the Federal District”, constituting the Democratic State of Law. Although the public administration aims at the pursuit of the common good, sometimes states and municipalities promote a dispute identified as a fiscal war, in order to attract companies to their territories, to do so, granting benefits, which will from the provision of infrastructure to the reduction or exemption of certain taxes, which may constitute revenue foregone and, consequently, losses to the treasury. To reach the objective, an exploratory, bibliographical and documentary qualitative research was carried out. From the information acquired, it was found that the dispute between states and municipalities tends to weaken the Federal State, neglect the legal system and can cause damage to the purse and society.

**Keywords:** Granting of benefits. Revenue Waiver. Fiscal war

### 1 INTRODUÇÃO

Formada pela união indissolúvel de seus 26 Estados, 5.570 Municípios e o Distrito Federal, a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, em que, conforme preceitua a Carta Constitucional, o povo é detentor do poder, de modo que o objetivo maior do Estado é o bem comum.

Os Governantes são escolhidos pelo povo e devem atuar de acordo com os ordenamentos jurídicos e princípios norteadores da Administração Pública, entretanto, em determinadas situações, os gestores podem se utilizar da discricionariedade para efetivar ações que não resultem no bem coletivo.

Neste contexto, as decisões tomadas pelos gestores públicos podem não estar de acordo com o

ordenamento jurídico, a exemplo das disputas travadas entre Estados e Municípios, na concessão de benefícios, para que determinados empreendimentos saiam de outras unidades da federação e escolham o Ente Federativo que apresentar melhor proposta, para instalação.

O mecanismo de oferecimento de subsídios é definido como Guerra Fiscal e, conforme alguns autores, apesar de haver normas regulamentando, no intuito de coibir tal prática, os próprios gestores não reclamam a imposição de sanções a desrespeitam leis como a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Kandir e, até, a Constituição Federal, trazendo prejuízos ao federalismo, ao sistema tributário nacional e, conseqüentemente, à sociedade.

Neste sentido, a presente pesquisa foi desenvolvida a partir da seguinte problemática: Quais os critérios a serem fixados para identificar quando um fenômeno inicialmente compreendido como concessão de subsídios se configura como renúncia de receita?

Para tanto, foi efetuada uma pesquisa exploratória, com o intuito de se obter mais informações sobre o assunto pesquisado, no que tange ao procedimento de coleta de dados, foi realizado um estudo bibliográfico e documental, sob uma abordagem qualitativa das informações adquiridas.

O presente estudo foi elaborado em cinco tópicos, quais sejam Introdução, contendo uma breve explanação da pesquisa; Aporte Teórico Normativo, onde foi realizado um levantamento embasado em artigos, livros e ordenamento jurídico; Metodologia, elencando os métodos e técnicas utilizados; Análise e Discussão de Resultados, onde foram apresentadas constatações e discussões

acerca do problema da pesquisa e; Considerações Finais, contendo os principais achados, bem como, sugestões para trabalhos futuros.

## **2. APORTE TEÓRICO NORMATIVO**

### **2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

As formas de organização da humanidade passaram por diversas mudanças, a princípio, o que havia era a condição de guerra, cujo objetivo consistia na tentativa de sobrevivência, obtenção de poder e ocupação territorial, entretanto, diante da iminente decadência, bem como, da preocupação do homem com a própria conservação, criou-se o Estado (HOBBS, 2009).

De acordo com o autor, a existência de um poder que seja capaz de fazer com o que indivíduo mantenha uma atitude de respeito aos pactos estabelecidos, sob a possibilidade de punições em caso de descumprimento, se mostra imprescindível.

Em consonância, Azambuja (2008, p. 19) afirma que o Estado nasceu do anseio de que um bem maior superasse “o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo”, de modo que o Estado tem como finalidade a busca do bem coletivo.

Para Oliveira (2002), o Estado se utiliza de funções específicas, quais sejam: Legislativa, que consiste na construção de normas que disciplinam a vida em sociedade; Judiciária, que está relacionada à interpretação do Direito nos casos concretos e Administrativa, que tange ao estabelecimento e execução de medidas direcionadas ao atendimento das demandas da sociedade.

No que diz respeito à Função Administrativa, Gasparini (2003, p. 53) apresenta a seguinte definição:

Administrar, como atividade ou função administrativa, é gerir bens, interesses e serviços, segundo a lei, a moralidade e a finalidade de certo patrimônio entregue a guarda, conservação e aprimoramento de alguém que não o seu proprietário. Ademais, se esses bens, interesses e serviços constituírem um patrimônio da coletividade, esse gerir diz-se público. Assim, a atividade administrativa é a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa de bens, interesses e serviços públicos, visando o bem comum.

Conforme previsto no Artigo 37 da Constituição Federal de 1988, “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”.

Sobre o princípio da legalidade, Di Pietro (2006, p. 82) afirma que “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito da relação entre particulares, o princípio aplicado é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”.

A autora afirma que o princípio da impessoalidade possui dois significados, o primeiro está relacionado à finalidade pública, de modo que não se deve beneficiar ou prejudicar qualquer indivíduo, em detrimento de outrem e o segundo diz respeito à impossibilidade de vinculação das ações efetuadas, ao agente público, tendo em vista que os atos e provimentos administrativos são imputáveis ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública e não ao funcionário que os pratica.

De acordo com Grau (1996, p. 78), a moralidade integrou o rol de Princípios da Administração Pública com a promulgação da Constituição de 1988, passando a ser um “princípio jurídico explicitamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro”.

Di Pietro (2006, p. 91) ressalta que “licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é moral)”. Neste sentido, a distinção entre moralidade e direito é antiga, onde ambos são apresentados como círculos originados a partir do mesmo centro, em que a moral é representada pelo maior e o direito pelo menor.

O princípio da publicidade está relacionado à adequada disponibilização de informações, de forma que possibilite o devido acompanhamento das ações desempenhadas, por meio da sociedade, neste sentido, conforme previsto no Artigo 5º, incisos XIV e LX, da Carta Constitucional, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, de modo que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

O princípio da eficiência está relacionado ao atendimento das expectativas da sociedade, tendo em vista que as ações desempenhadas pela Administração Pública, não devem estar pautadas, apenas, em fatores legais, mas é imprescindível que os resultados sejam benéficos à coletividade, neste sentido, Meirelles (2007) afirma que as ações devem ser realizadas com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Além dos Princípios expressos na Carta Magna, os agentes públicos devem pautar suas ações em outros que foram inseridos, posteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso dos princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público, inseridos através da Lei nº. 9.784 de 1999, que “regula o

processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.

Apesar de todo um ordenamento jurídico acerca das normas que regem a Administração Pública, é válido ressaltar que as decisões e ações dos Gestores Públicos podem resultar em impactos positivos ou negativos à sociedade, neste sentido, as medidas praticadas pelos agentes públicos podem ser originadas de motivações individuais distintas, afetando, assim, o processo decisório coletivo. Para Butler (2015), trata-se da Escolha Pública, que refuta a ideia de que a política representa uma maneira de verdadeira manifestação do interesse público, tendo em vista que ela está mais alinhada às motivações dos indivíduos.

Assim, verifica-se a necessidade de acompanhar as ações praticadas na Administração Pública, de modo que haja efetivo controle, posto que, conforme Slomski (2009, p. 15), o controle consiste na “busca pelo atingimento do ótimo em qualquer ente, seja ele, público ou privado, é o algo mais, procurado pelo conjunto de elementos que compõem a máquina de qualquer entidade”.

## 2.2 CONTABILIDADE APLICADA AO SETOR PÚBLICO

A Ciência Contábil é uma forte aliada, tanto ao processo decisório, quanto aos mecanismos de Controle. Para Marion (1998), ela consiste em uma ferramenta que proporciona o máximo de informações úteis, para a tomada de decisões, aos usuários internos ou externos. O autor assegura que a Contabilidade é muito antiga, assim como, sempre existiu com o fim de contribuir para o processo decisório.

A Contabilidade pode ser utilizada nos mais diversos ramos, quando aplicada ao Setor Público, apresenta os seguintes definição e objetivo, conforme itens 3 e 4, da Resolução do Conselho CFC nº. 1.128/08 - NBC T 16.1, Norma Brasileira de Contabilidade Técnica:

Contabilidade Aplicada ao Setor Público é o ramo da Ciência Contábil que aplica, no processo gerador de informações, os Princípios Fundamentais de Contabilidade e as normas contábeis direcionados ao controle patrimonial de entidades do setor público. O objetivo da Contabilidade Aplicada ao Setor Público é fornecer aos usuários informações sobre os resultados alcançados e os aspectos de natureza orçamentária, econômica, financeira e física do patrimônio da entidade do setor público e suas mutações, em apoio ao processo de tomada de decisão; a adequada prestação de contas; e o necessário suporte para a instrumentalização do controle social.

Kohama (2010) afirma que a Contabilidade Aplicada ao Setor Público tem como objeto o Patrimônio Público que corresponde ao conjunto de bens, direitos e obrigações avaliáveis em moeda corrente, das entidades que compõem a Administração Pública.

O autor afirma ainda que, quando aplicada ao Setor Público, a Contabilidade não deve ser compreendida, apenas, como meio de registro e escrituração contábil, mas como observância à legalidade dos atos de execução orçamentária, pelo meio de efetivos controle e acompanhamento.

Conforme previsto no artigo 77 da Lei 4.320/64, a observância à legalidade dos atos da Administração Pública deve ser prévia, concomitante e subsequente, possibilitando, dentre outras coisas, que sejam observados os limites de cotas trimestrais atribuídas a cada unidade orçamentária, consoante artigo 80 do mesmo instrumento normativo.

Silva *et al* (2011) afirmam que o campo de abrangência da Contabilidade Aplicada ao Setor Público envolve entidades públicas, representadas por todos os seus órgãos, fundos e pessoas jurídicas

de direito público, ou, ainda que detentoras de personalidade jurídica de direito privado, recebam, guardem, movimentem, gerenciem ou apliquem dinheiro, bens e valores públicos, no exercício de suas atividades, inclusive, pessoas físicas que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício de órgão público.

A Contabilidade representa uma ferramenta de otimização da gestão, tendo em vista que, através dela, é possível estabelecer planejamentos de curto, médio e longo prazo, bem como, acompanhar os processos e analisar os resultados, por meio das informações geradas em função do uso da Ciência Contábil. Para Chiavenato (2007, p. 131) o planejamento consiste em “estudar antecipadamente a ação que será realizada ou colocada em prática e quais os objetivos que se pretende alcançar”.

Para Silva (2002), uma forma de aplicação prática da Contabilidade no Setor Público se configura na utilização do orçamento público, que, de maneira objetiva, consiste no conjunto de normas, que se referem a preparação, sanção legislativa, execução e controle, considerando a fase jurídica de todas as etapas do orçamento: preventiva, executiva e crítica. De forma subjetiva, está relacionado ao poder adquirido pelo povo de aprovar, a priori, por seus representantes eleitos, os gastos que o estado realizará durante o período.

A adequada utilização do orçamento possibilita o acompanhamento constante das decisões, bem como, ajuste de rota, caso haja necessidade, tendo em vista que determinadas leis devem ser observadas, como é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal, LRF, que “estabelece normas de finanças públicas voltadas para a

responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”.

Quanto à LRF, Coelho, Cruz e Platt Neto (2011) afirmam que a transparência buscada pela norma objetiva permitir à sociedade conhecer e compreender as contas públicas. De modo que a simples divulgação de dados não é suficiente, a transparência buscada pela lei não pode ser confundida com mera divulgação de informações, pois elas devem ser compreendidas pela sociedade, assim, precisam ser apresentadas em linguagem clara, objetiva, sem maiores dificuldades.

Para os autores, a Lei de Responsabilidade Fiscal consiste em um código de conduta gerencial para todos os administradores públicos do país, bem como, estabelece limites para a dívida pública e gastos com despesas de pessoal por nível de governo e Poder.

Para que haja um gerenciamento adequado, bem como, equilíbrio no orçamento público, é necessário que as receitas públicas sejam iguais ou superiores às despesas públicas. De acordo com Bezerra Filho (2006, p. 49), as receitas públicas correspondem às “operações de ingresso de recursos financeiros nos cofres públicos”.

O autor afirma que, de acordo com a origem, podem ser receita orçamentária ou extraorçamentária, em que a primeira está prevista na Lei Orçamentária Anual e a segunda diz respeito ao ingresso de recurso, nos cofres públicos, mas não é de propriedade do Estado, podem ser citados os recursos transitórios que pertencem a terceiros e estão em posse do Estado.

No que tange às Despesas Públicas, Furtado (2012, p. 99) afirma que representam “desembolsos efetuados pelo Estado no atendimento dos serviços e encargos assumidos no interesse geral da

comunidade, nos termos da Constituição, das leis, ou em decorrência de contratos ou outros instrumentos”.

### 2.3 CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

Para executar suas funções, o Estado precisa dispor de receitas. Neste aspecto, uma das principais fontes consiste no recolhimento de tributos, que, conforme previsto no Artigo 5º do Código Tributário Nacional, correspondem ao conjunto de “impostos, taxas e contribuições de melhoria”.

Um dos principais tipos de tributo é o imposto, definido no Código Tributário Nacional como aquele, cuja obrigação se origina de situações não vinculada a atividade estatal específica, em relação ao contribuinte. A União, os Estados e o Distrito Federal e os Municípios possuem competências específicas para legislar e arrecadar impostos.

Neste contexto, o imposto de maior expressividade nos Estados e no Distrito Federal é o ICMS - Imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, regulamentado pela Lei Complementar nº. 87 de 13 de setembro de 1996 – Lei Kandir.

Esse tributo representa uma relevante forma de obtenção de receita, porém, também configura uma ferramenta constantemente utilizada, pelos entes federativos, nas negociações referentes à implantação ou ampliação de investimentos em seus territórios, podendo ser identificada como a utilização de uma política de incentivo fiscal, que busca interferir na atividade econômica, de modo que pode vir a estimular a produção e reduzir as taxas de desemprego (RIBEIRO *et al*, 2015).

Rezende *et al* (2019) afirmam que os benefícios fiscais tratam-se da redução da receita pública de um determinado lugar, que, em regra, está pautada no desenvolvimento econômico da região. Assim, alguns estados e municípios oferecem incentivos para que as empresas migrem de onde estão instaladas para o território do ente federativo que concedeu os benefícios, que podem consistir em concessão de terrenos, redução do ICMS, isenção de taxas, dentre outros.

Em consonância, Ribeiro *et al* (2015), afirmam que as políticas de incentivo fiscal representam um mecanismo de intervenção estatal na economia, o que resulta em influências diretas sobre o mercado, interferindo no desenvolvimento de diversos segmentos econômicos, bem como, na capacidade de arrecadação do ente federativo.

No que tange às concessões referentes ao imposto sobre circulação de mercadorias, Araújo (2016) ressalta que os incentivos fiscais são proporcionados em forma de redução ou isenção do tributo que deveria ser pago pelas empresas que se instalam ou ampliam os investimentos em determinada região.

O autor chama atenção para o fato de que tal mecanismo de benefício fiscal representa um montante que o ente federativo deixa de receber e, ou seja, trata-se de uma renúncia de receita e, por isso, pode não aparecer no orçamento do Estado, por ser considerado gasto indireto.

Conforme previsto no parágrafo 1º, Artigo 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a renúncia de receita corresponde a “anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada

de tributos ou contribuições, e outros benefícios” que resultem em tratamento diferenciado.

Para Rezende *et al* (2019), os benefícios e incentivos fiscais oferecidos pelos entes federativos, para que as empresas se instalem em seus territórios, vão além dos recursos orçamentários e podem ser efetivados através de obras de infraestrutura, influenciando não apenas na decisão, mas, na concorrência existente.

Os autores afirmam ainda que, a partir do momento em que os entes federativos oferecem benefícios fiscais para que uma empresa mude o local de instalação ou se instale numa determinada região, além de estarem se utilizando da renúncia de receita, também estão fortalecendo a disputa entre membros da federação e, conseqüentemente, a guerra fiscal.

Para Varsano (1997), a guerra fiscal consiste no conflito entre estados ou municípios, de modo que, o ente vencedor da disputa tende a impor a perda aos demais envolvidos, tendo em vista que esse tipo de contenda não costuma representar ganhos, nem ao ente que obteve melhores resultados na disputa, tampouco à Federação.

