

Ana Alice de Carli  
Clarissa Brandão de Carvalho Kowarski  
Marco Aurélio Lagreca Casamasso  
*Organizadores*

TEMAS DE DIREITO  
CONSTITUCIONAL  
CONTEMPORÂNEO



 **FAPERJ**  
Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo  
à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro

  
EDITORA  
PROCESSO

## TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

**A**gua e Saneamento. Cidadania Fiscal. Competência em  
Matéria Ambiental. Constitucionalismo Digital e Direitos  
Sociais. Constitucionalismo e Justiça Ecológica. Constituição  
e Democracia. Efeito Pullback e Jurisdição Constitucional. Federalismo  
Cooperativo. Liberdade de Expressão e Imunidade Material dos  
Parlamentares. Mínimo Existencial e Reserva do Possível. Políticas  
Públicas Culturais. Reforma Tributária Sistema Prisional e Estado de  
Coisas Inconstitucional. Supremacia Constitucional.

### AUTORES

Adilson de Paulo de Almeida Júnior

Ana Alice de Carli

André Luiz Maluf

André Vinícius Alves Moreira

Bárbara Rhaíssa P. de Lima

Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Edson Amaral

Elizabeth Rosa de Mello

Felipe de Melo Fonte

Flávio Ahmed

Guilherme Pereira Andrade

João Paulo Martinelli

Jorge Isaac Torres Manrique

José Irialdo Alves O. Silva

José-Ricardo Pereira Lira

Leonardo Costa de Paula

Letícia Agostinho Mouro

Marcelo Guerra Martins

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marcus Wagner de Seixas

Matheus Vidal Gomes Monteiro

Nathália de Oliveira Sampaio do Nascimento

Tônia Andrea Horbatiuk Dutra

Waleska Marcy Rosa

William Paiva Marques Júnior



ISBN: 978655378318-8



[www.editoraprocesso.com.br](http://www.editoraprocesso.com.br)

## Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP, Mestre em Teoria do Estado e da Constituição e Bacharel em Direito pela PUC-RIO. Professor Associado do Curso de Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF- Volta Redonda). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-UFF). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Constitucional (GEDCON/UFF).

## Ana Alice de Carli

Pós-doutoranda no PPGCJ/UFPB.. Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social. Professora do Curso de Direito da UFF/VR. Professora do Mestrado em Tecnologia Ambiental na UFF. Professora/pesquisadora do PPGBIOS (UFF/Uerj/UFRJ/Fiocruz). Coordenadora Adjunta do PPGBIOS/UFF. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito (GEMADI/UFF). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Constitucional (GEDCON/UFF). Membro da Comissão Ambiental da OAB/RJ. Membro da Comissão Temática de Ética Ambiental da Sociedade Brasileira de Bioética, seccional RJ.

## Clarissa Brandão de Carvalho Kowarski

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGD-UFF). Mestrado e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

**TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL  
CONTEMPORÂNEO**



Ana Alice De Carli  
Clarissa Brandão de Carvalho Kowarski  
Marco Aurélio Lagreca Casamasso  
*Organizadores*

# TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Prefácio  
*Joaquim Falcão*



Rio de Janeiro  
2025

EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

[www.editoraprocesso.com.br](http://www.editoraprocesso.com.br)

[www.catalivros.com.br](http://www.catalivros.com.br)

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2025 - Ana Alice de Carli, Clarissa Brandão de Carvalho Kowarski, Marco Aurélio Lagreca Casamasso (Organizadores)

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial da Editora Processo*

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade (*In memoriam*)

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlín Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Carlos Martins Neto

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Gustavo Pereira Leite Ribeiro

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont' Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

*Diagramação* - Mariana Carvalho

*Capa* - Alexander Marins

C346t

Carli, Ana Alice de , Clarissa Brandão de Carvalho Kowarski, Marco Aurélio Lagreca Casamasso (Organizadores)

Temas de Direito Constitucional Contemporâneo / Ana Alice de Carli, Clarissa Brandão de Carvalho Kowarski,  
Marco Aurélio Lagreca Casamasso (Organizadores)

Rio de Janeiro: Processo, 2025

334p. ; EBOOK

ISBN - 978655378318-8

1. Temas de Direito Constitucional Contemporâneo. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

*Printed in Brazil*

O Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF) – atualmente Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-UFF) – e os organizadores expressam os seus sinceros agradecimentos à Fundação de Amparo e Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ –, pelo financiamento desta obra por meio do Edital de Apoio para Programas e Cursos de Pós-Graduação *Stricto Sensu*.



## PREFÁCIO

# ALÉM DO APENAS DISCIPLINAR

Houve épocas em que os limites do conhecimento jurídico eram bem definidos. Qualquer manual de tributário, de civil, de constitucional ou outro tinha que primeiro comprovar que se referia a uma disciplina autônoma — e com fundamento científico. Foi época de um formalismo internamente fragmentado pela disciplinaridade.

Mas disciplina é apenas técnica de organização social do conhecimento, a partir da qual se delineiam currículos, instituições, profissões, remunerações, códigos e tantos mais. Não produzem conhecimento por si só.

Hoje, mudou.

Em uma arquitetura disciplinar de solidões, o conhecimento jurídico não se conteve. Misturou-se dentro de si mesmo. O exemplo mais óbvio é que o direito processual civil não se separa do direito civil. O direito trabalhista não se separa do direito de processo do trabalho.

No projeto da Escola de Direito da FGV Rio, as disciplinas de processo penal, por exemplo, não se distinguem da disciplina de direito penal. O conhecimento jurídico virou intradisciplinar. E não parou por aí. O próprio direito processual é hoje em dia muito mais um planejamento estratégico judicial do que uma fábrica de conhecimento.

A disciplina solitária de pretensões de cientificidade foi se desvelando. Um exemplo bastante expressivo é o da Teoria Geral do Estado. Uma disciplina criada na época da ditadura de Getúlio Vargas. Inserida como obrigatória nos currículos das faculdades de Direito.

Como um antídoto: a disciplina de Direito Constitucional, sobretudo a liderada pela Universidade de São Paulo. Aquela outra pregava o autoritarismo. Esta defendia a Democracia.

Conta Gilberto Freyre que as primeiras faculdades de Direito do Brasil (de Olinda, aberta antes, e de São Paulo, depois) se chamavam “Academia de Ciências Sociais e Jurídicas”. Na modelagem dessas escolas, o social vinha na frente, antes do jurídico. Depois trocaram: “Academia de Ciências Jurídicas e Sociais”.

O próprio Gilberto Freyre, nos anos 1940, foi convidado certa vez a pronunciar uma conferência na faculdade de Direito do Recife. Houve protestos. Foi chamado de meteco porque era sociólogo. Meteco era como os gregos se referiam àquele que não mora na cidade, o estrangeiro. Não era da área jurídica, então não era cidadão. Freyre não podia entrar na cidade do Direito.

A História mostrou que a sociedade, seus problemas e o conhecimento necessário para resolvê-los, ganhou complexidade. Necessitou de novos quadros intelectuais, de novas profissões, de novas instituições...