Rezende *et al* (2019) afirmam que a guerra fiscal não representa uma prática recente e pode resultar em diversas situações prejudiciais à economia e ao Estado Federativo, tais como: interferência na livre concorrência e a promoção do bem-estar, vulnerabilidade do federalismo, pois dá origem a um ambiente de disputas e distinções entre os Estados-Membros, bem como, impossibilita o fortalecimento de um modelo tributário homogêneo; criação de instabilidade jurídica, aos contribuintes; redução na arrecadação tributária e transferência dos custos ambientais e sociais, decorrentes das políticas fiscais.

Na tentativa de se coibir a prática, foram instituídas normas como a Lei Kandir, entretanto, conforme Varsano (1997), o ordenamento jurídico não é observado, quando se trata da guerra fiscal, permitindo que esse tipo de mecanismo seja utilizado e ninguém exige que as sanções sejam impostas, de forma que “o desrespeito à lei pelos próprios governantes é certamente uma perda para a nação” (VARSAÑO, 1997, p. 6).

### 3. METODOLOGIA

Conforme apresentado anteriormente, o Estado e a Administração Pública têm como finalidade, a busca pelo bem comum, de forma que suas ações devem ser pautadas em princípios e postulados expressos na Constituição Federal de 1988 ou em Leis específicas que norteiam o serviço público.

Neste sentido, verifica-se que as decisões tomadas pelos gestores públicos podem gerar impactos positivos ou negativos na sociedade, sobretudo, em função das motivações dos tomadores de decisões, bem como, dos grupos que possam influenciar no processo decisório.

Com base em tais informações, o presente estudo tem como objetivo analisar os critérios a serem fixados para identificar quando um fenômeno, inicialmente compreendido como concessão de subsídios, se configura como renúncia de receita, em que os agentes públicos se utilizam de brechas legais para desconsiderar a aplicação de determinadas normas, podendo gerar prejuízos ao meio, sob a alegação de que a concessão corresponde a práticas de fomento ao desenvolvimento econômico-social.

Para a elaboração do presente artigo foram observados e aplicados procedimentos metodológicos, considerando que, de acordo com

Demo (2009, p. 59), a adequada utilização da Metodologia consiste em “condição necessária para a competência científica”.

De acordo com Andrade (2005) é relevante distinguir métodos e técnicas empregados no desenvolvimento de pesquisas científicas, tendo em visto que estas estão vinculadas aos procedimentos ou à utilização de recursos peculiares a cada objeto de pesquisa, dentro das diversas etapas, enquanto aqueles correspondem ao traçado das etapas fundamentais da pesquisa. Assim, a Metodologia aplicada na presente pesquisa foi agrupada em três categorias: quanto aos objetivos, aos procedimentos e à abordagem.

Quanto aos objetivos, tratou-se de um estudo exploratório, em que se buscou proporcionar maiores informações acerca do assunto investigado, possibilitando a delimitação do tema a ser pesquisado, ou, ainda, a identificação de uma nova maneira de enfoque do assunto (PRESTES, 2005, p. 26).

De acordo com Gil (1999, p. 65), “o elemento mais importante para a identificação de um delineamento é o procedimento adotado para a coleta de dados”, neste sentido, foram empregadas a pesquisa bibliográfica, a partir de referências teóricas publicadas em artigos, livros e dissertações e a pesquisa documental, com base na análise de instrumentos normativos do ordenamento jurídico vigente no país. Para Cervo, Bervian e Silva (2007, p. 60), a pesquisa bibliográfica “procura explicar um problema”, a pesquisa documental, por sua vez, objetiva realizar uma análise a partir da informação bruta (BEUREN, 2008).

Em relação à abordagem, tratou-se de uma pesquisa qualitativa, pois, conforme Richardson (1999, p. 80), “os estudos que empregam uma

metodologia qualitativa podem descrever a complexidade de determinado problema, analisar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos por grupos sociais”.

A coleta de dados se deu através das informações adquiridas em artigos, livros e dissertações, bem como, fundamentações legais, como a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Responsabilidade Fiscal, para a construção do resultado, utilizou-se o método indutivo, tendo em vista que foram analisadas informações específicas, de modo a possibilitar a construção da percepção de um cenário mais amplo.

## **4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DE RESULTADOS**

### **4.1 ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS**

#### **Cálculo atuarial**

Os Regimes Próprios de Previdência Social dos Municípios buscam o equilíbrio financeiro e atuarial, princípio estruturante consagrado no caput do artigo 40 da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Ainda sobre o Equilíbrio Financeiro e Atuarial a Lei nº 9.717/98 que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores

públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Diz no caput do seu Artigo 1:

Art. 1. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial.

Desse modo, a Lei nº 9.717/98 trata acerca do equilíbrio financeiro e atuarial, sendo importante apontar a diferença entre ambos. O equilíbrio Financeiro pode-se entender como o saldo zero do encontro entre as receitas e despesas em dado exercício.

Um Regime Próprio de Previdência Social está em equilíbrio financeiro quando, depois de arrecadado e feito os pagamentos, não fique com saldo negativo em seus fundos.

Quanto ao Equilíbrio Atuarial, as receitas e despesas que devem se equilibrar ao longo de várias décadas. Para tal análise, é necessário fazer cálculos atuariais, através dos quais pode-se apontar algumas medidas para correção.

Como visto, o Equilíbrio Atuarial também é a garantia de cobertura das despesas previdenciárias pelas receitas previdenciárias, porém abrange um período bem maior, fixado pelo cálculo atuarial. É uma garantia a longo prazo. O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS deve ser tratado não apenas como princípio constitucional, mas também como política pública de Estado, na qual estarão compreendidas como áreas de atuação principais o equacionamento do déficit atuarial passado. (NOGUEIRA, 2012).

As Provisões Matemáticas correspondem ao passivo atuarial do Regime Próprio de Previdência Social, ou seja, à totalidade dos compromissos líquidos futuros do plano com sua massa de participantes.

Assim a Provisões Matemáticas, comumente chamadas de Reservas Matemáticas, trata-se de um valor estimado, ela é quem equilibra as responsabilidades futuras entre o plano e o participante, logo é definida como sendo o valor estimado que o plano deva ter em seu patrimônio para garantir seus compromissos futuros.

Desse modo, ao trazer o cálculo atuarial para o cenário da concessão de benefícios fiscais, é possível mensurar se existe viabilidade para a administração pública deixar de auferir receitas em virtude do empreendimento que será implantado.

### **Estudo do impacto social**

No decorrer da existência do empreendimento, é imprescindível que ocorra periodicamente análise do crescimento da população, da evolução das despesas com saúde, educação, infraestrutura, dentre outras, com o intuito de avaliar o impacto que foi causado no Município.

### **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com base nas informações apresentadas, conclui-se que a concessão de subsídios a empresas tem sido realizada pela Administração Pública, ainda que não haja um estudo aprofundado do impacto no decorrer dos anos. Os estados e municípios estabelecem uma competição com o intuito de conseguir o empreendimento, o que no primeiro momento parece positivo.

Conforme apresentado anteriormente, os Agentes Públicos devem pautar suas ações nos princípios e postulados, sejam expressos na Carta Constitucional, como Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, sejam apresentados através de leis específicas, como: finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

Dessa forma, verificou-se que os Gestores Públicos deveriam atuar de modo a observar todo o ordenamento jurídico vigente e, sempre com o fim de se alcançar o bem coletivo, entretanto, em situações como as disputas decorrentes da tentativa de levar determinados empreendimentos para seu território, seja com fins desenvolvimentistas, seja como forma de interferir diretamente no cenário econômico, faz com que as escolhas dos governantes não estejam de acordo com o objetivo precípua da Administração Pública.

Constatou-se, ainda, a imprescindibilidade do estabelecimento de critérios que possibilitem a mensuração dos resultados decorrentes da concessão de incentivos e benefícios fiscais, bem como, dos impactos gerados na sociedade, tendo em vista que, a partir do momento que o Estado deixa de arrecadar de determinados contribuintes, gera-se um ônus, que pode ser destinado aos demais contribuintes, não detentores das concessões.

Neste aspecto, verificou-se que apesar de existir legislação que trate da renúncia de receita os municípios e estados da federação continuam praticando guerra fiscal de forma indiscriminada, o que é prejudicial para a população, que depende do Estado para a garantia do bem coletivo.

Verificou-se a necessidade de que existam mecanismos capazes de fazer a administração

pública demonstrar tecnicamente a viabilidade da concessão desses benefícios no decorrer dos anos, fazendo também a empresa beneficiada assumir expressamente o compromisso de absorver um percentual estabelecido previamente da matéria prima e mão de obra local, mesmo que para isso precise investir na qualificação das pessoas.

Identificou-se que existe legislação que trata sobre responsabilidade fiscal da administração pública e renúncia de receita, mas não existe legislação fixando como a administração pública deve demonstrar tecnicamente a viabilidade, no decorrer dos anos, da concessão dos benefícios, também não estando fixado o percentual da mão de obra local e matéria prima que deve ser absorvido pela empresa e o seu compromisso na qualificação das pessoas.

O trabalho objetivou esgotar a discussão e apontar soluções definitivas, mas contribuir para a análise de soluções, dentre ela a utilização de estudo atuarial já utilizado na administração pública para os Regimes Próprios de Previdência Social, como forma de dimensionar, no decorrer dos anos, o impacto sofrido e a (in)existência de equilíbrio financeiro e atuarial das decisões na administração pública.

Com base no estudo desenvolvido, são apresentadas as seguintes sugestões para trabalhos futuros: a) analisar o impacto financeiro da instalação da Montadora Fiat em Pernambuco; b) identificar a existência de desenvolvimento econômico na Cidade de Goiana-PE, em decorrência das concessões oferecidas à Montadora Fiat; c) averiguar, em que proporções, existe absorção da mão de obra local nas Montadoras Fiat, em Pernambuco, e Ford, na Bahia e; d) verificar a percepção dos Gestores Públicos sobre os impactos

decorrentes de suas escolhas, no contexto da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do Trabalho Científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ARAÚJO, Eduardo Santos. **Avaliação dos Programas de Incentivos Fiscais do Estado de Goiás entre 2000 e 2013**. Economia-Ensaio, Uberlândia, 30 ( 2 ): 65-87, Jan./Jun. 2016.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BEUREN, Ilse Maria (Org.). **Como elaborar trabalhos monográficos em Contabilidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BEZERRA FILHO, João Eudes. **Contabilidade Pública: Teoria, técnica de elaboração de balanços e 500 questões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

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: 11. abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm)> Acesso em: 20. abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm)> Acesso em: 20. abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº. 87 de 13 de setembro de 1996**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm)> Acesso em: 20. abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)> Acesso em: 20. abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº. 101 de 4 de maio de 2000**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)> Acesso em: 20. abr. 2019.

BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública**. São Paulo: Bunker, 2015.

CERVO, Antônio Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; Roberto da, SILVA. **Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. **Empreendedorismo: Dando Asas ao Espírito Empreendedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Mary Cristine; CRUZ, Flávio da; PLATT NETO, Orion Augusto. **A informação Contábil como Ferramenta de Auxílio no Exercício do Controle Social**. Revista Contabilidade Vista & Revista, Belo Horizonte, v. 22, n. 3, p. 163-184, jul./set. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Resolução nº. 1.128/08**. Disponível em <[http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/Setor\\_P%C3%BAblico.pdf](http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/01/Setor_P%C3%BAblico.pdf)> Acesso em: 28. abr. 2019.

DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FURTADO, Fábio. **Administração Financeira e Orçamentária: direito financeiro simplificado, teoria e questões**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**, São Paulo, Malheiros, 1996.

HOBBS, Tomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública: teoria e prática**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MARION, José Carlos. **Contabilidade Básica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOGUEIRA, Narlon Guitierre. Coleção da previdência social: O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de estado. 34 ed. Brasília: MPS, 2012. 336 p.

OLIVEIRA, Cândido Brandão de. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus, 2002.

PRESTES, Maria Luci de Mesquita. **A pesquisa e a construção do conhecimento científico: do**

**planejamento aos textos, da escola à academia.** 3. ed. São Paulo: Rêspel, 2005.

REZENDE, Erivelto. **Análise do Custo Fiscal Efetivo das Renúncias Fiscais Estaduais.** Estudos em Contabilidade e Tributação (2019), v.1: e24.

RIBEIRO, Ana Cristina Nolasco *et al.* **Análise dos Incentivos Fiscais à atividade comercial no Município de Camaçari.** Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira. São Francisco do Conde, 2015.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, Lino Martins da. **Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo.** 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

SILVA, César Augusto Tibúrcio (Org.). **Contabilidade para Concursos e Exame de Suficiência.** São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SLOMSKI, Valmor. **Controladoria e Governança na Gestão Pública.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VARSAÑO, Ricardo. **A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde.** Planejamento e políticas públicas. IPEA, Brasília, 1997.

**Recebido em:** 10 de julho de 2020

**Avaliado em:** 20 de agosto de 2020

**Aceito em:** 15 de outubro de 2020

**1** Bacharela em Direito pela FACAPE. Bacharela em ciências contábeis pela Universidade Católica Dom Bosco, Especialista em Regimes Próprios de Previdência Social pela FACESF. MBA em Gerência Contábil, Auditoria, Perícia e Controladoria pela UNINTER/FACINTER e MBA em Planejamento Tributário (cursando) pela FACAPE. E-mail: [jefilani@hotmail.com](mailto:jefilani@hotmail.com)

# A ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO: A INCIDÊNCIA DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA RECUSA AO EXAME DO ETILÔMETRO

THE ANTINOMY BETWEEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN BRAZILIAN LAW:  
THE INCIDENCE OF *NEMO TENETUR SE DETEGERE* IN REFUSAL TO  
EXAMINATION OF THE ETHYLOMETER

Ueslley Ricardo de Siqueira<sup>1</sup>

**RESUMO:** Com o escopo de examinar a incidência do *nemo tenetur se detegere* na infração que decorre do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, que pune o condutor de veículo que recusa a submissão aos procedimentos que permitem certificar o consumo de álcool ou outras substâncias psicoativas, o presente artigo aborda, com suporte na teoria da relação circular entre princípios e regras constitucionais de Marcelo Neves, a antinomia entre a garantia à não autoincriminação e o direito constitucional à vida. Outrossim, estuda a previsão do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a condição de validade das autuações de trânsito fundadas no referido artigo a partir da demonstração mínima de que o condutor estava sob a influência de álcool quando da abordagem, sendo nula a mera suspeita.

**Palavras-chave:** Antinomia. Autuação de trânsito. Direito à vida. Bafômetro. Garantia à não autoincriminação.

**ABSTRACT:** With the scope of examining the incidence of *nemo tenetur*, it is detected in the violation arising from article 165-A of the Brazilian Traffic Code, which punishes the vehicle driver who refuses to submit to procedures that allow certifying the consumption of alcohol or other psychoactive substances, this article addresses, based on the theory of the circular relationship between constitutional principles and rules by Marcelo Neves, the antinomy between the guarantee of non-self-incrimination and the constitutional right to life. Furthermore, it studies the provision of the principle of *nemo tenetur* is detected in the Brazilian legal system, as well as the condition of validity of the traffic notices based on that article based on the minimum demonstration that the driver was under the influence of alcohol when approaching, mere suspicion being null.

**Keywords:** Antinomy. Traffic Notice. Right to life. Breathalyzer. Guarantee of non-self-incrimination.

## 1 INTRODUÇÃO

A condução de veículos automotores sob o estado de embriaguez constitui acentuado revés social, eis que representa, em matéria de segurança pública no trânsito, uma das principais causas de morte. O conjunto de leis denominado “Lei Seca”, que tem como programa a redução dos acidentes no trânsito decorrentes da ingestão de bebidas alcólicas, é palco para acirradas controvérsias

acerca das formas de reação utilizadas na legítima luta contra estes graves comportamentos antissociais, quando a obrigação de se submeter a determinadas provas se impõe sob ameaça de cometer uma infração castigada com a suspensão do direito de dirigir e a multa.

O aumento da advocacia especializada no Direito de Trânsito tornou cotidiano o debate a respeito da constitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe sobre a

infração decorrente da recusa a procedimentos que certificam o consumo de substâncias psicoativas. Embora a norma encontre respaldo constitucional no propósito de preservar a vida e a segurança no trânsito, há quem defenda a sua inconstitucionalidade<sup>1</sup>, pois vige no ordenamento jurídico brasileiro o direito à não autoincriminação ou garantia à não produção de provas contra si. Assim, haveria uma colisão entre direitos, tidos como princípios constitucionais (vida *versus* direito à não autoincriminação).

É comum na atividade jurídica, especialmente na docência, a fé nos princípios jurídicos, em particular os constitucionais, como panaceia para solucionar os males da prática jurídica (NEVES, 2013) — a esse fenômeno dão o nome, para alguns equivocados<sup>2</sup>, de “neoconstitucionalismo”. No entanto, mundo à fora, essa tese esta há tempo superada, no sentido de que, a despeito dos princípios servirem à adequação social do direito, a invocação deles, sem critérios, enseja uma abertura que permite retóricas voltadas à fundamentação de interesses particularistas, resultando na inconsistência do direito, gerando insegurança jurídica.

O presente artigo tem o escopo de fazer um estudo criterioso dos princípios envolvidos na contenda, sem reduzi-lo a uma demonstração simplista — ou moralmente justificante — do princípio com melhor peso ou importância, no sentido de Dworkin, ou do que melhor satisfaz à pretensão jurídica, no sentido de Alexy (NEVES,

2019), evitando, na medida do possível, amparar quaisquer interesses eventualmente envolvidos.

O trabalho será dividido em quatro partes. Inicialmente, haverá um esmiuçamento do processo histórico-social-legislativo que deu origem à Lei Seca e à regra prevista no artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro a fim de tornar possível a compreensão das razões e das circunstâncias que motivaram a sua concepção. Na segunda parte, com fundamento nos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário e nos variados princípios constitucionais expressamente positivados, a pesquisa desenvolver-se-á no estudo da existência do direito de não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*) no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, será feita uma interpretação gramatical do dispositivo propensa a alcançar o sentido da norma, como também uma análise da incidência da garantia do *nemo tenetur se detegere* nas autuações de trânsito estribadas na recusa ao exame do etilômetro. Por último, com suporte na teoria da relação circular entre princípios e regras constitucionais de Marcelo Neves, haverá uma apreciação da antinomia entre os princípios jurídicos à vida e à não produção de provas contra si na concretização normativa do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

## **2 CONTEXTO SOCIAL DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.**

<sup>1</sup> Tal-qualmente decidiu a Ministra Cármen Lúcia (STF) nos autos do Recurso Extraordinário 1212315/RS.

<sup>2</sup> O equívoco residiria no fato de que o conceito de “neoconstitucionalismo” surgiu originariamente em contextos nos quais a democracia já era estável, não sendo

congênere o caso brasileiro, onde a Constituição de 1988 emergiu após a transição de vinte anos de autoritarismo para a democracia. Ou seja, não haveria, pois, um novo constitucionalismo, como se houvesse um precedente; mas, de fato, a fundação do constitucionalismo no Brasil.

Consoante o Ministério da Saúde (2018), em 2006 o Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) registrou 38.273 óbitos causados por condução de veículo motorizado após consumo de bebidas alcoólicas. Dez anos depois, em 2016, houve o registro de 37.345 óbitos, uma redução de apenas 2,4%. Diante desse cenário, o deputado federal Hugo Leal (PROS/RJ) considerou a necessidade de inserir um penduricalho (ou “emenda jabuti”<sup>3</sup>) na tramitação da Medida Provisória 699/2015<sup>4</sup> — que em seguida converteu-se na Lei nº 13.281/16 — para incluir o art. 165-A no Código de Trânsito Brasileiro, instituindo uma penalidade ao condutor que se recusar a ser submetido a “teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa”.

A justificativa do deputado para a proposta legislativa cuidou de afirmar que, quando a Lei nº 11.705/08 (Lei Seca) incorporou o §3º ao art. 277 do Código de Trânsito para determinar que seriam aplicadas as penalidades previstas no art. 165 ao condutor que se recusasse a se submeter aos procedimentos previstos no *caput* do artigo, fragilizou-se a repressão estatal de maneira que as penalidades só poderiam ser aplicadas se o condutor estivesse efetivamente sob a influência de álcool, não podendo ser aplicadas àqueles que, não demonstrando sinais de embriaguez, unicamente se recusaram a se submeter a teste ou exame para constatar a presença do álcool no sangue ou alvéolos pulmonares. Da leitura da justificativa do legislador, fica clara a intenção de impor aos indivíduos não somente o dever de não pôrem a própria vida e a dos

demais transeuntes em risco, mas também a de impedir a impunidade da irresponsabilidade no trânsito.

De certo, onde houver um ser humano, haverá um indivíduo com o direito de viver, mesmo na casualidade do ordenamento jurídico não se dar ao trabalho de proclamar esse direito explicitamente (GONET BRANCO, 2019). No Brasil, a proteção à vida está acautelada, entre outros dispositivos, no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, segundo o qual a vida é uma garantia inviolável. Trata-se de um bem jurídico que os poderes públicos têm o encargo de proteger, independente da vontade em contrário do seu titular.

Não obstante, ainda que a pretensão punitiva seja amparada por determinados mandamentos constitucionais, é preciso prudência para perceber que essa pretensão sustenta uma presunção de culpabilidade a quem recusa a submissão aos procedimentos certificativos: presume que o condutor esconde sua culpa quando se recusa a certificar o consumo de álcool e para tanto deve ser punido por não fornecer prova ao Estado da sua suposta embriaguez. Ou seja, os princípios que fundamentam o dispositivo estão diretamente em contraste com outros princípios caros aos indivíduos: a garantia à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e o princípio da presunção de inocência, cujos fundamentos não toleram que o condutor seja considerado culpado por não voluntariar-se a produzir provas contra ele mesmo.

Notadamente, o ordenamento constitucional brasileiro resguarda uma série de garantias fundamentais e uma regra infraconstitucional de

<sup>3</sup> Na política brasileira, “emendas jabutis” se referem a emendas parlamentares acrescentadas a Medidas Provisórias sem que os temas das emendas guardem relação com o objeto principal das medidas analisadas.

<sup>4</sup> A MP fabricava uma penalidade para quem usasse veículo para interromper, restringir ou perturbar a circulação nas vias do país.

qualquer modo pode coexistir com esse conjunto de dispositivos sem que com eles seja harmônica. Na medida em que há uma contradição entre princípios ante a regra do art. 165-A do Código de Trânsito, segue-se ao estudo dessa proposição legislativa pelo prisma constitucional da inviolabilidade da vida e do *nemo tenetur se detergere*.

### **3 A GARANTIA DO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Na história, alguns brocardos latinos anunciaram o direito do indivíduo de não colaborar com a sua própria investigação, a exemplo da expressão *nemo tenetur se accusare*, segundo a qual ninguém é obrigado a se acusar, e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que significa que ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha (QUEIJO, 2012). Hoje, o princípio jurídico que traduz essas asserções e protege o direito à não autoincriminação ou à não produção de provas contra si é o *nemo tenetur se detegere*, que significa, *ipps litteri*, que ninguém é obrigado a se descobrir — no sentido de remover o que lhe cobre. Nos termos de Eugênio Pacceli de Oliveira (2004, p. 207), o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo — seja estatal ou eclesiástico.

Alguns instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, entre os quais o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), ratificado pelo Brasil em 6 de julho de 1992 por meio do Decreto nº 592, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), incorporada ao ordenamento jurídico pátrio em 6 de novembro de 1992 mediante o Decreto nº 678, reconhecem e

tutelam este direito fundamental. Alude Heloísa Estellita Salomão (1999) que a incorporação destes instrumentos internacionais ao direito brasileiro complementou a Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Leciona Flávia Piovesan (1996) que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode incidir no âmbito nacional de duas formas: i) pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionais garantidos, quando os instrumentos internacionais complementam os dispositivos nacionais; ii) pode estender o elenco dos direitos constitucionalmente previstos, quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não assegurados pela ordem jurídica interna. Entende-se que os referidos diplomas internacionais foram incorporados ao direito brasileiro com *status* de norma constitucional (PIOVESAN, 1998, p. 86).

Esse entendimento deriva da leitura do artigo 5º, §2º, da Constituição da República, que estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Por força desse artigo, José Afonso da Silva (2000) sustenta que, uma vez incorporadas ao direito nacional, as normas de tratados internacionais que versam sobre direitos fundamentais são direitos constitucionais.

A despeito do *nemo tenetur se detegere* ser reconhecido no direito brasileiro mediante a incorporação, não existe nenhum dispositivo na Constituição de 1988 que preveja, de forma expressa e literal, que ninguém será obrigado a produzir provas contra si. Apesar disso, a doutrina é pacífica no sentido de afirmar que a garantia à não autoincriminação é abarcada por outros direitos constitucionais (TROIS NETO, 2011).

O artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Política garante que “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado”. Trata-se nada menos do que a previsão expressa do direito ao silêncio, manifestação mais tradicional do *nemo tenetur se detegere*. Aponta Guilherme de Souza Nucci que (2008, p. 90) “se o indivíduo (...) pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo”.

Tal garantia fundamental corresponde ao direito do acusado de não responder às indagações formuladas pelas autoridades, caso assim decida. Consiste em prerrogativa íntima do indivíduo de preservar-se em seu interior, pois, como afirma Abade Dinouart (2001), o homem nunca é tão dono de si mesmo quanto no silêncio, visto que, fora dele, pode dissipar-se pelo discurso e pertencer menos a si mesmo do que aos outros.

Ademais, o direito ao silêncio está estritamente ligado à garantia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CFRB), princípio cujo exercício não pode acarretar em prova de culpabilidade nem em instrumento para o livre convencimento do juiz<sup>5</sup> e que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado do processo.

Além disso, a incidência do direito à não autoincriminação pode ser verificada igualmente no conteúdo da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), do qual decorre o direito ao contraditório e à ampla defesa e abrange não só os que atuam diretamente na relação processual, mas “todos os sujeitos, instituições e órgãos, público e

privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essências à justiça” (GILMAR MENDES, 2019, p. 597). Quer dizer, trata-se de garantia constitucional consistente na tutela de direitos formais básicos do acusado dentro de um processo contra eventuais investidas arbitrárias por parte do Estado.

A ampla defesa pode ser dividida em duas nuances: a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica consiste na defesa plena e efetiva por um profissional legalmente habilitado. A autodefesa, por sua vez, tem exercício facultativo e traduz-se na oportunidade do acusado de tomar posição em relação às provas produzidas e às alegações (QUEIJO, 2012). É na autodefesa que pode ser verificada a presença do *nemo tenetur se detegere*, na medida em que o acusado pode ficar em silêncio e recusar-se a colaborar na produção de provas que possam incorrer na sua autoincriminação.

Posto isto, notável que a garantia ao *nemo tenetur se detegere* está prevista no ordenamento jurídico brasileiro por força dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao conjunto legislativo nacional, bem como tem seu valor extraído de outros direitos fundamentais positivos. Por conseguinte, segue o estudo da sua incidência no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

#### **4. A INFRAÇÃO DECORRENTE DA RECUSA AO EXAME DO ETILÔMETRO, SEM OUTRAS PROVAS**

O artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) dispõe, *ipsis litteris*, que sofrerá os efeitos jurídicos da regra aquele que se recusar a ser

<sup>5</sup> Determina o Código de Processo Penal, v.g, que o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186,

parágrafo único) e a referência ao silêncio do acusado gera a nulidade do tribunal do júri (art. 478, II).

submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita “certificar” influência de álcool ou outra substância. Na definição do minidicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2008, p. 226), a palavra *certificar* significa “afirmar a certeza de; atestar; passar a certidão de; tornar ciente; afirmar; ter certeza de; persuadir-se; convencer-se”. Assim, em conformidade com a interpretação gramatical<sup>6</sup>, o escopo do dispositivo é confirmar se o condutor estava sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa quando conduziu o veículo. Logo, para que a autoridade atue no sentido de confirmar algo, é necessário que haja uma suspeita antecedente. Se não há suspeita da alteração da capacidade de dirigir, não há o que ser certificado, tornando-se arbitrária a submissão do condutor a testes e incabível a imputação da infração. Esse é o entendimento do Parecer nº 328/17 do Conselho Estadual de Trânsito (CETTRAN) de Santa Catarina:

Não obstante, mesmo examinando apenas as disposições dos artigos 277 e 165-A do CTB, fica evidente que o objetivo da reprimenda não é punir quem, **sem externar nenhum sinal ou sintoma de que esteja sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa, se recuse a se submeter aos testes e exames para apuração de alcoolemia. O próprio tipo infracional descrito no art. 165-A evidencia isso**, senão vejamos: Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277. Percebe-se que a transgressão delineada no artigo acima transcrito não se restringe à mera recusa. Com efeito, **o que o**

**dispositivo em tela condena é a resistência em se submeter aos procedimentos** destinados a certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa. **Certificar significa dar certeza, convencer, conferir convicção.** Ora, se o procedimento, cuja omissão deliberada sujeita às cominações em voga, se presta a convencer o examinador de que a pessoa fiscalizada está sob influência de álcool, **isso significa que para o agente fiscalizador somente é lícito lançar mão desse expediente quando a postura do condutor despertar suspeitas que necessitem de confirmação/certificação. Se não há suspeita, não há o que ser certificado, tornando-se arbitrária a submissão do condutor ao teste e, portanto, incabível a imputação pela infração do art. 165-A do CTB.**<sup>7</sup> (grifos nossos).

Por seu turno, o art. 277 do mesmo Código dispõe, literalmente, que o condutor “poderá” ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. Trata-se de uma possibilidade, não de uma obrigação. Por essa razão, quando não houver uma suspeita plausível para desconstituir a presunção de inocência, a mera recusa do condutor a se submeter ao teste do etilômetro, exames ou demais procedimentos não é suficiente para sustentar a punição pelo art. 165-A.

A abordagem da autoridade policial só ocorrerá se existir algum indício de que o cidadão conduz sob o efeito de substância psicoativa, não sendo admitida a submissão aos procedimentos por mera medida de

<sup>6</sup> Para Luís Roberto Barroso, a interpretação gramatical “funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram seu relato” (2011, p. 314).

<sup>7</sup> SANTA CATARINA. Conselho Estadual de Trânsito do Estado de Santa Catarina (CETTRAN/SC). Parecer n.º 328/2017. Conselheiro Relator: José Vilmar Zimmermann. 24 jan. 2017.

prevenção geral (BEM, 2000). Nesses casos, em atendimento à Resolução nº 432/13 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), que detém um rol de sinais de alteração da capacidade psicomotora a serem descritos no campo “observações” do auto de infração, o agente de trânsito deverá anotar informações relacionadas aos sinais de ebriedade ou alteração psíquica do condutor. *In verbis*:

Informações mínimas que deverão constar no termo mencionado no artigo 6º desta Resolução, para constatação dos sinais de alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito: (...)

VI. Sinais observados pelo agente fiscalizador: a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta: i. Sonolência; ii. Olhos vermelhos; iii. Vômito; iv. Soluços; v. Desordem nas vestes; vi. Odor de álcool no hálito. b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta: i. Agressividade; ii. Arrogância; iii. Exaltação; iv. Ironia; v. Falante; vi. Dispersão. c. Quanto à orientação, se o condutor: i. sabe onde está; ii. sabe a data e a hora. d. Quanto à memória, se o condutor: i. sabe seu endereço; ii. lembra dos atos cometidos; e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta: i. Dificuldade no equilíbrio; ii. Fala alterada;

Exige-se da autoridade policial que relate por escrito o estado de embriaguez do motorista. Para tanto, tem plenas condições de realizar um sério exame da aparência, das atitudes e das reações apresentadas que permita concluir que uma pessoa está se comportando sob a influência de álcool, na forma determinada pelo CONTRAN. Desse modo, a sanção à recusa ao teste do bafômetro exige uma demonstração mínima de que o condutor estaria sob os efeitos do álcool quando da abordagem. Sem a devida constatação da embriaguez por outros meios, não há que se falar em punição pela recusa — e não apenas porque a recusa por si só não é prova da embriaguez, mas também porque a ausência do

registro dos fatos importa em gravoso atentado ao devido processo legal.