De disciplinar, a intradisciplinar, o conhecimento jurídico foi necessitando do apoio e do aporte da economia, da sociologia, da filosofia, da ciência política. Passou a ser interdisciplinar — o que ocorreu com a descentralização da regulação do currículo pelo Estado. Passou a prevalecer apenas um currículo mínimo. Criou-se um espaço de liberdade para se reimaginar o modelo único de conhecimento e práxis.

O passo seguinte foi óbvio. A política e o mercado financeiro necessitavam de pessoal com conhecimento de finanças, economia, administração para enfrentarem e tecerem a nova sociedade. Não bastavam as disciplinas jurídicas internamente juntas: a intradisciplinaridade. Nem mesmo o “namoro” interdisciplinar agora explícito com as disciplinas de ciências sociais.

Apenas uma reorganização técnica do conhecimento não era suficiente. Foi preciso a transdisciplinaridade. Ou seja, um conhecimento muito além do formalismo legal dos regimes políticos autoritários da Teoria Pura do Direito. O Direito não é puro.

Constituição, por exemplo, é texto, interpretação e eficiência. É instituição. Mutante. É social, filosófica, histórica, política. É, por último, jurídica. É “ata do Pacto Social”, na moderna e sintética definição de Frei Caneca.

Mais ainda. A Constituição pode ser também entendida como a formalização de um desejo. É objeto também de um entendimento transdisciplinar, transjurídico e transpsicológico.

Desejo que, no entanto, pode ou não se realizar. Nessa busca, todo desejo pressupõe uma incerteza. Dever ser, não significa obrigatoriamente ser. Na verdade a Constituição do Estado é um desejo de futuro. A execução dessa Carta é, portanto, a “carnificação do desejo”, para homenagear Fernanda Montenegro.

Interpretar a Constituição é incompatível com o jurisdicismo unívoco. Interpretar a Constituição é, antes de tudo, interpretar a norma da e na sociedade. Novos contextos, novas maturidades, novos envelhecimentos. Normas também envelhecem e decaem. Conhecimentos também. Novos arranjos, novos desejos, novos problemas.

Felipe Fonte ousa mais. Sugere que a Carta adquiriu outro papel — ou deva adquirir. Nesses tempos de turbulência, de insegurança, “as constituições poderiam (e deveriam) funcionar como uma gramática política comum”. São alicerces mínimos, desejos coletivos sobre os quais repousam os regimes democráticos. São bússolas — como diz ele.

Diante da mudança acelerada, de problemas cada vez mais complexos, qual a tarefa dos criadores, aplicadores, intérpretes e pensadores contemporâneos do Direito?

Só vejo uma: continuarem a reinventar o processo, a cadeia de produção, daquilo além do jurídico.

É preciso exercer liberdade sem muros de Berlim, além das muralhas da China. Encontrar o acaso. Forjar o novo. Como diria o poeta Manoel de Barros: “Repetir. Repetir. Repetir até ficar diferente”. Chegamos aos tempos das indisciplinaridades. Toda certeza traz dentro de si o germe da incerteza. É preciso sempre tocá-lo com a mão da nova realidade.

Esta direção é que molda este livro. A ousadia do novo é diretriz de Ana Alice de Carli, como profissional intelectual muito além do apenas jurídico. Sabe olhar o mundo em várias lentes.

Ana Alice De Carli, Clarissa Kowarski e Marco Aurélio Lagreca Casamasso expressam aqui o prestigioso dever de pavimentar essa via. São, neste livro, maestros desta orquestra de importantes co-

legas. Uma orquestra às vezes até dissonante, como deve ser no ambiente acadêmico. Pluralistas. Contraditórios. Uns mais platônicos, outros mais aristotélicos. Mas com reflexões que transpõem o jurídico. Que têm como base a realidade. Que lidam com problemas atuais, importantes. Que pensam a posição da Constituição no mundo de hoje, no digital, no transnacional.

Vejam a simples noção antes tão física e palpável de território e hoje tão etérea. Torna difícil o próprio delinear das jurisdições.

Temas que assumem prioridade no novo contexto deste século XXI. Estão aqui direitos fundamentais, regulação da água e direito à saúde. Tecnologia ambiental. Além da defesa da liberdade de expressão. Ana Alice De Carli trata com maestria.

Marco Aurélio Lagrega, doutor pela PUC-SP, professor e pesquisador da pós-graduação em Direito da UFF analisa, com André Luiz Maluf, a proteção de direitos fundamentais a partir da história constitucional dos Estados Unidos.

Traz o livro pontos de vista internacionais também.

Este livro estimula pensar e fazer ao mesmo tempo.

E permitam que aqui terminem estas breves sugestões com o otimismo pessimista ou a inutilidade do útil, do pernambucano João Cabral de Melo Neto:

“Fazer o que seja é inútil. Não fazer nada é inútil. Mas entre fazer e não fazer

Mais vale o inútil do fazer.” *Avanti*. Muito obrigado.

**Joaquim Falcão\***

---

\* Professor de Direito Constitucional. Membro da Academia Brasileira de Letras (ABL). Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Conselheiro do Centro Brasileiro de Relações Internacionais (CEBRI).

# SUMÁRIO

## **CAP. 1 - A CIDADANIA FISCAL PLÚRIMA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132/2023 - *Elizabete Rosa de Mello***

1. Introdução .....	1
2. Conceito de cidadania fiscal.....	2
3. A cidadania fiscal plúrima sob seu aspecto espacial .....	3
4. As alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 132/2023 em relação a cidadania fiscal plúrima.....	7
5. Conclusões.....	11
Referências .....	12

## **CAP. 2 - A GARANTIA DOS DIREITOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO: REFLEXÕES À LUZ DO GARANTISMO, DO RACISMO AMBIENTAL E DAS REGIÕES SUBMETIDAS À ESCASSEZ - *Bárbara Rhaíssa P. de Lima e José Irivaldo Alves O. Silva***

1. Introdução .....	15
2. A Governança inadequada da água: um reforço às opressões institucionais .....	17
3. O abastecimento de água no Rio Grande do Norte .....	24
4. A inadequação da natureza implícita do direito fundamental à água e ao saneamento: a garantia na positivação .....	28
5. Conclusão .....	32
Referências .....	33

## **CAP. 3 - A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: CONCEITO E FUNDAMENTOS - *Felipe de Melo Fonte***

1. Introdução: a constituição definida como <i>supremacia</i> .....	37
2. A supremacia constitucional: significado prático.....	39
3. A supremacia constitucional: possíveis fundamentos .....	41

3.1. A teoria do pré-compromisso (Jon Elster) .....	44
3.2. A teoria dos momentos constitucionais (Bruce Ackerman) .....	48
3.3. Outras ideias a respeito da supremacia constitucional.....	50
4. Conclusão .....	52
Referências .....	53

**CAP. 4 - AS ESFERAS PÚBLICAS PARTICIPATIVAS E INSTITUCIONALIZADAS NO FOMENTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS: O RETORNO À QUALIDADE DA REPRESENTAÇÃO - *Claudia Tannus Gurgel do Amaral***