De forma que se trata de uma resolução editada pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), que vincula tanto os condutores quanto os órgãos da administração pública, é forçoso asseverar que suas regras têm natureza de norma cogente, não sendo discricionários os atos praticados por agentes de trânsito, mas vinculados<sup>8</sup>, não podendo o agente atuador, em consequência do poder regulamentar e hierárquico, ignorar tal deliberações normativas das altas autoridades do Executivo (HELY LOPES MEIRELLES, 2012).

Zanella di Pietro (2008) afirma que, normalmente, o maior rigor da forma é exigido quando estão em jogo direitos dos administrados — e a forma exigida na Resolução nº 432/13 do CONTRAN é um exemplo típico disso. Como a resolução prevê a forma pela qual será procedida a autuação, os agentes dos órgãos de fiscalização de trânsito não detém discricionariedade na escolha do modo que lhes pareça mais adequado. São vinculados à forma exigida na referida norma jurídica. Logo, evitando prejuízos aos particulares diretamente atingidos, o ato administrativo que não preencher os requisitos da resolução deve ser reconhecido ilegítimo ou ilegal e desfeito, pois é insanável.

Sem indícios suficientes de embriaguez, a submissão ao sopro no aparelho etilômetro acarreta um controle aleatório de alcoometria e acomete a proporcionalidade entre o dever de investigação e a preservação dos direitos fundamentais em questão. A exigência de um comportamento comissivo por parte do acusado remete a uma lógica inquisitória,

<sup>8</sup> Consoante a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2003), os atos administrativos vinculados são aqueles que

estabelecem um único comportamento possível, sem nenhuma liberdade.

não fazendo sentido, em um sistema acusatório, condicionar a recusa do condutor à sua própria incriminação. Nesta direção, a doutrina e a jurisprudência alemã, v.g, entendem o teste do bafômetro como uma diligência que comporta a participação ativa do acusado e que, por isso, não pode ser exigida (CECCATO JÚNIOR, 2019). Como afirmou Rui Barbosa (1952), da consciência e da epiderme se formam o domínio impenetrável da nossa personalidade.

Do exposto, observa-se que a Resolução nº 432/13 do CONTRAN determina critérios que protegem o condutor de autuações arbitrárias. Igualmente, de certa maneira, também furta a oportunidade dos condutores seriamente alcoolizados manipularem o *nemo tenetur se detegere*, princípio tão nobre do rol dos direitos individuais. Entretanto, precisamente por estar em jogo o direito à vida, é profícuo observar que bastaria a vontade política de um eventual detentor do poder ou a conveniência dos juízes para que tal ato administrativo normativo fosse revogado ou invalidado, respectivamente, retomando o *status quo* de uma regra que, a despeito da interpretação gramatical, pode, sem a devida regulamentação, ou mediante indevidas técnicas judiciais, ameaçar o direito do cidadão de não ser considerado culpado por preferir não contribuir com a sua própria condenação.

Diante disso, mantém-se irresoluto o conflito entre a expectativa normativa do legislador, segundo a qual é preciso punir o condutor que não der prova da sua embriaguez para que se previna condutas atentatórias ao direito à vida, e a expectativa dos condutores de que a ambição de punir em razão da

recusa constitui rompimento da garantia à não autoincriminação. Ou seja, nada menos do que uma celeuma que se assenta na distinção de quais princípios são suporte de validade da regra do art. 165-A. Para tanto, segue um estudo técnico da validação constitucional da regra jurídica *sub examine*, cujo método mais adequado é a teoria da relação circular entre princípios e regras jurídicas.

## 5 A ANTINOMIA ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA PENALIDADE DECORRENTE DA RECUSA AO TESTE DO ETILÔMETRO

Em direito, a idéia de sistematicidade exprime o sentido muito claro de que uma norma tem sua validade fundamentada em outra norma superior. Especificamente, normas extraídas da carta constitucional são suporte de validade para normas extraídas de textos infraconstitucionais. De outra forma, como consequência do postulado da unidade da Constituição, as normas constitucionais não possuem hierarquia entre si ao mesmo tempo em que coexistem harmonicamente no texto constitucional e mantêm validade segundo a lógica do autorreferenciamento<sup>9</sup>. Sobre a Constituição como fonte hierárquica de validade e de autorreferência ou “autoprimazia normativa”, aborda Canotilho (2001, p. 1.131):

A Constituição, (...) em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. (...) a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade um si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas de constituição são normas de normas (normae

<sup>9</sup> Reflexão do sistema consigo mesmo. Aliás, para Marcelo Neves (2019, p. 115), “o constitucionalismo aponta para a

pretensão de autofundamentação constitucional do direito”.

normarum) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

Estando diante de uma sociedade hipercomplexa e globalizada, a atividade jurisdicional brasileira é frequentemente provocada para resolver antinomias jurídicas com a finalidade de manter a aparência da Constituição — e do ordenamento jurídico na sua totalidade — como um sistema lógico e coerente, especialmente em razão da demanda de concretização de direitos e garantias fundamentais. No sentido de Kelsen (2006, p. 228-229), há antinomia quando “uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela”.

Em essência, direitos e garantias fundamentais são direitos humanos universais positivados por instrumento da Constituição que, sendo individuais, limitam o poder do Estado<sup>10</sup>; consistindo em sociais, determinam políticas comunitárias. Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento de que nenhum direito é absoluto<sup>11</sup>, e isso se constata precisamente quanto ao direito à vida e à liberdade de locomoção, rechaçados na hipótese de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII); ao direito à propriedade, flexibilizado pela sua função social (art. 5º, inc. XXIII); à livre iniciativa, quando são possíveis restrições ao capital estrangeiro (arts. 172 e 176, §1º); e assim por diante<sup>12</sup>.

Nesses cenários, é o próprio texto constitucional que impõe, *de per se*, limitações a determinadas normas constitucionais, o que significa dizer que, ao menos em teoria, há tensões que já se encontram previamente dirimidas, não carecendo ao intérprete-aplicador excessivo esforço para identificar o campo de abrangência de cada norma. Apesar disso, a problemática se revela nos casos de controvérsias constitucionais complexas, que tornam derradeiro o empenho de critérios interpretativos para que o operador do direito possa exercer o melhor juízo sobre cada caso concreto. Como afirma Marcelo Neves (2013, p. 179), “a partir de um mesmo texto constitucional podem-se desenvolver doutrinas e práticas constitucionais as mais diversas”.

No caso do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, o dispositivo busca seu suporte de validade no princípio da proteção à vida e da proteção à incolumidade física das pessoas e do patrimônio (veículos em geral); contudo, a regra somente torna-se apta à eficácia quando há o afastamento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, punindo a recusa aos procedimentos certificativos da embriaguez. Melhor dizendo, remete a uma controvérsia jurídico-constitucional maniqueísta: para que predominem os primeiros princípios, pune-se o exercício da garantia fundamental de não produção coercitiva de provas contra si; para que se preserve esta prerrogativa constitucional, põe-se sob risco a inefetividade

<sup>10</sup> Ou, no sentido de Paulo Bonavides (1997), são oponíveis ao Estado.

<sup>11</sup> Precedentes: MS 23.452 (Rel. Min. Celso de Mello) e HC 103.236 (Rel. Min. Gilmar Mendes).

<sup>12</sup> O estado de desconfiguração do valor absoluto de direitos e garantias fundamentais interdita a hipótese de serem exercidos em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. Em igual

sentido, o artigo 18 da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, internalizado pelo Decreto nº 592/92, prevê que a liberdade de crença ou religião está sujeita a limitações legais que se façam necessárias para “proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”.

daquelas proteções jurídicas. Trata-se de uma tradicional colisão entre normas princípios.

O tema da colisão entre princípios jurídicos recebeu contribuição de relevo desde os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujo enfoque era conceituar a distinção entre os normas princípios e as normas regras. Para Dworkin, os princípios jurídicos possuem “dimensão de peso e importância” e, diferentemente das regras jurídicas, que seriam aplicadas de forma disjuntiva (“*all-or-nothing*”), dois ou mais princípios em colisão podem ser simultaneamente válidos, cabendo ao intérprete-aplicador definir qual(is) o(s) mais relevante(s) para a resolução do caso *subjudice* (NEVES, 2019). Em contraposição, para Alexy as normas princípios funcionam como “mandamentos de otimização”, “mandamentos a serem otimizados” ou “mandamentos de ponderação” e, diante de uma antinomia, são mais ou menos satisfeitas conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (NEVES, 2019, p. 64-77).

Na presente tese, não se denota oportuno o esquadramento dos referidos modelos teóricos, mas o estudo de um critério hermenêutico sugerido por Marcelo Neves no seu livro ‘Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico’, que, além de procurar outro modelo de diferença entre princípios e regras, menos se inquieta com a distinção conceitual dos princípios e das regras e

mais pela expectativa normativa dos dispositivos no plano das decisões judiciais ou administrativas.

Ocorre que a relação das regras entre a hipótese normativa dos fatos<sup>13</sup> (antecedente) e a hipótese normativa dos efeitos jurídicos (consequente) são rígidas, o que permite que as regras condensem as expectativas normativas de modo a dirigi-las imediatamente à solução do caso<sup>14</sup> (NEVES, 2019). No caso dos princípios jurídicos, não se consegue determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e a sua eficácia jurídica concreta: um mesmo princípio pode suportar indeterminados fatos jurídicos e, diferentemente das regras, para cada fato pode haver uma expectativa normativa diversa. Desse modo, “pode-se dizer que os princípios *prima facie* contam apenas com a hipótese normativa ampla” (NEVES, 2019, p. 123).

Por isso, há uma “textura aberta”<sup>15</sup> dos princípios que permite: i) a extração de mais de uma norma de um mesmo princípio; ii) a ampliação das possibilidades de argumentação; iii) a autorização de várias soluções para o mesmo problema, dentro do qual qualquer resposta pode ser considerada ótima. Assim, a utilização isolada e sem critérios de princípios jurídicos pode tecer não só uma inflação dessas normas, mas também insegurança jurídica e, principalmente, consistência jurídica a valores não normativos do intérprete-aplicador ou “servir à acomodação da Constituição a interesses concretos do eventual detentor do poder ou, também, da respectiva oposição” (NEVES, 2019, p. 200). A esse

<sup>13</sup> Afirmava Pontes de Miranda que “o suporte fático ainda está no mundo fático; a regra jurídica colore-o, fazendo entrar no mundo jurídico”. (1974, tomo I, p. 21).

<sup>14</sup> Para exemplificar, a regra do artigo 121 do Código Penal é, no termo de Dworkin, um “*easy case*”: a hipótese fática é um sujeito matar outro sujeito; o efeito jurídico é a aplicação da pena; a expectativa normativa é a de que ninguém mate ou a de que um infrator cumprirá a pena.

<sup>15</sup> No sentido de Hart (1986, p. 137), há uma textura aberta do direito quando “muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”.

respeito, Marcelo Neves (2019, p. 173-174) constata que foi no nazismo alemão e nos regimes militares na América Latina que um sistema jurídico fundado em princípios manifestou-se conveniente à manutenção do poder:

(...) Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras. Autores ditos 'formalistas', os quais Hauke Brunkhorst relacionou sugestivamente ao 'positivismo jurídico democrático', destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico. Evidentemente, para o 'Führer', um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso. Uma teoria de princípios referentes ao desenvolvimento do povo alemão na "história universal" como "realização do espírito geral" ou "aprofundamento do espírito do mundo em si" apresentava-se muito mais adequada aos "fins" do nazismo. (...) É claro que qualquer modelo rigoroso de regras constitucionais seria inoportuno para um regime político de "exceção", ou seja, um regime em que as exceções definidas *ad hoc* para a manutenção da eventual estrutura de dominação constituem a "regra". O fato de que o autoritarismo distanciou-se de um modelo de regras torna-se mais patente na experiência latino-americana em virtude da falta de consistência ideológica dos regimes, o que tornava imperiosa uma maleabilidade às pressões particularistas de grupos e pessoas, implicando a ruptura casuística das regras por eles mesmos impostas, ao sabor das conveniências políticas concretas.

De outra parte, como estudado há muito pela psicanálise, o *eu* não dá as ordens na sua morada (FREUD, 1996), não é proprietário absoluto da sua vontade, mas fruto do controle da psique pelo inconsciente. Daí se pode afirmar que é quimérica a possibilidade de um juiz se autodeterminar neutro, inteiramente distante do objeto da sua apreciação, uma vez que seus atos são produto da subjetividade individual e das influências externas: (in)amizades, cultura, desejos, dinheiro, família, história,

intolerâncias, paixões, poder, política, religião, vivência, e o mais.

O direito à propriedade é um arquétipo disso, sobretudo porque é parte de um dos primaciais problemas arraigados na nação brasileira: diante da composição de uma lide que trate da desapropriação de uma gleba por interesse social para fins de reforma agrária, é muito provável que o caso provoque reações afetivas desiguais para um juiz herdeiro de uma concentração de propriedade fundiária e para outro magistrado cuja tradição da família é o sonho com um roçado.

O problema, todavia, não é cada juiz ver diferentes coisas ao olhar do mesmo ponto na mesma direção, mas o fato de que o dissenso estrutural em torno de expectativas normativas é marcante numa sociedade complexa de tal maneira que, com um mesmo princípio, podem ser fundamentadas decisões antagônicas, pois "os princípios variam conforme a esfera de comunicação em que se aplicam" (NEVES, 2019, p. 162).

A fim de coibir essa disfunção jurídica, Marcelo Neves aponta a existência de uma relação circular entre os princípios e as regras, que, segundo o autor, são normas mediatas e imediatas, respectivamente. Em termos práticos, significa que os princípios jurídicos transformam representações morais, ideologias, valores etc. em complexidade estruturável, do ponto de vista jurídico<sup>16</sup>; por sua vez, ao se determinar a regra a ser aplicada ao caso, a complexidade passa a ser estruturada, tornando-se possível a subsunção.

Assim, no controle de constitucionalidade<sup>17</sup> ou na concretização normativa, o exercício

<sup>16</sup> Diz Marcelo Neves (2019, p. 40) que "os valores que eventualmente norteiam o sistema jurídico só têm significado prático se são incorporados seletivamente a normas jurídicas, transformando-se a complexidade

indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada).

<sup>17</sup> Conforme de Konrad Hesse (1969, p. 31-34), "a interpretação conforme a Constituição não coloca apenas

hermenêutico fundado na teoria da norma de Marcelo Neves se dá: i) no exame de qual regra jurídica se relaciona com os princípios jurídicos que se manifestam, tornando-os diretamente aplicáveis; ii) ou na seleção de qual(is) princípio(s) guardam relação com a regra a ser aplicada, posto que, não obstante as normas regras tenham como função trivial a manutenção da consistência do sistema jurídico, são limitadas no que diz respeito à adequação social do direito, papel que as normas princípios melhor desempenham.

Por conseguinte, de modo a fortalecer a capacidade de reprodução adequada do sistema jurídico, igualmente impõe-se às regras o balizamento por princípios, uma vez que “a rigidez do cristal torna-se socialmente inadequada perante uma sociedade altamente dinâmica e complexa” (NEVES, 2019, p. 133). Nesse sentido, Frederick Schauer:

Quem toma decisão não constrangido por regras tem o poder, a autoridade, a competência para levar tudo em consideração. Inversamente, quem toma decisão constrangido por regras perde algo dessa competência (1991, p. 59).

A partir dessa técnica, Neves protege a consistência da atividade jurídica do uso descomedido de princípios, prática a qual pode orientar-se “à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição” (2013, p. 196). Regula, pois, o decisionismo jurídico. Para melhor compreensão, imperioso transcrever o seguinte trecho:

Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o

devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais. Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrendo a inconsistência do sistema jurídico. A inflação de argumentos principialistas implica a perda de importância dos princípios constitucionais como critério de solução de casos. A relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos). (NEVES, 2019, p. 134-135).

Isto posto, tomemos o exemplo das normas previstas no capítulo III do Código de Trânsito Brasileiro, denominado “das normas gerais de circulação e conduta”. Quando o art. 27 preconiza que o condutor, antes de colocar o veículo em circulação nas vias públicas, deverá verificar a existência e as boas condições de funcionamento dos equipamentos de uso obrigatório (entre eles, cinto de segurança), evidente que a regra se destina a proteger a vida e a segurança do motorista e dos passageiros. O mesmo se observa na regra do art. 165 do diploma transeunte<sup>18</sup>, que pune quem dirige sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Nessas regras, o elo com os princípios que norteiam o direito à vida e à segurança no trânsito é patente, não restando dúvidas quanto a relação reflexiva circular entre elas e esses princípios jurídicos, sendo a norma naturalmente constitucional.

No caso do art. 165-A, embora também disponha sobre embriaguez, não há a mesma

a questão do conteúdo da lei a ser controlada, mas também a questão do conteúdo da Constituição pela qual

a lei deve ser avaliada. Ela exige, por isso, tanto interpretação da lei quanto da Constituição”.

<sup>18</sup> Código de Trânsito Brasileiro.

similariedade. A regra, diferentemente da norma do art. 165, não proíbe uma conduta atentatória à vida e à segurança no trânsito, mas, de outro modo, coíbe a recusa à produção voluntária de prova que implique na punição do artigo antecessor. Logo, na direção de Marcelo Neves, não se poderia invocar o princípio da preservação da vida, do patrimônio e da segurança dos transeuntes se é um direito de defesa que está diretamente atribuído. Por essa razão, a regra guarda relação estreita com o direito à não auto-incriminação, e não com aqueles princípios constitucionais.

Poderia ser invocada a proteção constitucional à vida tão somente se a discussão pairasse sobre o direito ou não de dirigir embriagado, como é o caso do artigo 165, que, de fato, guarda conexão com a vida e a segurança. Não se trata disso. Trata-se do direito do cidadão não ser punido pela opção de não contribuir com a sua própria incriminação. Ou seja, o princípio que faz parte do jogo reflexivo é tão somente o do *nemo tenetur se detegere*.

Vale dizer, no caso da submissão do condutor supostamente embriagado ao exame do etilômetro, é certo que a autoridade policial ou judicial visa, com tal medida, proteger o direito da coletividade à manutenção da paz e da vida. Entretanto, o Estado, como parte mais forte no procedimento, não pode estabelecer o império de um princípio com o efeito de exigir do acusado que renuncie o seu direito a não declarar contra si mesmo e não confessar-se culpado. Não parece coerente que o órgão acusador, dispondo de todos os aparatos necessários para afetar a investigação, tenha que suprimir direitos fundamentais. Sem obstáculos, é exigível do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas

normas específicas. É tempestivo mencionar Dworkin (2002, p. 197):

Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais assentam as instituições. É esse direito institucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.

Não se trata somente das eventuais garantias violadas (como a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a liberdade de movimentos, a intimidade e a própria autoincriminação), mas também, e de igual ou maior valor, de sagrado instinto e vontade humana, a liberdade; que, assim como a vida, norteia o ser humano em todos os seus atos, motivo pelo qual não se pode esperar que o acusado seja obrigado a falar, a dizer a verdade, ou a realizar qualquer diligência que possa resultar na sua responsabilização.

São muito comuns os casos de motoristas que beberam no dia anterior, tiveram uma noite de descanso e noutro dia, sem nenhuma capacidade psicomotora alterada, seguiram viagem e, após abordagem, confiaram em realizar o exame do bafômetro, acreditando que o álcool já havia se esvaído. Dentre esses casos, há motoristas que, após assoprarem o etilômetro, são surpreendidos por um percentual de álcool suficiente à infração. Quer dizer, mesmo que estivessem em plenas condições psicomotoras para conduzirem seus veículos, foram enquadrados como infratores. Por essa razão, muitos condutores que deixaram de ingerir álcool há poucas horas preferem recusar o procedimento, dado que, mesmo tendo consciência do pleno exercício das suas faculdades psíquicas, preferem evitar serem pegos pelo teste, tornando-se vítimas das suas condições biológicas. Logo, não podem esses condutores, na consciência de que não estão

infringindo uma regra legal, serem punidos em decorrência do direito à dúvida, cuja previsão encontra-se albergada pelo direito constitucional ao silêncio.

Dessa maneira, a intromissão da proteção constitucional à vida é, do ponto de vista hermenêutico, insustentável para tornar legítima a violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo, pois isso implicaria ceder força absoluta ao direito à vida em detrimento da convivência das liberdades públicas e da harmonia com outros princípios constitucionais. Afinal, qual é a força normativa deste princípio em face de outros princípios concorrentes? Consoante o jaguarariense Luis Eduardo Gomes do Nascimento (2018, p. 88), “(...) à afirmação aparentemente ilimitada de um direito sucedem limitações que aniquilam o núcleo do próprio direito”. Nessa perspectiva, cabe a lição de Ada Pellegrini Grinover (1995, p. 112):

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser estendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

Sendo assim, a proteção constitucional à vida não detém espaço reservado no âmbito da interpretação e aplicabilidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, mas o princípio do *nemo tenetur se detegere*, cujo a inserção afasta

incontinentemente a validade da regra, porquanto com ela não conserva harmonia.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Motivado pelas estatísticas que comprovam que a condução de veículos automotores sob estado de embriaguez constitui a principal causa de morte no trânsito, foi constatado que o legislador brasileiro estendeu a severidade da “Lei Seca” com o intuito de constranger eventuais condutores que tentassem se esquivar da infração prevista no art. 165 do diploma transeunte<sup>19</sup> através da recusa aos procedimentos que constatarem quaisquer alterações na integração das funções motoras e psíquicas em consequência da ingestão de substâncias tóxicas. Nessa situação, identificou-se que, embora a inovação legislativa seja fundada no princípio da proteção à vida, provoca um debate entre os operadores do Direito de Trânsito em razão de viger no ordenamento jurídico brasileiro a garantia à não autoincriminação, representada pela máxima latina *nemo tenetur se detegere*, que significa, dentre outras manifestações, que ninguém é obrigado a produzir provas contra si ou declarar-se culpado.

Por conseguinte, fora realizado um estudo sobre esse princípio, destacando-se que, ainda que não seja expresso literalmente na Constituição da República e nas demais normas infraconstitucionais, tem vigor no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência dos tratados internacionais cujo o Brasil é signatário, tal como da previsão implícita em variados princípios constitucionais expressamente positivados, entre eles, o direito ao silêncio (art. 5º,

<sup>19</sup> Código de Trânsito Brasileiro, art. 165: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

LXIII, CRFB), a garantia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB) e a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB).

Em seguida, foi possível apurar pela interpretação gramatical dos arts. 165-A e 277 do Código de Trânsito Brasileiro que a literatura expressa nesses dispositivos obsta as autoridades de trânsito a procederem abordagens ou imporem sanções aos condutores de veículos automotores por procedimento de mera medida de prevenção geral da embriaguez. Deve o agente estatal agir fundado em indícios, em uma suspeita antecedente, de modo a produzir outras provas da embriaguez, entre elas a anotação de informações no auto de infração que descrevam os sinais de ebriedade do condutor, de forma a atribuir validade jurídica ao ato administrativo, respeitando o devido processo legal, com fundamento na Resolução nº 432/13 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) — que, de certa maneira, também furta a oportunidade dos condutores seriamente alcoolizados manipularem o *nemo tenetur se detegere*.

Ato contínuo, por manter-se pendente o conflito entre a expectativa normativa do legislador — cujo a preservação da vida se dará pela punição dos condutores que não se autoincriminarem — e a expectativa dos condutores — de que essa punição constitui desrespeito à proibição da autoincriminação coercitiva —, seguiu-se ao estudo da validação constitucional do art. 165-A do CTB, quando se utilizou da teoria da relação circular entre princípios e regras jurídicas de Marcelo Neves, uma criteriosa técnica hermenêutica que inibe o uso e abuso dos princípios, uma vez que estes, por possuírem uma textura aberta, são passíveis de servirem à fundamentação jurídica de interesses particularistas. Através desse recurso, é possível

delimitar a aplicação das normas princípios por via das normas regras, permitindo um controle de constitucionalidade austero.

No estudo, foi possível certificar que o art. 165-A do Código de Trânsito não encontra suporte de validade nos princípios que norteiam a garantida da vida, mas está intrinsecamente ligado ao *nemo tenetur se detegere*. Visto que não conserva simetria com esse princípio ao qual está efetivamente atribuída, arremata-se que a regra é inconstitucional no seu orto, pois o legislador ordinário, no espaço da sua atuação política, utilizou de preceitos fundamentais assimétricos (vida, segurança, etc.), fazendo “injustiça” aos princípios simétricos (*nemo tenetur se detegere* e presunção de não culpabilidade).

Quer dizer, evidente que o presente trabalho não exaltare os temas da antinomia entre princípios constitucionais e dos métodos de interpretação e aplicação da norma jurídica, sendo tão somente uma abertura para se discutir e perceber que a não utilização de técnicas hermenêuticas adequadas permite às autoridades o exercício de recursos retóricos para decidirem conforme os impulsos ou as interações sociais que os conduzem aos seus desejos, cuja legitimidade depende apenas da sua utilidade psicológica, à revelia de critérios metodológicos que construam uma decisão baseada numa relação integrada entre as regras e os princípios. Por isso, é imperioso que os debates continuem, de modo que, conforme o caso, como proclamou Ruy Barbosa (1932, p. 19-21), leis possam ser descumpridas a fim de que seja cumprida a Constituição.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol 1. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1932.
- BARBOSA, Ruy. “**Revolta das Escolas Militares – Situação do Exército (sessão de 16 de novembro de 1905)**”. In: **Obras completas de Rui Barbosa**. Vol. XXXI. Tomo 1. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1952.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BELCHIOR. **Alucinação. Alucinação**. Rio de Janeiro, Polygram, 1976.
- BEM, Leonardo Schmitt de. Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.281/2016. **Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 1, p. 09-16, abril/maio, 2000.
- BENJAMIN, Tabatha. Lei Seca: Em 10 Anos, Mortes No Trânsito Caem 14%, Mas Fiscalização Precisa Melhorar. **Revista Auto Esporte**, São Paulo, 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2018/06/lei-seca-em-10-anos-mortes-no-transito-caem-14-mas-fiscalizacao-precisa-melhorar.html>. Acesso em: 16 de maio de 2019.
- BLOCKER JR., Jack S. **Did Prohibition really work? Alcohol prohibition as a public health innovation**. American Journal of Public Health, Vol. 96, Nº 2, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Atualizações no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 13.281/2016). **Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 1, p. 17-29, abril/maio, 2000.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Nova Lei Seca**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CECCATO JÚNIOR, José Antônio. **O direito à não autoincriminação no caso do etilômetro: um estudo comparado sobre o princípio nemo tenetur se detegere**. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2019.
- DINOUART, Abade. **A arte de calar, tradução: Luis Filipe Ribeiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTADOS UNIDOS. SENADO DOS ESTADOS UNIDOS. **Modification or Repeal of National Prohibition.**: Part 1-2 hearings before the United States Senate Committee on the Judiciary, Seventy-Second Congress, first session, on Apr. 14, 15, 19- 21, May 10, 17, 1932. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015031950184;q1=Modification%20or%20Repeal%20of%20National%20Prohibition>. Acesso em: 15 de abril de 2019.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa dicionário**. 7. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.
- FREUD, S. **Uma dificuldade no caminho da psicanálise**. In: **Edição standard das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Trad. Jaime Salomão e Orizon Carneiro Muniz. Vol. 17. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Décio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1974.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Óbitos por acidentes de trânsito diminuem após 10 anos de Lei Seca**. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43593-10-anos-de-lei-seca-obitos-por-acidentes-de-transito-diminuem-2>. Acesso em: 16 de abril de 2019.
- NASCIMENTO, Luis Eduardo Gomes do. **As antinomias do Direito na modernidade periférica**. Paulo Afonso: Editora SABEH, 2018.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2019.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23, 79-90, São Paulo: RT, 1998.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. **O direito humano de não cooperar na própria incriminação**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 26, 129-142, abril/junho, São Paulo, 1999.

SCHAUER, Frederick. **Playing by rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Claredon Press, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (Ontológica) Entre Texto e Norma: afastando o fantasma do relativismo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. XLVI, p. 55-86, 2006.

TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

**Recebido em:** 06 de abril de 2020

**Avaliado em:** 20 de agosto de 2020

**Aceito em:** 15 de outubro de 2020

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Petrolina (FACAPE). Pós-graduando em Direito Público e em Direito Empresarial pela Faculdade Legale.

E-mail: [ursiqueira.adv@outlook.com](mailto:ursiqueira.adv@outlook.com)

## MUNDO SECULAR, LAICIDADES E DIREITOS HUMANOS INTERCULTURAIS: IDENTIDADES SUBALTERNAS E APONTAMENTOS DECOLONIAIS

### SECULAR WORLD, LAICITIES AND INTERCULTURAL HUMAN RIGHTS: SUBALTERNAL IDENTITIES AND DECOLONIAL NOTES

Phablo Freire<sup>1</sup>

**RESUMO:** A proposta central deste ensaio é discutir aspectos da historicidade, conceito e aspectos da inefetividade da norma laica no ordenamento pátrio num contexto teórico decolonial e sua relação com a noção de direitos humanos e interculturalidade. Para tanto o trabalho se inicia com uma exposição sobre conceitos de secularização e laicidade, segue-se para uma breve exposição sobre o processo de constitucionalização Brasileira com ênfase na questão da disciplina laica, partindo da primeira Constituição até a Carta Magna de 1988. Avança para a exposição dos conceitos Direitos Humanos e secularização em perspectiva (de)colonial para finalmente localizar a laicidade enquanto instrumento da colonialidade do poder, produtora de identidades e relações interpessoais subalternas. Após as exposições, concluiu-se que a laicidade se configura como instrumento da colonialidade do poder apto a operar uma forma específica de alienação, marcada pelo posicionamento dos sujeitos subalternos, e mesmo dos hegemônicos, fora dos processos de elaboração e distribuição do poder, reduzindo-os a condição de produto dessas dinâmicas, implicando as subjetividades pela ausência, tornando-os alheios às causas de sua subalternidade, apoiados na expectativa de um futuro isonômico a ser produzido pela promessa reticente da laicidade.

**Palavras-chave:** Laicidade. Secularidade. Direitos Humanos. Decolonialidade. Pensamento Decolonial.

**ABSTRACT:** The main purpose of this essay is to discuss aspects of historicity, concept and aspects of the ineffectiveness of the laicity norm in the national order in a decolonial theoretical context and its relationship with the notion of human rights and interculturality. Therefore, the work begins with an exposition on the concepts of secularization and laicity, followed by a brief exposition on the process of Brazilian constitutionalization with an emphasis on the issue of normative discipline of laicity, from the first Constitution to the Magna Carta of 1988. the exposition of the concepts of Human Rights and secularization in a (de)colonial perspective to finally locate the secularity as an instrument of the coloniality of power, producer of subaltern identities and interpersonal relations. After the presentations, it was concluded that laicity is configured as an instrument of coloniality of power able to operate a specific form of alienation, marked by the positioning of subaltern subjects, and even hegemonic ones, outside the processes of elaboration and distribution of power, reducing them the condition of product of these dynamics, implying subjectivities by their absence, making them oblivious to the causes of their subordination, supported by the expectation of an isonomic future to be produced by the reticent promise of laicity.

**Keywords:** Laicity. Secularity. Human rights. Decoloniality. Decolonial Thought.

### 1 INTRODUÇÃO

Funda-se o atual Estado nacional com a promulgação em 5 de outubro de 1988 da lei fundamental: a Constituição da República Federativa do Brasil. Em seu texto e teor, a Carta Magna reflete o ideal de conquista, manutenção e

ampliação de direitos e garantias fundamentais, na esteira das lutas pela igualdade entre os povos e emergências de ideais como o Constitucionalismo, materializando também a peleja pela efetivação das conquistas jurídicas e sociais internas. Identifica-se, dentre os vários princípios democráticos consagrados na Carta de 88, a *laicidade* esculpida no

inciso I do art.19, como garantia de separação entre o poder público e os interesses religiosos. Observa-se também, desde o início da modernidade e dos Estados nacionais o traço reticente das promessas democráticas, as ausências e obstáculos à efetividade dos postulados que se anunciam como sustentáculos da vida coletiva na modernidade. Desafios a serem superados pelas coletividades, sobretudo, ocidentais.