1. Introdução .....	57
2. Participação social e a Constituição brasileira de 1988 .....	58
3. Cultura e participação social: O Conselho Nacional de Política Cultural e as Conferências Nacionais .....	65
3.1. O direito à cultura: um pouco da história brasileira.....	65
3.2. O Conselho Nacional de Políticas Culturais: Alguns aspectos .....	67
3.3 Das Conferências Nacionais sobre cultura: alguns aspectos.....	68
4. A tentativa de colapsar o modelo participativo e seu ressurgimento .....	71
5. Considerações finais .....	73
Referências .....	74

**CAP. 5 - Competência da União em matéria Ambiental, de políticas nacionais setoriais e pacto federativo: desafios para a adequada gestão de resíduos sólidos em face da previsão dos acordos setoriais de logística reversa - *Flávio Ahmed e José-Ricardo Pereira Lira***

1. Introdução .....	75
2. Notas sobre repartição de competências federativas .....	77
3. Políticas Nacionais como norma geral.....	80
4. A PNRS e o federalismo ecológico .....	85
5. O Acordo Setorial e os Termos de Compromisso, soluções consensuais concebidas em lei nacional como instrumento de regulação, e o pacto federativo.....	87
6. Conclusão .....	93
Referências .....	93

**CAP. 6 - CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E DIREITOS SOCIAIS: OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NA SAÚDE E NA EDUCAÇÃO - *André Vinícius Alves Moreira, Letícia Agostinho Mouro e Waleska Marcy Rosa***

1. Introdução .....	95
2. Constitucionalismo digital: breves considerações .....	96
3 Constitucionalismo digital e direitos sociais.....	100
4. Desafios da transformação digital sobre o direito à saúde e o direito à educação.....	106
5 Considerações finais .....	111
Referências .....	112

**CAP. 7 - CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E RESPOSTA CORRETA - *Matheus Vidal Gomes Monteiro***

1. Considerações iniciais.....	117
2. Constituição, normatividade e outros tópicos.....	121
3. Complementações Hermenêuticas .....	129
4. Considerações finais .....	136
Referências .....	137

**CAP. 8 - DEMOCRACIA Y DESINFORMACIÓN DEMOCRÁTICA. UNA MIRADA CRÍTICA CONTEMPORÁNEA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - *Jorge Isaac Torres Manrique***

1. Introducción .....	141
2. Naturaleza e importancia de la democracia.....	142
3. ¿Qué debemos entender por democracia?.....	143
4. La desinformación como amenaza a la democracia.....	144
4.1. Medios de prensa.....	144
4.2. Redes sociales.....	145
5. Democracia convencional y digital, como salvaguardas de la democracia.....	145
5.1. Democracia Convencional .....	145
5.2. Democracia digital.....	146
5.3. Importancia del combate a la desinformación y democracia	
Democracia participativa.....	146

6. Desafíos de los derechos fundamentales a la información y democracia.....	146
6.1. Respeto de los desafíos de los derechos fundamentales a la información.....	146
6.1.1. Transparencia y acceso a la información pública .....	146
6.1.2. Rendición de cuentas.....	146
6.1.3. Gobernanza tradicional.....	146
6.1.4. Gobernanza en Internet.....	147
7. Respeto de los desafíos al derechos fundamental a la democracia .	148
7.1. Sistema de administración de justicia.....	148
7.2. Pírricas victorias electorales .....	148
7.3. Concreción de la nueva agenda de derechos .....	149
7.4. Corrupción.....	149
7.5. Gobernabilidad .....	149
7.6. Cooperación.....	150
7.7. Consensos políticos .....	150
7.8. Democracia participativa .....	150
7.9. Cohesión social.....	151
7.10. Derechos humanos en línea .....	151
7.11. La Red.....	154
7.12. Sostenibilidad.....	155
7.13. Proscripción de la egolatría y mesianismo .....	155
7.14. Principios de la Administración.....	156
8. Conclusiones.....	157
9. Sugerencias .....	158
Referencias .....	158

**CAP. 9 - EXECUÇÃO PENAL E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - *João Paulo Martinelli***

1. Introdução .....	161
2. Execução penal: conceito e finalidades.....	162
3. Princípios constitucionais que regem a execução penal .....	163
3.1. Princípio da dignidade humana .....	163
3.2. Princípio da culpabilidade.....	164
3.3. Princípio da intranscendência da pena.....	165

3.4. Princípio da legalidade .....	165
3.5. Princípio da individualização da pena .....	166
4. A Lei das Execuções Penais (LEP) e seu regramento.....	167
5. Realidade dos fatos e o Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos .....	169
6. Estado de coisas inconstitucional .....	170
7. Separação dos poderes e aplicação da lei.....	172
8. Conclusões.....	173

**CAP. 10 - MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL:  
PONDERAÇÕES SOBRE CONTROLE JURISDICIONAL DAS  
POLÍTICAS PÚBLICAS NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 -  
*Adilson de Paulo de Almeida Júnior e Marcus Wagner de Seixas***

1. Introdução .....	175
2. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais.....	177
3. Ativismo judicial: notas para uma melhor compreensão .....	181
4. Noções preliminares sobre o controle jurisdicional das políticas públicas.....	187
5. O mínimo existencial e a reserva do possível .....	192
6. O controle jurisdicional das políticas públicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	195
7. Considerações finais .....	201
Referências .....	203

**CAP. 11 - O EFEITO PULLBACK NA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO  
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFERENCIAIS  
NORTE-AMERICANOS - *André Luiz Maluf e Marco Aurélio  
Lagreca Casamasso***

1. Introdução .....	209
2. <i>Marbury v. Madison</i> : o contexto político e institucional como fomentador do controle de constitucionalidade para a defesa da Constituição.....	210
3. <i>Lochner Era</i> , Roosevelt, <i>Caroline Products</i> e a criação dos escrutínios no controle de constitucionalidade .....	220
4. Considerações finais .....	229
Referências .....	229

**CAP. 12 - DO FEDERALISMO COOPERATIVO AO  
FEDERALISMO SANITÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO  
BRASILEIRO PÓS-1988 - *William Paiva Marques Júnior***

1. Introdução .....	233
2. Do federalismo clássico estadunidense ao federalismo de cooperação no texto constitucional de 1988.....	234
3. Sistemática do federalismo brasileiro na ordem jurídico-constitucional de 1988 e o reconhecimento do federalismo sanitário no contexto pós-covid.....	242
4. Considerações finais .....	254
Referências .....	256

**CAP. 13 - OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM COTEJO COM A  
EXTENSÃO DA IMUNIDADE MATERIAL DOS  
PARLAMENTARES - *Ana Alice De Carli e Nathália de Oliveira  
Sampaio do Nascimento***

1. Introdução .....	259
2. A liberdade de expressão como valor constitucional amparado na dignidade da pessoa humana .....	261
3. A liberdade de expressão: princípio e direitos fundamentais .....	263
4. A liberdade de expressão nos discursos parlamentares e o princípio da imunidade parlamentar .....	265
5. As prerrogativas parlamentares e seus limites .....	272
6. Considerações finais. ....	276
Referências .....	277

**CAP. 14 - PENSANDO O CONSTITUCIONALISMO A PARTIR  
DA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA ECOLÓGICA - *Tônia Andrea  
Horbatiuk Dutra***

1. Introdução .....	281
2. Da necessidade de repensar o constitucionalismo ecologicamente .	282
3. O Constitucionalismo Andino – um constitucionalismo ecológico transformador .....	286
4. Constitucionalismo, Democracia e Justiça Ecológica .....	290
5. Considerações Finais .....	295
Referências .....	296

<b>CAP. 15 - PERSPECTIVAS CRÍTICAS PARA ALÉM DA ADPF 347 E DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - <i>Edson Amaral, Guilherme Pereira Andrade e Leonardo Costa de Paula</i></b>	
1. Introdução .....	299
2. Reconhecimento da barbárie: a ADPF 347 e o cárcere enquanto substrato para o Estado de Coisas Inconstitucional.....	301
3.A delimitação dos horizontes: análise das teses trazidas pelo STF a partir de uma perspectiva negativa da pena .....	308
4.Considerações Finais .....	315
Referências .....	315
<b>CAP. 16 - REFORMA TRIBUTÁRIA PARA QUEM? <i>Marcelo Guerra Martins</i></b>	
1. Introdução .....	317
2. A desigualdade e a injustiça como marcas da tributação no Brasil.....	318
3. A reforma tributária: Emenda Constitucional nº 132/2023 .....	327
4. Considerações finais .....	329
Bibliografia.....	331



## AUTORES

### ***Adilson de Paulo de Almeida Júnior***

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF/PUVR). Bolsista de iniciação científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Membro do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito e do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Comunicação e Mídia, – UFF/VR. Vice-presidente da Liga Acadêmica de Direito – LADI UFF/VR.

### ***Ana Alice De Carli***

Pós-doutora em Ciências Jurídicas. Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social. Professora do Curso de Direito da UFF/VR. Professora do Mestrado em Tecnologia Ambiental na UFF. Professora/pesquisadora do PPGD/UFF/Niterói. Pesquisadora Co-fundadora do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito (GEMADI/UFF). Pesquisadora Co-fundadora do Grupo de Estudos em Direito Constitucional (GEDCON/UFF). Membro da Comissão Ambiental da OAB/RJ. Membro da Comissão de Estudos Jurídicos da OAB/RJ.

### ***André Luiz Maluf***

Mestre em Direito Constitucional pela UFF (PPGDC). Pós-Graduado em Direito Público. Estudou Diritto Pubblico Comparato na Università di Siena. Procurador Municipal de Juiz de Fora e Advogado com atuação em Direito Público.

### ***André Vinícius Alves Moreira***

Mestrando em Direito e Inovação, bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), Universidade Federal de Juiz de Fora

***Bárbara Rhaíssa P. de Lima***

Mestranda em Direito da UFPB.

***Cláudia Tannus Gurgel do Amaral***

Pós-Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – linha de pesquisa: Direito da Cidade; Professora e Adjunta e Pesquisadora da Escola de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro-UNIRIO e Professora Colaboradora no PPGD/UFRJ (Universidade Nacional de Direito).

***Edson Amaral***

Doutorando e Mestre em Direito Penal (UERJ). Doutorando em Teoria do Estado e Direito (PUC-Rio). Pós-graduado em Residência Jurídica (UFF-VR). Professor Substituto de Direito Penal (UFF-VR) e Advogado.

***Elizabete Rosa de Mello***

Doutora em Direito, Professora Adjunta das Disciplinas de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), nos Cursos de Graduação e de Mestrado, escritora e pesquisadora.

***Felipe de Melo Fonte***

Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School. Professor adjunto de Direito Constitucional da FGV Direito Rio.

***Flávio Ahmed***

Doutor e mestre em direito pela PUC-SP. Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB-RJ. Professor pesquisador do NUPEAMIA (núcleo de pesquisa em ambiente e moradia) da EMERJ. Membro titular do Fórum de direito do ambiente e do clima da EMERJ. Professor do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) de Planejamento Regional e Gestão da Cidade da Universidade Cândido Mendes / Campos dos Goytacazes.

### ***Guilherme Pereira Andrade***

Bacharelado em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF-VR). Monitor de História do Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF-VR). Orador da Equipe de Direito e Processo Penal da Universidade Federal Fluminense (EDPP-UFF). Membro do Grupo de Pesquisa de Processo Penal e Mentalidade Inquisitória (UFF-VR). Estagiário da Defensoria Pública de Barra Mansa/RJ.

### ***João Paulo Martinelli***

Advogado, mestre e doutor em Direito Penal pela USP, com pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra.

### ***Jorge Isaac Torres Manrique***

Presidente da Escola Interdisciplinar de Direito e Ciência Política, Praeeminentia Iustitia. Doutorado em Direito e Administração pela UNFV (Universidad Nacional Federico Villarreal – Peru). Codiretor Científico dos Códigos Penais Anotados do Equador, Colômbia, Chile e Panamá.

### ***José Iivaldo Alves O. Silva***

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Mestrado e Doutorado, Bolsista Produtividade 1D do CNPq.

### ***José-Ricardo Pereira Lira***

Presidente da Comissão Especial de Direito Urbanístico e Direito Imobiliário da OAB-RJ. Presidente da Comissão de Direito Urbanístico do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB-RJ. Mestrando em direito – núcleo de estudos de direitos difusos e coletivos da PUC-SP.

### ***Leonardo Costa de Paula***

Professor Adjunto de Direito Processual Penal (UFF-VR). Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Doutor em Direito do Estado (UFPR)

***Letícia Agostinho Mouro***

Mestranda em Direito e Inovação, Universidade Federal de Juiz de Fora,

***Marcelo Guerra Martins***

Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor visitante da residência jurídica da Universidade Federal Fluminense. Professor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região. Autor de livros e artigos científicos. Juiz Federal em São Paulo.

***Marco Aurélio Lagreca Casamasso***

Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP, Mestre em Teoria do Estado e da Constituição e Bacharel em Direito pela PUC-RIO. Professor Associado do Curso de Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF- Volta Redonda). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-UFF). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Constitucional (GED-CON/UFF).

***Marcus Wagner de Seixas***

Professor Adjunto IV da Universidade Federal Fluminense. Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD / UFF) com curso de extensão em *Media Law* pela University of Oxford. Bolsista em Produtividade Desenvolvimento Tecnológico e Extensão Inovadora, nível 2 - CNPq.

***Matheus Vidal Gomes Monteiro***

Mestre em BioDireito, Ética e Cidadania (UNISAL). Doutor em Direito (UNESA/RJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Líder do Grupo de Pesquisa em Jurisdição, Constituição e Processo (UFF-VDI), membro dos Grupos de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (GRUPO IB-MEC-RJ) e Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes (UNESA/RJ)

***Nathália de Oliveira Sampaio do Nascimento***

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

***Tônia Andrea Horbatiuk Dutra***

Pós-doutoranda em Direito no PPGD/UFSC, bolsista PDJ/CNPq, professora e pesquisadora, Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Autora do livro *Justiça Ecológica: territorialidades e emergências*, Lumen Juris, 2022.