Nesse contexto, a proposta central deste ensaio é discutir aspectos da historicidade, conceito e incipiência da laicidade no ordenamento pátrio num contexto teórico decolonial e sua relação com a noção de direitos humanos e interculturalidade. Para tanto o trabalho se inicia com uma exposição sobre conceitos de secularização e laicidade, segue-se para uma breve exposição sobre o processo de constitucionalização Brasileira com ênfase na questão da disciplina laica, partindo da primeira Constituição até a Carta de 88. Avança para a exposição dos conceitos Direitos Humanos e secularização em perspectiva (de)colonial para finalmente localizar a laicidade enquanto instrumento da colonialidade do poder, produtora de identidades e relações interpessoais subalternas.

## **2. O PROCESSO SECURALIZANTE NAS SOCIEDADES MODERNAS, AS BASES CONCEITUAIS DA LAICIDADE ESTATAL E A MODERNIDADE**

O pensamento moderno se inicia com os movimentos intelectuais que se proliferam pela Europa e em seguida pela América, no intuito de frear os desastrosos efeitos do mundo medieval e, modificando-os, lançar as bases, liberais, de uma nova realidade social. Neste diapasão, o ideal

burguês, como se sabe, ganhou força e propagou-se pelas vozes de inúmeros pensadores, construindo uma nova possibilidade social que alcançaria todo o ocidente a partir daquele momento. John Locke foi um dos pensadores mais influentes daquele período, contribuindo amplamente para a formulação da modernidade através de contribuições para suas bases teóricas. Catroga (2010, p.81), comentando as ideias daquele pensador, aponta a origem contratualista como condicionada ao interesse – essencialmente liberal –, de promoção e manutenção do bem comum e da paz civil, incompatíveis com os antigos regimes, absolutista e medieval. Já naquele momento apresenta-se a *secularização do poder* e a *laicidade* como condições *sine qua non* à modernidade: “as religiões e o Estado são instituições absolutamente diferentes e separadas, pelo que tanto a fusão da primeira com a segunda, como o inverso, produziriam intolerância e impediriam a paz civil”

Deste modo, mais que uma mera expressão de proteção às liberdades, a laicidade, apresentava-se como um dos pilares do próprio Estado. A ideia de que seria impossível a existência de um Estado liberal sujeito, em qualquer nível, à religião, não era exclusivo de Locke, como aponta Catroga (2010, p.90), partilhado por pensadores outros como Roger Williams, Tomás More, Milton, Jonh Good-Win, de modo que “as possibilidades de concretização dos direitos naturais exigiam um clima de tolerância e este (...) só podia ser criado quando as Igrejas e o Estado se posicionassem como sociedades exteriores e diferentes”.

É exatamente neste contexto histórico, em que se elabora o um modelo de Estado legitimado em suas próprias bases, a partir da racionalidade, e não em fatores externos, como o elemento religioso, que

se espraia o pensamento e processo de secularização:

A secularização como a saída de sectores da sociedade e da cultura do domínio do religioso [...], ou melhor, como o processo “by which religious institutions, actions and consciousness lose their social significance<sup>20</sup>”, em consequência da irradiação de princípios enformadores da mundividência moderna, nomeadamente o crescimento da consciência do eu, correlato de que os homens seriam capazes, cada vez mais, de “fazer” a história. (CATROGA, 2010, p. 16)

O uso da razão humana, como se observa o autor, passa a ser aspecto central no processo de secularização da sociedade:

As apologias acerca da natureza perfectível do ser humano (Rousseau, Turgot), as teses contratualistas sobre as origens da sociedade e do poder político, as fundamentações filosófico-progressistas do tempo histórico (Condorcet, Hegel) e, mais tarde, os esforços, mesmo ilusórios, para se cientificar a sociedade (Comte, Proudhon, Spencer, Marx), foram projectos (sic) que **emanaram do mesmo centro secular, perspectiva que fez da apoteose a razão**, da ciência e do ideal emancipatório uma das características mais fortes da modernidade. (CATROGA, 2010, p. 28, Grifos nossos)

Aquilo que o Catroga (2010) chama de “centro secular”, nada mais é do que novos sentidos sociais de legitimação em que se busca a separação entre o Estado e a Igreja, como processo indispensável a operacionalização da razão, para fomento dos mais importantes movimentos que viriam a fundar efetivamente não apenas o Estado, mas a própria modernidade, como o antropocentrismo, o contratualismo, o positivismo, o cientificismo e outros. Obviamente, a considerar o momento histórico, tratava-se de um passo demasiadamente complexo, como o historiador pontua: “o novo interesse geral, reivindicado pelo Estado, entrou em

atrito com a vocação totalizadora das Igrejas [e, em particular, da Igreja Católica], o choque entre ambas as instituições foi igualmente global.”(p.33). Sendo que o projeto da racionalização social, bem como todos os demais movimentos intelectuais modernos, jamais poderia ser implementado, sem que houvesse antes a secularização.

Já a *laicidade*, vai surgir, como apontam Catroga (2010) e Pena-Ruiz (2003), com *status* de norma jurídica estatal, um direcionamento para que o Estado não retorne aos formatos anteriores ao modelo secular, para que não voltasse a ser pendente em favor de um dado credo e em desfavor de todos os demais partícipes da sociedade. A Laicidade seria, no seu início, compreendida como um princípio (ou como regra como defendem alguns) que se voltaria para o Estado, dito de outra forma, enquanto a secularização seria de toda a sociedade, no fenômeno chamado por Gauchet (1985) de saída do religioso, a laicidade seria qualidade do Estado, sua não parcialidade, uma neutralidade em matéria confessional, por conseguinte não dirigida aos cidadãos que a seu turno poderiam experimentar livremente suas escolhas religiosas. Ocorre que tal premissa não correspondeu precisamente a experiência laica, como se observará mais adiante.

### 3. A MARCHA CONSTITUCIONAL E A LAICIDADE BRASILEIRA

Muitas foram, ao longo da história brasileira, as Constituições que formularam distintos modelos estatais vivenciados no território nacional, sendo

<sup>20</sup> Expressão em inglês para a frase “pelo qual as instituições, ações e consciência religiosas perdem sua importância social”

especificamente sete, nos quase 180 anos que compõem a independência e no pouco mais de 100 anos de República. O início do período Constitucional Brasileiro se dá, fatidicamente, sob o manto da ilegitimidade, haja vista ter sua promulgação, em 1824, decorrida de outorga a todas as províncias e dotada de plena ausência popular e, embora exaltasse o ideal liberal, que consagra os conceitos de liberdades, jamais fora cogitada pelo Imperador como fonte de sua legitimidade, sendo inclusive por ele mesmo ignorada no exercício de suas atividades (BARROSO, 2001).

É na vigência desta Constituição, mediante a promulgação do Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que é estabelecida pela primeira vez no Brasil a *laicidade*. Pouco tempo depois, em 24 de fevereiro de 1891, funda-se um novo Estado, que segundo Barroso (2000), citando Seabra Fagundes, continua distante do ideal republicano, em razão de sua elaboração elitista eivada pela exclusão da participação popular. Sua inspiração é nitidamente norte-americana e é marcada por três modificações, em relação a sua antecessora: altera-se a forma de governo de monarquia para república, transmuta-se o sistema de governo de parlamentarismo para presidencialismo, e por último, institui-se a forma federativa do Estado, em substituição ao modelo unitário vigente até então.

No entanto, considerando que o ideal constitucional difere do mero documento nomeado como “Constituição”, uma vez que aquele deve, necessariamente, guardar íntima relação com a proteção e promoção dos direitos humanos fundamentais, padecia a Carta de 1891 de vícios igualmente irremediáveis, como assevera Barroso (2000, p.13) “a República inicia de forma

melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo à conscientização popular”.

A *laicidade* instituída no Decreto 119-A, de 1890, é alçada à condição de Princípio norteador do Estado na Constituição de 1891, conforme a dicção do art. 11, § 2º da então Carta Magna. Todavia, apresentava-se visivelmente frágil e ilegítima para todos os contemporâneos, inspirando manifestações populares, como a Revolta de Canudos, a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul e a Revolta Armada, que se insurgiram contra este modelo estatal inconstitucional. Assim, por influência de acontecimentos e movimentos internacionais, como a crise de 1929, o fortalecimento dos movimentos nacionais dos trabalhadores e do poderio industrial frente ao setor agrário, vê-se derrubada a Carta de 1891 e estabelecida nova ordem, em 16 de julho de 1934.

Embora demonstrando importantes avanços sociais em seu texto, a Carta de 1934 mostrou-se ineficaz em face dos movimentos políticos que se articulavam desde sua origem para a outra modificação do Estado, especialmente pelos setores militares, que demonstravam desde aquele momento interesse em assumir as rédeas da condução do país. Assim, já em 1937, passado menos de uma década da promulgação da Constituição de 34, funda-se novo Estado, cujos contornos se aproximavam do unitarismo do império, com a figura do Poder Central, o Executivo, sobrepujando o Legislativo que lhe servia unicamente de apoio formal, porquanto inoperante na prática, rompendo-se a independência dos poderes, por meio do art. 180, que dotava o Ditador de poderes supremos diante de quaisquer outros.

Na esteira das alterações nacionais e internacionais, anuncia Barroso (2000) mudanças relevantes no curso da história constitucional brasileira, tais como a inserção na política brasileira de partidos de âmbito nacional, convocados para eleições gerais, por meio das medidas adotadas à época. No curso daquelas mudanças, foi instituída Assembleia Constituinte em 2 de dezembro de 1945, dando fim à Carta de 1937, a qual, em *estrito sensu*, jamais chegou a ter vigência regular e efetiva. Nas palavras de Barroso (2000), o ciclo iniciado em 18 de setembro de 1946, com a promulgação da nova Constituição, acompanhou uma fase fértil percebida em todo o mundo, quando vários Estados novos surgiam e buscavam no ideal constitucional a produção de seus pactos fundadores. Esta Carta Magna é exaltada pela doutrina jurídica como nossa melhor carta, sendo inspirada diretamente pela Constituição norte-americana, pelo federalismo Francês e pela Constituição de Weimar.

Um profundo quadro de instabilidade política precede o Golpe Militar de 31 de março de 1964, iniciando um período obscuro no campo de direitos e garantias fundamentais, como se pode perceber ao ser disparada intensa repressão e combate simbólico aos sentidos de democracia e liberdades, materializando-se a chegada dos militares ao poder (BARROSO, 2001). Sob o esmagador efeito de três atos institucionais, vinte emendas constitucionais e algo em torno de quarenta atos complementares, ruiu o que restava da Constituição de 1946. Em 13 de dezembro de 1968, como consequência do discurso do Deputado Márcio Moreira Alves, instaurou-se uma profunda crise entre Governo e

Congresso, que ensejou o Ato Institucional nº 5, pelo que se decretou “recesso” do Congresso Nacional. Esta medida estabeleceu o governo militar acima da ordem constitucional, dotando-o de poderes para legislar quando do período relativo ao recesso imposto ao Congresso, para proceder intervenção federal nos estados membros e municípios, poder de suspensão dos direitos políticos e cassação de mandatos eletivos de todo e qualquer nível, além do poder para suspensão de garantias da magistratura, confisco de bens, suspensão de *habeas corpus* em casos de crimes políticos, e exclusão da apreciação pelo judiciário de atos praticados sob a égide do AI nº 5.

Em 30 de outubro de 1969, ascende à presidência da República o General Emílio Garrastazu Médici. Dias antes, em 17 de outubro do mesmo ano (por meio da Emenda Constitucional nº 1), é promulgada a Constituição de 1967, totalmente dirigida por militares, e nitidamente eivada de ilegitimidade, configurado este período da história recente brasileira como um dos mais tortuosos e repulsivos, tanto pelo indiscutível distanciamento democrático, quanto pelo esmagamento daquilo que deveria ser o cerne da teleologia estatal.

Em 1 de fevereiro de 1987, após vinte e cinco anos de regime militar, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, instalou a Assembleia Constituinte<sup>21</sup>, tendo como presidente o principal líder parlamentar de oposição ao regime militar, o Deputado Ulisses Guimarães, conduzindo os trabalhos para elaboração da nova Constituição que

<sup>21</sup> Para alguns seria mais apropriada a expressão Congresso Constituinte, em razão de terem sido responsáveis pela elaboração da Carta Magna os

deputados eleitos para o Congresso Nacional em novembro de 1986.

inauguraria o atual Estado Democrático Brasileiro. Notadamente, a *Lex Legum* de 1988 marca a retomada da narrativa pela defesa de direitos e garantias fundamentais e a restauração do processo democrático nacional, erguendo-se como símbolo maior da superação do período de arbítrio que lhe antecede, porém, ainda sob a sombra de uma arbitrariedade não superada, não enfrentada, a saber, pela pernicioso persistência dos símbolos socialmente partilhados de subalternidade social.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA LAICIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A marcha pela *laicidade* dos Estados é característica essencial da *modernidade*, havendo inclusive quem<sup>22</sup> afirme ser ela a própria matriz semântica deste Estado Novo. Em 09 de dezembro de 2005, fora realizada na França a celebração do centenário da separação entre Estado e Igrejas (ou de modo mais adequado: da separação entre a legitimidade do Estado e o elemento religioso). Na ocasião, Jean Baubérot, historiador francês e sociólogo, especialista em sociologia das religiões, auxiliado por Cheline Milot e Roberto Blancarte, redigiu e apresentou ao Senado daquele país, o documento intitulado *Declaração Universal da Laicidade no Século XXI*, do qual pode ser extraído, em seu art. 4º, o conceito de laicidade:

Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e à sua prática individual e coletiva: autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos. (LOREA *et al*, 2008, p.10)

Deste modo, a laicidade passa a ser uma garantia fundamental que se impõe ao Estado, numa postura coerente destinada a proteger o indivíduo e as instituições de interesses puramente privados, sendo seu conteúdo a ideia de separação, como já dito, entre o Estado (sua legitimação e operacionalização) e o elemento religioso (qualquer que seja).

Apenas na vigência da segunda Constituição Brasileira, em 1891, é que se pretendeu instituir expressamente a laicidade como princípio constitucional do Estado Brasileiro, vez que, até então, a confissão do credo católico em âmbito estatal era uma realidade. A alteração então veio com a promulgação, em 7 de janeiro de 1890, do Decreto 119-A, que proibia a intervenção da autoridade federal e dos Estados em matéria religiosa, como se observa o texto, reproduzido na íntegra a seguir:

Art. 1º E' prohibido á autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.

Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Art. 4º Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.

Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de

<sup>22</sup> Nomes como Locke, Tomás More, Jonh Good-Win, dentre outros.

seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.

Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrario (BRASIL, 1890).

Da leitura do texto pode-se extrair alguns conceitos importantes que refletem – e jogam luz sobre – aquele momento: é determinado, legalmente, pela primeira vez no Brasil, a vedação, dirigida ao Estado, de atos que importassem em embaraço para quaisquer manifestações religiosas. Restava igualmente vedada qualquer espécie de tratativa diferenciada entre os indivíduos por razões de crença, e ficava também vedado o Poder Público de instituir ou sancionar qualquer espécie de religião. Entretanto, a despeito da impressão de ter fixado, satisfatoriamente, o texto normativo, uma separação entre Estado e religião, o Decreto, em seu art.6º, mantém espécie de ato estatal, desde antes praticado e de caráter nitidamente religioso, qual seja, a continuidade da *côngrua*, que implicava no pagamento de contribuição/benefício, ao representante paroquial da confissão católica de cada localidade, pelo desempenho de seu ofício religioso, configurando notório envolvimento entre e Estado e o credo Católico.

Destaque-se, como já mencionado, que embora seja registrado formalmente nos textos legais este primeiro esboço sobre o que viria a ser uma laicidade no ordenamento jurídico nacional, não gozaram de qualquer eficácia ou mesmo legitimidade as primeiras constituições em nosso país. Esta laicidade deficiente, ficta, é replicada, com certas modificações, ao longo dos textos Constitucionais supervenientes, até a vigente Carta,

que esculpiu este pilar democrático em seu art.19, I, como se pode observar:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[...]