***Waleska Marcy Rosa***

Doutora em Direito e Professora do Corpo Permanente de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

***William Paiva Marques Júnior***

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFC. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFC de Direito Civil II e Direito Civil V. Professor Permanente e Vice-Coordenador do PPGD/UFC.



# A CIDADANIA FISCAL PLÚRIMA E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132/2023

*Elizabete Rosa de Mello*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de cidadania fiscal. 3. A cidadania fiscal plúrima sob seu aspecto espacial. 4. As alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 132/2023 em relação a cidadania fiscal plúrima. 5. Conclusões. Referências.

## **1. Introdução**

Diante da atual Reforma Tributária que estamos vivendo no Brasil é relevante analisarmos o plúrimo conceito de cidadania fiscal para entendermos de que forma podemos concretizar direitos e garantias fundamentais.

A cidadania fiscal plúrima deve ser analisada sob seu aspecto espacial, e classificada nas seguintes espécies: local, regional, nacional, mundial ou internacional e virtual, que serão abordadas na item 2 desse Capítulo, bem como serão tratados os conceitos de processo de integração regional, de processo unilateral de abertura econômica e do processo de cooperação político-econômica para entendermos, de forma didática, a cidadania fiscal internacional.

A atuação do cidadão contribuinte, daí a expressão, cidadania fiscal é de extrema relevância, tanto de forma ativa quando cobra dos Entes Federativos a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, quanto de forma passiva quando efetua o pagamento de tributos, muitas vezes em

desacordo com sua capacidade contributiva, e quando sequer conhece os benefícios fiscais que possui.

Com a Emenda Constitucional nº 132/2023 tivemos várias alterações no Sistema Tributário brasileiro e, em consequência, na efetivação da cidadania fiscal.

A metodologia adotada nesse Capítulo é bibliográfica e crítico-dialética, pois não se restringe a uma abordagem descritiva da cidadania fiscal, irá além, pois tratará de propostas para sua concretização.

O marco teórico utilizado para analisar a cidadania fiscal plúrima será o neoconstitucionalismo, com o objetivo de valorizar os princípios na aplicação do caso concreto e dar máxima efetividade às normas constitucionais.

## 2. Conceito de cidadania fiscal

Quando nos deparamos com o conceito de cidadania reportamos ao conceito constitucional, de que cidadão é aquele que possui título de eleitor válido, ou seja, está habilitado para votar e ser votado, mas nem sempre foi este o entendimento, segundo Ricardo Lobo Torres:

A idéia de cidadania surge na antiguidade clássica. Entre os gregos e romanos a cidadania criava o elo entre o homem livre e a cidade, reconhecendo-lhe direitos e impondo-lhe obrigações, orientando-lhe a conduta cívica e despertando-lhe a consciência das virtudes.

No patrimonialismo a concepção de cidadania fica ligada ao complexo de privilégios e de regalias usufruído pelos que pertencem a determinado estamento e que, em consequência, adquirem o *status* correspondente.

Mas é com a revolução francesa que a concepção de cidadania se expande para abranger os direitos fundamentais do homem, entendidos como direitos da liberdade suscetíveis de concretização na cidade e no Estado, e os direitos vinculados à idéia de igualdade e justiça: *liberte, egalité et fraternité*, de um lado, e *Droits de l'Homme et Du Citoyen*, de outro<sup>1</sup>.

Assim, desde a época da revolução francesa devemos considerar que a cidadania abarca os direitos fundamentais do homem, consubstanciados

---

1 REZENDE. Condorcet (organizador). **Estudos Tributários**. Capítulo 28: TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania fiscal múltipla**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 459.

como direitos da liberdade, que Ricardo Lobo Torres afirma que deverão ser concretizados na cidade e no Estado, bem como os direitos intrínsecos à ideia de igualdade e de justiça<sup>2</sup>, resultando na possibilidade de o contribuinte ser tributado na medida de sua capacidade contributiva.

A qualificação da cidadania em fiscal refere-se a possibilidade de qualquer cidadão ser sujeito de direitos e obrigações nas esferas tributária e orçamentária, sob a observância dos princípios constitucionais tributários, principalmente, pelos princípios trazidos pela Emenda Constitucional(EC) nº 132/2023, daí a importância de analisarmos, respectivamente, nos itens 3 e 4 desse Capítulo, o conceito de cidadania fiscal plúrima sob seu aspecto espacial, para depois tratarmos de algumas alterações trazidas por essa EC.

### 3. A cidadania fiscal plúrima sob seu aspecto espacial

A cidadania fiscal plúrima entendida sob seu aspecto espacial, em uma primeira análise, refere-se onde deve ser tributado o contribuinte, em outros termos, onde deve ser considerado o seu domicílio tributário, para realizar o seu dever de pagar tributos.

Segundo o *caput* do artigo 127 do Código Tributário Nacional, quem elege o domicílio tributário é o próprio contribuinte, e na ausência de eleição o Ente Federado escolherá, conforme dispõem os incisos desse artigo:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante[...]<sup>3</sup>.

---

2 REZENDE. Condorcet (organizador). **Estudos Tributários**. Capítulo 28: TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania fiscal múltipla**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 459.

3 BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União,

Em uma segunda análise, a cidadania fiscal plúrima sob seu aspecto espacial poderá ser interpretada numa visão protecionista do contribuinte; de zelar por seus direitos fundamentais nas relações jurídicas com o Fisco, podendo ser classificada em diversas espécies: cidadania fiscal local, regional, nacional, mundial ou internacional e virtual.

A cidadania fiscal local refere-se a atuação do cidadão na esfera territorial dos Municípios e do Distrito Federal, não apenas no que concerne aos tributos cobrados por estes Entes Federativos, de forma (in)justa, ou exorbitante ou razoável mas, principalmente, quando da elaboração de orçamentos participativos, que podem envolver sugestões dos cidadãos em opinarem para onde deverá ser aplicado o dinheiro arrecadado a título de impostos, já que estes são não vinculados a atuação do Estado, e ninguém melhor do que os munícipes para terem legitimidade de informar a prioridade com que deverão ser gastos e geridos o dinheiro público.

Da mesma forma pode-se entender a cidadania regional e nacional, quando, respectivamente, forem abordados os tributos estaduais e federais. Salienta-se que os tributos de competência do Distrito Federal a atuação da cidadania fiscal espacial deverá ser local e regional, já que possui tem dupla competência tributária em relação aos tributos municipais e estaduais, nos termos do artigo 32, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>4</sup>.

Quanto à cidadania nacional, Ricardo Lobo Torres entende que:

A cidadania nacional surge no plano da nação e do Estado e fixa o *status* constitucional do indivíduo.

Conserva ainda o relevo para a defesa dos direitos fundamentais relativamente às questões tributárias, que culminam sempre na esfera do Judiciário Federal<sup>5</sup>.

---

Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

4 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

5 REZENDE. Condorcet (organizador). **Estudos Tributários**. Capítulo 28: TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania fiscal múltipla**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 459.

Podemos abranger na cidadania nacional, como nas outras espécies, os pleitos a serem realizados também na esfera administrativa, não somente na esfera judicial conforme citou o autor acima, já que muitas vezes pedidos de restituições de tributos e solicitações de consultas são realizados administrativamente por parte dos contribuintes ou responsáveis tributários.

A cidadania fiscal mundial ou internacional é verificável tanto no processo de integração regional, como no processo unilateral de abertura econômica, já que os contribuintes não deixarão de pagar tributos em nenhum desses processos e poderão reivindicar direitos fundamentais, por isso, a seguir serão conceituados cada um desses processos.

O processo de integração regional é um processo de cooperação político-econômica entre determinados países através de criação de regras e de algum nível de institucionalização comuns. Por outro lado, processo unilateral de abertura econômica, ocorre quando um governo promove um intercâmbio maior com um outro país, ou grupo de países, estimulando investimentos recíprocos e troca de informações, acabando por favorecer as trocas comerciais entre estes países<sup>6</sup>.

O processo de integração regional, sob uma análise econômica, comporta cinco fases, a saber: a criação de uma Zona de Livre Comércio, uma União Aduaneira, a instituição de um Mercado Comum, a União Econômica, e por fim uma Integração Econômica<sup>7</sup>. Nem todos os processos de integração regional passam por todas essas fases, vejamos o Mercosul, que visa à criação de um Mercado Comum do Sul, atualmente, objetiva chegar à terceira fase, já a União Europeia, sem dúvida o mais estruturado bloco econômico do mundo, alcançou todas as fases do referido processo, criando inclusive uma moeda única.

Tanto o Mercosul como a União Europeia tem natureza intergovernamental, isto significa que, a tomada das decisões, pressupõe a manifestação consensual de todos os integrantes do bloco econômico, e o cidadão fiscal será representado mundialmente por esses blocos. Os cidadãos fiscais internacionais poderiam participar de plebiscitos para votarem a instituição ou extinção de uma moeda única, por exemplo.

---

6 MARIANO, Marcelo Passini. **A Estrutura Institucional do Mercosul**. São Paulo: Edições Aduaneiras, 2000, p. 39.

7 GONZALES CANO, Hugo. **A Harmonização Tributária nos Processos de Integração Econômica**, Brasília: ESAF, 1986, p. 11.

Todavia “[...] o aspecto mais difícil da cidadania fiscal é o da justiça internacional, que possa redistribuir renda entre cidadãos dos diversos países”<sup>8</sup>, para tentar igualar os desiguais ou atribuir aos necessitados o mínimo existencial.

Por fim, a cidadania fiscal virtual é que ocorre no espaço cibernético (*cyberspace*), na medida em que denúncias poderão ser realizadas por meio de Centrais de Atendimentos aos Contribuintes (CAC) disponibilizadas nos sites dos Entes Federativos ou Organizações Mundiais. Todavia, nem todos esses Entes possuem páginas na *internet* ou não interagem com seus contribuintes, na medida em que muitos não disponibilizam um espaço para críticas, sugestões ou denúncias e, alguns que disponibilizam sequer respondem em tempo considerável razoável, e quando respondem as respostas geralmente são prontas, sem ater ao caso concreto específico. Ainda, sequer, a maioria dos Entes Federativos disponibilizam informações objetivas sobre a forma de calcular os tributos, as multas moratórias e punitivas, e nem de como obter os benefícios tributários, tais como imunidades, isenções, anistias, remissões, desrespeitando o princípio da transparência. A consequência de ausência de informação sobre direitos do cidadão contribuinte acarretam na sua inaplicabilidade, pois quem não tem essa informação sequer saberá requerer o que lhe é devido.

Verifica-se que a cidadania fiscal nas suas diversas interpretações plúrimas deve ser preservada para garantir aos cidadãos contribuintes direitos fundamentais, como de serem informados de forma clara e objetiva do que devem ou não devem pagar a título de tributos e penalidades tributárias, bem como de terem conhecimento de como é investido o dinheiro público arrecadado por meio dos tributos. Apesar de há muitos anos termos a Lei nº 101/2000<sup>9</sup> (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a Lei nº 12.527/2011<sup>10</sup> (Lei da transparência) que visam a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, na prática, infelizmente, nem todos os Entes Federados as cumprem nas suas integralidades.

---

8 REZENDE. Condorcet (organizador). **Estudos Tributários**. Capítulo 28: TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania fiscal múltipla**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 470.

9 BRASIL. **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: 5 abr. 2024.

10 BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

#### 4. As alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 132/2023 em relação a cidadania fiscal plúrima

A grande novidade que a Emenda Constitucional nº 132/2023<sup>11</sup> fez, foi trazer de forma expressa que o Sistema Tributário Brasileiro deverá observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente.

Assim, com fundamento nesses princípios será possível a efetivação da cidadania fiscal plúrima, na medida em que, podemos sugerir algumas aplicações, então vejamos: pelo princípio da simplicidade o contribuinte terá menos obrigações tributárias a cumprir; pelo princípio da transparência o mesmo contribuinte saberá de forma objetiva e clara como será tributado, afastando o cálculo do tributo por dentro; pelo princípio da justiça tributária, todos terão uma tributação ótima, porque somente serão tributados em valor necessário e suficiente para que os Entes Federativos possam suprir suas despesas públicas; pelo princípio da cooperação tanto contribuinte como Entes Federados ou políticos nacionais e internacionais trocarão informações para evitar sonegações e evasões fiscais. E, por fim, pelo princípio da defesa do meio ambiente o tributo será utilizado com finalidade extrafiscal, para a criação de políticas públicas por meio de leis, que viabilizem a concretização de alguns dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), principalmente, os ODS 6, 13 e 17<sup>12</sup> e, também, dos objetivos do Marco Legal do Saneamento Básico, mais precisamente, do artigo 11-B da Lei nº 14.026, de julho de 2020<sup>13</sup>, o que será tratado mais detalhadamente a seguir, diante da importância do tema e do pouco tempo para esses objetivos serem cumpridos.

Há nove anos, no ano de 2015 foi realizado um pacto entre os países membros da Organização das Nações Unidas (ONU), estabelecendo 17(dezessete) objetivos a serem alcançados<sup>14</sup>, do qual teve adesão do

---

11 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3). Acesso em: 5 abr. 2024.

12 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 5 abr. 2024.

13 BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14026.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

14 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030**

Brasil. Esses objetivos foram nomeados como Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)<sup>15</sup> e três desses, poderão ser utilizados para a proteção do meio ambiente, adiante tratados:

O ODS 6 visa a garantir a disponibilidade de água potável e saneamento para todos, bem como sua gestão sustentável e, entre suas metas, está a garantia do acesso adequado e equitativo ao saneamento e à higiene até 2030: “6.2 Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade”<sup>16</sup>.