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. (BRASIL, 1988)

Embora mais conciso que o texto presente no Decreto 119-A de 1890, notadamente é mais expressivo e abrangente no sentido de estabelecer uma expressa separação entre o Poder Estatal e a manifestação religiosa. Esta vedação de envolvimento ou embaraço, do Estado, para toda e qualquer religião. Destaque-se ainda que, diferentemente de outros textos constitucionais como *v.g.*, o francês, optou o Legislador Constituinte Originário pela não utilização do termo “laicidade” na textualidade constitucional, fixando tão somente seu conteúdo. Como assevera a doutrina nos limites teóricos pátrios, a laicidade se apresenta como garantia constitucional, de modo que não há de ser confundida com um direito fundamental.

Nas lições de Bulos (2014, p.231): “direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal” ao passo em que “Garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado”. O que implica dizer, que a garantia – diferente do direito – possui natureza jurídica de *disposições assecuratórias*, isto é, recurso instrumental normativo-jurídico para defesa do regular exercício de direitos contra o arbítrio do Estado ou mesmo em face de sua omissão, quando garantidor.

Desta forma, quando se assevera ser o conteúdo normativo da laicidade o ideal de separação entre do Estado (sua legitimação e operacionalização) e o elemento religioso (qualquer que seja sua manifestação), ostentando esta a natureza jurídica de uma garantia constitucional, requer ainda que sejam igualmente anunciados quais direitos esta garantia assegura o exercício. Nisto, quando se fala em laicidade, enquanto garantia, mira-se a proteção aos direitos à liberdade de consciência e de crença (CF, art.5º, VI, primeira parte), o livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI, segunda parte), a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (CF, art.5º, VI, última parte). A partir do direito elementar de tomada de consciência, dirige-se a laicidade para assegurar também a igualdade entre os cidadãos distinguidos a partir do elemento religioso (CF, art. 5º, *caput*, art. 1º, II). O direito a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (CF, art. 5º, VII), a não privação ou cerceamento de direitos em razão do elemento religioso (CF, art. 5º, VIII, primeira parte). Na esteira do espectro garantidor, a laicidade se estende para o direito à erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais marcadas ou determinadas pelo elemento religioso (CF, art. 3º, III), sendo este mais que um direito individual, mas antes, propriamente um objetivo do Estado Democrático Constitucional de Direito. E, por fim, a laicidade se estende para alcançar o direito de acesso à concretude do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), em contextos das interações sociais

atravessadas direta ou indiretamente pelo elemento religioso<sup>23</sup>. Neste intervalo, socorre-se o presente ensaio ao conteúdo jurídico da dignidade esculpido por Barroso (2014), qual seja: o imperativo reconhecimento do direito de ter – e elaborar – direitos a partir da tríade: 1.Valor intrínseco da condição humana; 2.Autonomia; 3.Valor comunitário.

#### **4. DIREITOS HUMANOS, MUNDO SECULAR E LAICIDADE EM PERSPECTIVA COLONIAL**

Os fenômenos de *secularização e laicidade* foram peças centrais na elaboração da modernidade, processo este que afetou a constituição de todos os Estados nacionais ocidentais e, dentre eles, o Brasil. Na esteira desses processos vê-se emergir o conceito sócio-jurídico de *Direitos Humanos* e mais adiante de *Direitos Humanos Interculturais*, sendo o interesse dessa seção evidenciar a relação entre os quatro processos.

##### **4.1 DIREITOS HUMANOS, (DE)COLONIALIDADE E INTERCULTURALIDADE**

Os *direitos humanos* se caracterizam como um conjunto específico de *direitos*, um *rol de prerrogativas* sem as quais o sujeito (ou grupo) perde sua qualidade humana, sendo reduzido à condição de coisa. Como pontua Comparato (2013, p.33), a elaboração do conceito de pessoa (humana) da qual se vale a afirmação acima é produto de um longo percurso intelectual, sendo a contribuição de

<sup>23</sup> Aqui refere-se o texto aos debates jurídicos acerca de temas como os direitos civis da comunidade LGBTI+, os direitos ao corpo da mulher e direitos reprodutivos, o direito das religiões de matriz africana ou outras

abordagens que embora não sejam inicialmente marcadas pelo elemento religioso são por ele atravessadas, na sociedade e nos Tribunais.

Immanuel Kant ponto de inflexão inevitável nessa trajetória. Em Kant (2007) a *pessoa* passa a ser concebida como *sujeito de direitos universais*, exigíveis em qualquer lugar do mundo, *anteriores e superiores* a quaisquer ordenamentos jurídicos vigentes.

Como destaca Comparato (2013, p.83), considerando os registros histórico-jurídicos o primeiro documento europeu a tratar de direitos da pessoa humana foi a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra. O documento possuía caráter eminentemente local, dirigindo-se não à totalidade da raça humana mas sim ao grupo político local, versando sobre o *direito de escolha*, equivalente hoje às liberdades laicas (liberdade de consciência, de pensamento, crença e culto), *direitos tributários*, constituindo nitidamente limitações ao direito de tributar do soberano, além de *direitos relacionados à propriedade, à economia e a aplicação de penas*. Todos eles delimitando um campo de prerrogativas sobre no qual o soberano não poderia adentrar.

A este documento jurídico seguem-se outros de grande relevância histórica, tais como a *Lei de Habeas Corpus* na Inglaterra de 1679; a *Declaração de Direitos (Bill of Rights)* na Inglaterra de 1689 e a *Declaração de Independência e Constituição* dos Estados Unidos da América do Norte em julho de 1776. Tais documentos possuíam como traço comum a delimitação de direitos para seu povo interno, estando todos eles marcados pela *localidade*, não dirigindo-se para uma generalidade externa ao grupo, prevendo inclusive grupos internos que não teriam quaisquer direitos, como os escravos, *v.g.*, reduzidos estes à condição de coisa, sendo tal violência compatível – à época – com as delimitações jurídicas de elaboração de direitos da

pessoa. É com o marco da Revolução Francesa que o alcance das delimitações jurídicas dos direitos da pessoa pretende superar *localidade* e alcançar a *universalidade* da condição humana (COMPARATO, 2013).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), em 1789 na França revolucionária, a despeito de referir-se a si como documento elaborado por e para o povo francês, propõe-se a tratar de direitos universais de todos os 'homens', como se pode observar em fragmento do preambulo e no seu art.1º:

**Representantes do Povo Francês**, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo **do direito humano** são as únicas causas dos infortúnios públicos e da corrupção dos Governos, resolveram expor, em uma Declaração solene, os **direitos naturais**, inalienáveis e sagrados **do Homem**, para que esta Declaração, constantemente **apresentada a todos os membros do corpo social**, lembre constantemente os seus direitos e deveres (...)

(...)

Consequentemente, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão.

(...)

Art. 1º: **Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos**. As distinções sociais só podem ser baseadas no bem comum (grifos nossos)

A construção lógico-jurídica do texto se dirige à época apenas o povo francês, no entanto dispara processos de elaboração jurídica de normas que não se limitariam apenas ao povo que a elabora mas, por pretender tratar da condição humana, pretende-se universalmente exigível.

Embora a DUDH se anuncie como *universal e inerente a condição humana* (art. II, I), os *direitos humanos* sempre serão apenas um reflexo do tempo em que se fala, uma representação da experiência daqueles que falam. Resultado da capacidade

cognitiva humana em um determinado tempo e lugar e, nesse caso, o lugar histórico ocidental pós-guerra. Desse modo, os conteúdos da ideia de *pessoa*, de *dignidade* e propriamente o *rol fixado* sempre estará em uma condição de oscilação, em razão dos apelos do tempo e espaço que os circunscrevem, carregando, invariavelmente, seleções ideológicas. É o que alguns autores vão tratar como o aspecto colonial dos *direitos humanos*.

Anibal Quijano (2009) figura entre os pensadores integrantes do grupo de estudos latino-americanos que compreendem a *modernidade* como modelo epistemológico que se arvora para todos os lugares do mundo, constituindo-se como um *sistema-mundo* por meio dos seus três eixos centrais: a *colonialidade do poder*, o *capitalismo* e o *eurocentrismo*.

Tais eixos, como pontua Quijano (2005, p.123) configuram-se como um “conjunto de elementos demonstráveis que apontam para um conceito de modernidade diferente, que dá conta de um processo histórico específico ao atual sistema-mundo”. Esta especificidade que delimita a modernidade a qual se refere o autor, diz respeito aos modos pelos quais os processos de produção de sentidos configuraram as possibilidades de elaboração das realidades sociais, conformando os modos de vida nos locais politicamente colonizados pela Europa, subalternizando não apenas os indivíduos pela política mas antes desta, pelos sentidos. Assim, a modernidade, enquanto sistema-mundo pode ser compreendida quando dissecadas as formas específicas pelas quais ela operou (e opera) a produção e ordenação de sentidos na realidade.

O conceito de *colonialidade do poder*, como destaca Quijano (2009) está ancorado nos conceitos

de *poder* desenvolvido a partir de Michel Foucault e de *colonialidade*, elaborado a partir dos estudos latinos. Em Foucault (2015) não se encontra um conceito delimitado para o poder, em lugar disso, o autor oferece uma possibilidade conceitual extraída de cinco preocupações metodológicas, assim definidas por Foucault (2015) como critérios conceituais necessários à apreensão do fenômeno “poder”.

Cada uma das cinco preocupações anunciadas por Foucault (2015) fornece uma faceta para compreensão do fenômeno poder, de modo que pela primeira delas, identifica-se o poder como *fenômeno capilar*, isto é, *não centrado*. Pela segunda preocupação metodológica, admite-se o poder não como poder subjetivado ou interno aos sujeitos, mas como *processo objetivo, externo às intenções*. O poder, de acordo com a terceira preocupação, não é algo sólido ou homogêneo, ao contrário, é *fluido e heterogêneo*: Foucault (2015) aponta ainda que o poder *deve ser apreendido por meio da historicidade de suas tecnologias periféricas*, ou seja, pelos modos capilares historicamente demarcados de constituição das formas de operação do poder ou ainda, dito de outra forma, deve-se evitar as buscas dedutivas pelo poder em que se procura identificar um centro pelo qual supostamente emanaria o poder, identificando-se a partir dele suas ramificações, deve-se por outro lado, seguir caminho inverso, partindo das capilaridades. Finalmente, por meio da quinta preocupação, Foucault chama a atenção para o fato de que embora o poder articule-se estreitamente com as produções ideológicas, com elas ele não pode ser confundido. Antes disso, o poder opera seus efeitos por meio de *aparelhos de saber*, ocultados pelas produções ideológicas (FOUCAULT, 2015, p.288-289).

Nesses termos, para Foucault o *poder* é um fenômeno que se opera no campo simbólico, capilarizado, um processo objetivo em movimento contínuo, fluido e heterogêneo. Identificável através da historicidade de suas tecnologias periféricas, não se confundindo com produções ideológicas, sendo prévio a elas e por elas ocultado nas práticas sociais.

Partindo dessa possibilidade conceitual de *poder*, os pensadores decoloniais irão elaborar o conceito de *colonialidade do poder* que se apresenta como uma forma específica de organização e operação de tecnologias de poder, isto é, um processo específico de organização simbólica, do imaginário social no hemisfério Sul. Neste sentido, Anibal Quijano (2005) vai dizer que a *colonialidade do poder* é um padrão singular do operação do poder que se realiza por meio de dois processos: a *classificação racial da população mundial* e a *articulação de todas as formas de controle do trabalho*.

Para que se entenda a ideia de “classificação racial” é necessário antes apreender a ideia de *raça* na perspectiva decolonial. Como aponta Quijano (2005), o fenômeno *raça* passa a ser uma *categoria mental (cognitiva)*, a partir da modernidade, quando os indivíduos se percebem em suas identidades não apenas em razão de diferenças fenotípicas ou das determinações culturais locais, mas antes disso, o sentido de *raça* é fixado a partir da dicotomia estabelecida com a relação colonizadora, ou seja, quando passam a interagir *conquistador-conquistado*. As relações sociais que são fundadas a partir do fenômeno da colonização moderna possuem, todas elas em todos os lugares do mundo, a ideia central de que todos os sujeitos estão em alguma medida em uma relação com o *sujeito europeu*. Mais especificamente, com o

*português, com o espanhol, com o inglês, com o francês* etc (gradativamente esse sentido também fragmentado é alterado pela modernidade e passa a convergir para o senso de ‘*sujeito europeu*’). O *outro* que é colocado – pelo processo colonizador – em uma interação com esse sujeito europeu é por ele significado, tendo todas as condições de sua constituição identitária alteradas por essa interação, forçando o surgimento de novas identidades sociais historicamente delimitadas, tais como a identidade do *índio, do negro, do mestiço, do pardo, do amarelo*, etc. de maneira que, todos eles somente o são, em uma circunstância de justaposição com o sujeito europeu.

A modernidade reconfirma as possibilidades de ser e, conseqüentemente, as identidades dos sujeitos nessa relação são alteradas, não apenas as dos colonizados mas, com efeito, as dos colonizadores. A ideia mesma de europeu é definida após a colonização da América, assim como toda a distribuição de poder que passa a recair sobre esse lugar identitário (QUIJANO, 2005).

A diferenciação entre os grupos de *colonizadores* e *colonizados* não altera apenas a nomenclatura com as quais passam a interagir e referir-se a si mesmos, mas, antes disso, no campo simbólico, estas relações instituem e naturalizam posições bem determinadas para exercício do poder, hierarquias, lugares e papéis sociais que se incorporam a essas novas identidades modernas, classificando socialmente os indivíduos e ordenando as possibilidades de existência social através das delimitações que se corporificam pela ideia de *raça* (QUIJANO, 2005).

Quijano (2005) vai ainda dizer que esses processos identitários desdobram não apenas o surgimento das identidades subalternizadas nas

américas, mas em todo o globo e além disso, igualmente desdobra-se uma nova identidade europeia, aquela que subalterniza todos os demais povos:

No curso da expansão mundial da dominação colonial por parte da mesma raça dominante – os brancos (ou do século XVIII em diante, os europeus) – foi imposto o mesmo critério de classificação social a toda a população mundial em escala global. Consequentemente, novas identidades históricas e sociais foram produzidas: amarelos e azeitonados (ou oliváceos) somaram-se a brancos, índios, negros e mestiços. Essa distribuição racista de novas identidades sociais foi combinada, tal como havia sido tão exitosamente logrado na América, com uma distribuição racista do trabalho e das formas de exploração do capitalismo colonial (p.119).

Esse fenômeno é o que o autor vai chamar de *eurocentrismo*, isto é, uma narrativa que se institui por meio da difusão – em todos os lugares onde a perspectiva colonizadora chegou – de uma *ideia-imagem* da história da civilização humana enquanto trajetória que tem como ponto de partida o estado da natureza e ponto de chegada, limite último, a experiência europeia. Tal narrativa não lograria êxito se não fossem alterados os símbolos estruturantes das relações de modo a naturalizar as relações de poder, socialmente construídas, que posicionam a *raça europeia* em superioridade à todas as demais, dito ainda de outra forma, a diferenciação entre europeus e demais raças, que é uma elaboração social fundada em profundas e lentas dinâmicas de violência, passa a ser ressignificada para a ideia de uma *superioridade natural* para a raça europeia. Nisto, "o eurocentrismo não é exclusivamente, portanto, a perspectiva cognitiva dos europeus, ou apenas dos dominantes do capitalismo mundial, mas também do conjunto dos educados sob sua hegemonia". Borra-se ideologicamente os processos históricos de subalternização – por meio da narrativa

eurocêntrica – para que se projete e perpetue-se no tempo e espaço esses mesmos processos de subalternidade, tanto sobre os educados quanto sobre educadores (QUIJANO, 2009, p.74-75).

A *colonialidade do poder* enquanto padrão singular do distribuição do poder opera por meio desses dois processos: a *classificação racial da população mundial* (que ancora a si mesma na ideia-imagem eurocêntrica) e a *articulação de todas as formas de controle do trabalho* que, por sua vez, desdobrou uma experiência muito singular de relações de produção; o *capitalismo* (QUIJANO, 2009).