Pelas diretrizes apresentadas do ODS 13, os países membros da ONU deverão tomar medidas urgentes nas políticas, estratégias e planejamentos nacionais para combater a mudança climática e seus impactos, no seguinte sentido:

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos

13.1 Reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação a riscos relacionados ao clima e às catástrofes naturais em todos os países

13.2 Integrar medidas da mudança do clima nas políticas, estratégias e planejamentos nacionais

13.3 Melhorar a educação, aumentar a conscientização e a capacidade humana e institucional sobre mitigação, adaptação, redução de impacto e alerta precoce da mudança do clima<sup>17</sup>.

Já o ODS 17 busca “[...] fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável”<sup>18</sup>.

E no mesmo sentido desses ODS está Lei nº 14.026, de julho de 2020, conhecida como Marco Legal do Saneamento Básico, que estabele-

---

para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: UNICRio, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2024.

15 Idem.

16 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 5 abr. 2024.

17 Idem.

18 Ibidem.

ce no seu artigo 11-B como metas para a universalização da prestação dos serviços de saneamento básico e abastecimento de água e o incentivo à prestação regionalizada: 99% de cobertura de abastecimento de água e 90% de cobertura de saneamento para a população até 31 de dezembro de 2033<sup>19</sup>.

Ora, se esses ODS e o Marco Legal do Saneamento Básico têm por finalidade metas tão próximas, respectivamente, para os anos de 2030 e de 2033, em relação ao fornecimento de água potável e saneamento básico adequado, evidentemente, que o meio ambiente deverá ser preservado e protegido para que isso ocorra, devendo o cidadão contribuinte cobrar do Poder Público políticas públicas para o cumprimento dessas metas.

Outra alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 132/2023 foi em relação ao imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD), passando esse imposto ser cobrado no Estado onde estava domiciliado o *de cuius* ou o doador ou no Distrito Federal, conforme o atual inciso II do §1º do artigo 155 da CRFB/1988<sup>20</sup>. Evitando dessa forma, qualquer controvérsia, já que levar-se-á sempre em consideração o último domicílio do falecido ou do doador, e esse doador poderá ser pessoa física ou pessoa jurídica. Assim, diante de diversos domicílios informados por ambos, o último domicílio é o que será considerado para efeito de transmissão dos bens e definição de qual Estado ou Distrito Federal irá ter capacidade tributária para cobrar esse imposto.

Ainda, em relação ao ITCMD, a referida EC estabeleceu em seu artigo 16:

[...] Até que lei complementar regule o disposto no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal, o imposto incidente nas hipóteses de que trata o

---

19 Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

20 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3). Acesso em: 5 abr. 2024.

referido dispositivo competirá:

[...]

III - relativamente aos bens do de cujus, ainda que situados no exterior, ao Estado onde era domiciliado, ou, se domiciliado ou residente no exterior, onde tiver domicílio o sucessor ou legatário, ou ao Distrito Federal<sup>21</sup>.

O que se pode concluir que mesmo na ausência de Lei Complementar, o ITCMD será instituído, como já aconteceu em relação ao IPVA<sup>22</sup>, já que a própria Constituição autorizou aos Estados e ao Distrito Federal a tributarem por meio de Lei Ordinária, o patrimônio recebido por sucessor ou legatário, mesmo proveniente do exterior.

Outra alteração importante está disciplinada no artigo 156-A da CRFB/1988, quando tratou do imposto sobre bens e serviços (IBS), mais precisamente em seu §3º que [...] Lei complementar poderá definir como sujeito passivo do imposto a pessoa que concorrer para a realização, a execução ou o pagamento da operação, ainda que residente ou domiciliada no exterior”<sup>23</sup>. O legislador constitucional utilizou o verbo “poderá” dando a impressão de que será uma faculdade do legislador complementar considerar como sujeito passivo qualquer pessoa, física ou jurídica, que ajudar na realização ou na execução ou no pagamento da operação ainda que essa pessoa seja residente ou domiciliada no exterior, daí um problema crucial, estaremos considerando responsáveis solidários, tanto quem realiza a operação como quem ajuda a realiza-la, mas o artigo 124, inciso I do CTN<sup>24</sup> estabelece que a solidariedade somente decorre da Lei

---

21 Idem.

22 O IPVA é a sigla que se referia ao imposto sobre a propriedade de veículo automotor, que no final o item 4 desse Capítulo será tratada sobre a sua nova nomenclatura alterada pela EC nº 132/2023. E até a data da elaboração do Capítulo desse livro não foi instituída Lei Complementar para tratar de normas gerais sobre o IPVA, e nem por isso, esse imposto deixou de ser instituído pelos Estados brasileiros, já que o artigo 24, inciso I da CRFB/1988 autoriza que todos os Entes Federados (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) a legislem concorrentemente sobre Direito Tributário, no sentido de proporem projeto de lei, para tributarem o IPVA na ausência de Lei Complementar.

23 BRASIL. **Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3). Acesso em: 5 abr. 2024.

24 BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em:

e não da vontade das partes, assim, para que um residente ou um domiciliado no exterior responda pelo pagamento do IBS isso deverá estar definido em Lei de forma expressa, como espécie de responsabilidade solidária.

Por fim, outra alteração que merece destaque realizada pela EC nº 132/2023 foi em relação ao IPVA, que passa não mais incidir somente sobre a propriedade de veículos automotores terrestres, incidirá também em relação aos veículos aquáticos e aéreos, ficando assim de acordo com os princípios da isonomia e da justiça tributária, na medida em que serão excetuados de sua cobrança: aeronaves agrícolas e de operador certificado para prestar serviços aéreos a terceiros; embarcações de pessoa jurídica que detenha outorga para prestar serviços de transporte aquaviário ou de pessoa física ou jurídica que pratique pesca industrial, artesanal, científica ou de subsistência; plataformas suscetíveis de se locomoverem na água por meios próprios, inclusive aquelas cuja finalidade principal seja a exploração de atividades econômicas em águas territoriais e na zona econômica exclusiva e embarcações que tenham essa mesma finalidade principal; tratores e máquinas agrícolas<sup>25</sup>.

Foram destacadas apenas algumas alterações constitucionais, que deverão ser implementadas respeitando todos os princípios constitucionais existentes antes e depois da EC nº 132/2023, garantindo ao contribuinte ou responsável tributário informações precisas sobre o que, quando, como e onde deverá cumprir o seu dever de pagar tributos, e como e em quais proporções serão investidos os valores arrecadados. A demora na criação de Leis Complementares para concretizar o direito fundamental à informação poderá causar danos irreparáveis, ocasionando bitributação e *bis in idem*, mas isso já é assunto para outro momento de reflexão.

## 5. Conclusões

O cidadão contribuinte tem cidadania fiscal seja local, regional nacional, mundial ou internacional ou virtual, tem o direito fundamental a transparência das informações, ao atendimento célere e, principalmente,

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

<sup>25</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3). Acesso em: 5 abr. 2024.

que os valores a título de impostos sejam cobrados de acordo com sua capacidade contributiva e sejam empregados na concretização dos direitos fundamentais.