Quijano (2009) pontua a diferenciação entre o *capital* e o *capitalismo*, sendo aquele encontrado nas relações sociais baseadas na mercantilização do trabalho, isto é, a venda pelos sujeitos de sua força de trabalho como se produto fosse, já por este, fenômeno próprio da modernidade – pois apenas por meio de seus símbolos ela é capaz de emergir – tem-se um sistema de relações de produção, uma heterogênea engrenagem que articula todas as formas de controle do trabalho e de seus produtos sob a égide do capital, constituindo uma lógica de ordenação mundial: o mercado, impossível de existir sem as dinâmicas disparadas pela modernidade. Deste modo, Quijano (2009) explica como os conceitos de *modernidade*, *eurocentrismo* e *capitalismo* se articulam para forjar o modo específico de distribuição do poder cunhado como *colonialidade do poder*:

sobretudo com o Iluminismo, no eurocentrismo foi-se afirmando a mitológica ideia de que a Europa era pré-existente a esse padrão de poder, que já era antes um centro mundial de capitalismo que colonizou o resto do mundo, elaborando por sua conta, a partir do seio da modernidade e da racionalidade. E que nessa qualidade, a Europa e os europeus eram o momento e o nível mais avançados no caminho linear, unidirecional e contínuo da espécie. Consolidou-se assim, justamente com essa

ideia, outro dos núcleos principais da colonialidade/modernidade eurocêntrica: uma concepção de *humanidade* segundo a qual a população do mundo se diferenciava em inferiores e superiores, irracionais e racionais, primitivos e civilizados, tracionais e modernos (QUIJANO, 2009, p.75)

Considerando então os apontamentos oferecidos pelos estudos decoloniais é possível identificar que a discussão sobre os *direitos humanos* não se posiciona fora dessa forma de compreender a modernidade, especialmente quando se admite que a elaboração do conceito de direitos humanos somente se dá nesse intervalo epistemológico da modernidade. Sendo igualmente necessário compreender como a *laicidade* se localiza no contexto dos estudos decoloniais.

Nessa perspectiva decolonial, Boaventura de Souza Santos (2010) vai dissecar o conceito dos *direitos humanos* na modernidade apontando quatro pressupostos que configuram esse rol de prerrogativas como expressão da colonialidade moderna. Em primeiro lugar tem-se a *existência de uma natureza humana universal* alcançável por meio da razão; em segundo tem-se o reconhecimento de *uma diferença e cisão essencial entre a condição humana e o resto da realidade*; por terceiro tem-se *uma aceção de dignidade como um dado absoluto e irreduzível exigível em face do Estado e da sociedade*, isto é, de todos os demais indivíduos e grupos e, por fim, um quarto pressuposto: *a necessidade de uma sociedade não-hierarquizada* composta de sujeitos livres para a concretização da *autonomia das vontades*. Santos (2010) destaca de pronto que esse conjunto rígido de pressupostos, a despeito de apresentar-se como universal, é um reflexo invariável da ocidentalidade moderna, atendendo a uma *agenda política liberal* que acabou por esvaziar o sentido último em se elaborar um rol

de prerrogativas exigíveis por todos indivíduos e grupos em quaisquer lugares.

Identifica-se problemas de ordem ideológica, isto é, determinadas seleções ocultadas pela superfície do discurso dos DH, desdobrados daqueles processos de colonialidade do poder, quando afirma-se, pelo primeiro pressuposto: *a existência de uma natureza humana universal*, oculta-se um movimento homogeneizador que se dirige para o silenciamento de todos os traços externos àqueles selecionados pela ideia-imagem eurocêntrica, enublado a diversidade que é em si mesma traço da condição humana, reduzindo-se a condição humana a delimitação de um prévio modelo (SANTOS, 2010).

O segundo pressuposto ao fixar a ideia de *uma diferença ou cisão essencial entre a condição humana e o resto da realidade* realiza o núcleo da racionalidade científica na modernidade, isto é, a ideia do indivíduo humano como sujeito do conhecimento, aquele que o produz enquanto a natureza passa a ser algo extirpado, o objeto do conhecimento, algo que o ser humano passa a encarar como um dado manipulável, ao dispor do interesse de sujeito cognoscente. Essa cisão não apenas é o vetor da profusão da lógica da individualidade, como do próprio capitalismo, objetivando todas as coisas, inclusive os sujeitos externalizados pelo discurso desse sujeito europeu hegemônico, o sujeito universal, posicionados como objeto de conhecimento, como coisas das quais se precise dizer algo, conhecer e não como sujeitos protagonistas do conhecimento operável sobre si mesmos (SANTOS, 2010).

No terceiro pressuposto: *a aceção de dignidade como um dado absoluto e irreduzível exigível em face do Estado e da sociedade*,

observamos um desdobramento do segundo, da individualidade como lógica estrutural, dissipando interesses de grupos e necessidades próprias a eles, que deveriam integrar aquele rol de prerrogativas mínimas, tem-se uma seleção preestabelecida que atende a uma agenda que, em parte, corresponde à experiência europeia, mas que de nenhum modo pode apresentar-se como reflexo da historicidade mundial por uma razão óbvia, a exclusão de todos os demais povos de sua elaboração. Finalmente, no quarto pressuposto: *a necessidade de uma sociedade não-hierarquizada* temos a ideia de que as sociedades modernas são livres e de que o princípio da liberdade enquanto primeiro pilar desse modelo de sociedade deve orientar todas as escolhas, públicas e privadas na direção de uma não hierarquização. Todavia, quando consideramos as colonizações que se deram no pilar da emancipação e mesmo no pilar da regulação quando sabemos que o princípio do Mercado instrumentalizou os do Estado e da Comunidade sob seus símbolos, não podemos identificar uma não-hierarquização, ao contrário, verificamos uma clara ordenação social, rigidamente legitimada pelo Direito, para manutenção e contenção de eventuais desvios nesse modelo colonizado reduzido aos interesses mercadológicos. Logo, a afirmação de uma sociedade organizada de uma forma não-hierárquica é uma grande falácia quando se reconhece a produção de um imaginário social reflexo desses processos de colonização simbólica dos pilares modernos (SANTOS, 2010).

Essa análise também ecoa no pensamento de Santos (2010, p.90) quando é jogada luz sobre as inúmeras atrocidades realizadas em nome do “discurso generoso e tentador dos direitos humanos” sobre os povos não-europeus. Além

dessas ponderações, Boaventura sugere ainda *quatro apontamos críticos* a respeito do discurso dos direitos humanos: 1. a elaboração da Declaração Universal de 1948 foi um movimento dirigido à atender um projeto de poder hegemônico ocidental eurocêntrico, sendo excluído deliberadamente de sua elaboração a maioria dos povos do mundo e suas demandas locais; 2. a hipervalorização dos direitos individuais em detrimento dos coletivos, favorecendo a racionalização individualista da sociedade de mercado a despeito de necessidades explicitamente coletivas; 3. a prioridade dada aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais que assim como o segundo apontamento refletem uma seleção nitidamente liberal de delineamento social em favor da lógica mercadológica; 4. o reconhecimento do direito à propriedade privada sem todas as inevitáveis ressalvas e reparações, tendo em conta os milhares despropiados, em todos os povos, vitimados pelas violências patrimoniais anteriores aos regimes democráticos (práticas espúrias de aquisição de propriedades diversas, como aquelas realizadas no período feudal, as grilagens nos regimes de direito, os favores ilegítimos e prévios e posteriores aos Estados democráticos, as heranças de períodos também anteriores aos processos democráticos ou ainda a dinâmica patrimonial própria às práticas abolicionistas não reparadoras que inseriam nas sociedades onde se praticaram a escravidão massas de indivíduos e grupos despropiados e instantaneamente vitimadas pela pobreza). A ideia de estruturar o Estado para defesa da propriedade privada contra os despropiados é em si mesma uma violência ao servir como silenciamento à quaisquer insurgências orientadas

para a produção de igualdade no direito à propriedade (SANTOS, 2010).

#### 4.2 A LAICIDADE COMO INSTRUMENTO DA COLONIALIDADE DO PODER E A IDENTIDADE SUBALTERNA DO OUTRO NA MODERNIDADE

Ao abordar os modos de implementação dos regimes laicos nas instaurações dos Estados modernos, tanto Catroga (2010) quanto Pena-Ruiz (2003) apontam as diferentes formas de percepção e efetividade da norma laicidade que, a despeito de ser em toda a modernidade admitida dogmaticamente como um *regime de separação entre Estado e o elemento religioso*, a *prática laica*, por outro lado, diferencia-se profundamente em cada ordenamento jurídico onde se buscou sua aplicação. Os autores vão então dizer que várias são as *laicidades*<sup>24</sup>, de modo que o fenômeno, como diria Catroga (2010, p.360), poderia ser classificado entre ‘laicidades’, ‘quase-laicidades’ e ‘não-laicidades’, categorização que dependeria dos níveis de participação de religiões nas decisões públicas, tendo como ponto de partida aqueles Estados que efetivamente procederam a saída do religiões da esfera pública até aquele nível em que a participação de uma dada religiosa privada determinando conteúdos públicos, mesmo para aqueles não partícipes daquela religião. Já Pena-Ruiz (2003, p.194) vai separar as laicidades a partir de critérios de avaliação, por meio dos quais seria possível distinguir as laicidades entre ‘laicidade-estrita’ e as ‘não-laicidades’.

No entanto, uma observação mais detida pode elucidar que a diferenciação entre os regimes denunciada pelos autores, a saber, os distintos modos de efetivação *das laicidades* aproximam-se todos em um ponto: o aspecto colonial do regime de separação.

A laicidade na modernidade apresentou-se de modos singulares em cada país que buscou sua inclusão nos regimes políticos democráticos. No entanto, cada um deles a seu modo, preservando em certa medida, diferenciações sociais entre as religiões, distanciando-se da premissa inicial de igualdade entre os credos, de modo que, a ideia de laicidade e, mais precisamente, de Estado laico ou Estado provedor de uma igualdade de credos, acaba por afetar não este Estado, mas antes, as relações sociais que se miram nessa premissa para se realizarem socialmente. A *ideia de laicidade*, singularmente aplicada em cada lugar nos Estados modernos<sup>25</sup>, estabeleceu modos específicos de interação social, operando uma classificação social das religiões, dividindo-as entre aquelas mais próximas e mais distantes do poder estatal, de sua instrumentalização, ou ainda, diferenciou-se as religiões – e seus adeptos – entre aquelas mais autorizadas ao trânsito e gozo no espaço público e aquelas menos autorizadas ou mesmo desautorizadas. Nesse processo, os *sentidos de laicidade* – disparados pelas práticas sociais produzidas desde os atos estatais (no legislativo, executivo e judiciário) –, vão, gradativamente, legitimar as diferenciações em cada lugar, naturalizando-as. Naturalizando a subalternidade

<sup>24</sup> Vide Fernando Catroga, *Entre deuses e Césares*, 2010; Henri Pena-Ruiz, *Dieu et Marianne. Philosophie de la laïcité*, Paris, PUF, 1999; *La laïcité*, Paris, Garnier-Flammarion, 2003; *Histoire de la laïcité. Genèse d'un idéal*, Gallimard, 2005; *La laïcité pour l'égalité*, Paris, Mille et une nuits, 2001; *La laïcité, textes choisis*, Paris, Garnier-

Flammarion, 2003; *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris, Gallimard, 2003.

<sup>25</sup> Sobre a singularidade das aplicações laicas, vide Fernando Catroga, *Entre deuses e Césares*, 2010 e Phablo Freire, *Laicidade Ficta, Democracia Urgente*, 2017.

que gradativamente impregna a experiência das religiões dispareas daquelas hegemônicas, isto é, aquelas que não refletiam a imagem eurocêntrica.

Assim como as promessas modernas não se dirijam para uma efetividade, mas sim, para uma conformação específica dos sentidos em um processo de *colonialidade do poder*, a laicidade não se perfez de outro modo, dirigindo-se não para produção de uma igualdade entre as religiões, mas, ao contrário, acabou por efetivar para uma diferenciação específica das posições sociais e das identidades que se desdobraram dessas práticas.

A laicidade então, a despeito da pluralidade de sua aplicação jurídica, vai operar efeitos de diferenciação social e subalternização dos grupos e indivíduos identificados pelos caracteres daquelas religiões não reflexas da imagem eurocêntrica. De maneira que aquilo que é tratado em Catroga (2010) e Pena-Ruiz (2003) como ‘quase-laicidades’ ou ‘não-laicidades’ vai ser classificado por Neves (2011) – em seus estudos sobre efetividade das normas –, como legislação (laica) simbólica, nas modalidades legislação-confirmação-de-valores e legislação-álibi, tendo em vista a diferenciação social que se opera e a seleção de elementos e motivos religiosos na atuação do Estado e, posterior, inercia verificada em razão da ideia da afirmação jurídica de um Estado laico. Entretanto, a partir dos estudos (de)coloniais é necessário posicionar a laicidade para além dessas análises.

Os processos de naturalização das exclusões e violências dirigidos às religiões não-hegemônicas, isto é, a flagrante diferenciação social entre os credos, observada sobretudo na ausência destas nos espaços de poder e protagonismo na elaboração social, não é mero produto de uma inefetividade da laicidade, é antes, com feito, um desdobramento de

um modo específico de organização do imaginário social, a manipulação do repertório de sentidos, tensionado pela colonialidade do poder forçando uma contínua elaboração dos espaços possíveis para experiência social *estimando* grupos hegemônicos e *estigmatizando* aqueles não-hegemônicos, invisibilizando e naturalizando a distribuição do poder entre aqueles que são autorizados a protagonizar o espaço público e aqueles que devem permanecer à margem. Opera-se, sob o manto de uma laicidade, a cisão social entre o *sujeito hegemônico*, aquele que detém em sua experiência os signos eurocêntricos e o *outro subalterno*, ou seja, todos os demais.

A laicidade, nos contornos sócio-jurídicos ora observados, configura-se como instrumento da colonialidade do poder apto a operar uma forma específica de *alienação*, marcada pelo posicionamento dos sujeitos subalternos – e mesmo dos hegemônicos – fora dos processos de elaboração e distribuição do poder, reduzindo-os a condição de produto dessas dinâmicas, implicando as subjetividades pela ausência, tornando-os alheios às causas de sua subalternidade, apoiados na expectativa de um futuro isonômico a ser produzido pela promessa reticente da laicidade. Nesta medida, o *sentido de efetividade* para todos aqueles direitos atrelados à garantia laica (a parcela dos Direitos Fundamentais reflexo dos Direitos Humanos) resta implicado pelos sentidos coloniais, pela reticência laica (colonial). Nesta medida, aponta-se a necessidade e urgência do desenvolvimento de novos sentidos e usos para a laicidade, com efeito, um outro conteúdo que reposicione o *outro*, numa redistribuição do poder em perspectiva decolonial, implicando práticas de ressignificação interculturais como uma

possibilidade de reestruturação dos conteúdos dos DH com vistas à superação da subalternidade.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para descolonizar o ocidente: más allá del pensamiento abismal**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2010.

## Referencial

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CATROGA, Fernando. **Entre deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil, uma perspectiva histórica**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FREIRE, Phablo. **Laicidade Ficta, Democracia Urgente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GAUCHET, Marcel. **Le désenchantement du monde**. Paris: Gallimard, 1985.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LOREA, Roberto Arriada, et al. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

PENA-RUIZ, Henri. **Qu'est-ce que la laïcité ?**. Paris: Gallimard, 2003.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e Classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Orgs.) **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_Quijano.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf). Acesso em: jun 2019.

**Recebido em:** 08 de março de 2020

**Avaliado em:** 10 de agosto de 2020

**Aceito em:** 12 de outubro de 2020

**1** Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Psicologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF), Especialista em Gestão Pública pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE) e em Direito Constitucional Aplicado pela Damásio Educacional e Docente do Colegiado de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). Coordenador do Núcleo de Pesquisa (NPQ) da Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF) e Coordenador do grupo de estudos e pesquisa DCP (Democracia Crítica e Processos Psicossociais), desenvolve pesquisas nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Sociologia Jurídica.

E-mail: [phablo-freire@hotmail.com](mailto:phablo-freire@hotmail.com)