Os valores arrecadados a título de tributos deveriam custear os direitos e garantias fundamentais, mas diante da falta de controle e fiscalização, esses valores muitas vezes são enviados para os denominados “paraísos fiscais” quando deveriam ser investidos no país onde se originou a riqueza.

E a Emenda Constitucional nº 132/2023 alterou a Constituição da República Federativa do Brasil trazendo de forma expressa os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente, que se concretizados, teremos o melhor Sistema Tributário do mundo.

## Referências

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.
- BRASIL. **Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências., [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7217.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7217.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm#art3). Acesso em: 5 abr. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Brasília, DF:

Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

**BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

**BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm). Acesso em: 5 abr. 2024.

**BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. 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: 5 abr. 2024.

GONZALES CANO, Hugo. **A Harmonização Tributária nos Processos de Integração Econômica**, Brasília: ESAF, 1986.

MARIANO, Marcelo Passini. **A Estrutura Institucional do Mercosul**. São Paulo: Edições Aduaneiras, 2000.

- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 5 abr. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: UNICRio, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2024.
- REZENDE. Condorcet (organizador). **Estudos Tributários**. Capítulo 28: TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania fiscal múltipla**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# A GARANTIA DOS DIREITOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO: REFLEXÕES À LUZ DO GARANTISMO, DO RACISMO AMBIENTAL E DAS REGIÕES SUBMETIDAS À ESCASSEZ

*Bárbara Rhaíssa P. de Lima*

*José Ivaldo Alves O. Silva*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Governança inadequada da água: um reforço às opressões institucionais. 3. O abastecimento de água no Rio Grande do Norte. 4. A inadequação da natureza implícita do direito fundamental à água e ao saneamento: a garantia na positivação. 5. Conclusão. Referências.

## 1. Introdução

O acesso à água potável e as demais modalidades de serviços sanitários compõem o que se entende por saneamento básico. Em que pese ser considerado um direito humano, gradativamente aprimorado por meio das resoluções formuladas nas conferências promovidas pela ONU, desde 1977; no que se refere à água, ainda é perceptível que uma considerável parcela de seres humanos não consegue acessar o serviço.

Nesse sentido, embora o acesso à água e ao saneamento básico conste entre os objetivos de desenvolvimento sustentável, mais especificamente o de número 6, apresentados pela Organização das Nações Unidas, no mundo todo, a realidade demonstra uma situação ainda precária. É o que se constata quando os relatórios oficiais da Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) apontam ainda existirem 844 milhões de pessoas sem acesso à água e 2,3 bi-

lhões de pessoas ainda se encontram privadas dos serviços de saneamento básico<sup>26</sup>.

No Brasil, o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), relata que algo em torno de 36 milhões de pessoas não têm atendimento de uma rede de água e 36,3 milhões de habitantes não são contemplados com rede de esgoto. Quando se volta a atenção para a região Nordeste brasileira, nesses mesmos aspectos, do total de pouco mais de 57 milhões de habitantes, 42 milhões possuem atendimento com rede de água, sendo 37 milhões, na área urbana. No que se refere à rede de esgoto, apenas 17 milhões de pessoas são atendidas, e na área urbana 16,3 milhões de pessoas, 39%, em percentual<sup>27</sup>.

Ante o exposto, a pesquisa em tela, diante do panorama vivenciado, sobretudo, em países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, estabelece como objetivo a compreensão do agravamento da existência de escassez específica no abastecimento de água no estado do Rio Grande do Norte, como nas regiões periféricas, ou mesmo, afastadas dos centros urbanos. O recorte escolhido está relacionado com o problema de pesquisa a seguir apresentado: o racismo ambiental tem relação com a manutenção de políticas excludentes de acesso à água que prejudica, em maior medida, as regiões periféricas, também incluídas algumas localidades posicionadas no meio rural?

Como hipótese de pesquisa adianta-se que é necessária a positivação dos direitos fundamentais à água e ao saneamento para a elaboração de políticas que universalizem o alcance a esses direitos hoje ainda implícitos na Constituição de 1988. A metodologia da pesquisa abrange análise bibliográfica e documental relacionada ao tema do direito à água, de modo a perpassar a compreensão de como o racismo ambiental obstaculiza o acesso ao serviço para determinadas localidades e a importância da garantia constitucional explícita desses direitos.

---

26 BAYU, Tidar; KIM, Hyungjun; OKI, Taikan. **Water Governance Contribution to Water and Sanitation Access Equality in Developing Countries**. Water Resources Research, v56, n. 4, abril/2020. Disponível em: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2019WR025330>. Acesso em: 28 dez. 2023.

27 BRASIL. Ministério das Cidades. **Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento, 2021**. Disponível em <https://www.gov.br/cidades/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/painel>. Acesso em: 28 dez. 2023.

## 2. A Governança inadequada da água: um reforço às opressões institucionais

Malgrado a experiência da escassez de água em variadas partes do mundo, a segunda metade do século XX e, em continuidade, o século XXI, passaram a direcionar atenção jurídica e política em torno do problema da dificuldade de acesso ao saneamento básico de qualidade. A crescente conscientização acerca da necessidade de garantir acesso generalizado de fornecimento de água potável, diante da escassez do recurso, e serviços sanitários fez surgir o conhecimento de que ambos são serviços básicos, distintos, essenciais à garantia do direito à saúde e, portanto, deveriam constar como equivalentes no rol dos direitos humanos. Assim, passaram a ser reconhecidos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Direitos Humanos, da ONU, o que, em 2015, culminou em um dos principais objetivos da citada organização<sup>28</sup>.

Os países atentos às formulações dos organismos internacionais, buscaram garantir o direito à água e ao saneamento básico por meio de políticas públicas. Entretanto, quando a atenção se volta para a realidade dos países em desenvolvimento, o cenário ainda é comprometedor, diante do número de pessoas que vivem às margens do acesso a tais políticas, impossibilitadas, por isso, de acessar direitos fundamentais de forma mais completa.

Como visto, alhures, bilhões de pessoas não vivenciam o atendimento referente ao saneamento básico e centenas de milhões estão sem acesso à água potável. De forma proporcional, no Brasil, a precariedade abrange dezenas de milhões<sup>29</sup>. Pode-se inferir também que o desperdício de água também contribua para esse quadro, quando foi publicado, em 2012, que, para cada 100 litros de água submetida a tratamento, ao menos 37 % não são consumidos<sup>30</sup>. É possível conjecturar de antemão quais seriam os

---

28 BAYU, Tidar; KIM, Hyungjun; OKI, Taikan. **Water Governance Contribution to Water and Sanitation Access Equality in Developing Countries**. Water Resources Research, v56, n. 4, abril/2020. Disponível em: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2019WR025330>. Acesso em: 28 dez. 2023.

29 BRASIL. Ministério das Cidades. **Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento, 2021**. Disponível em <https://www.gov.br/cidades/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/painel>. Acesso em: 28 dez. 2023.

30 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli.

fatores de governança que prejudicam o acesso justo ao saneamento básico, mormente, ao acesso à água potável?

Como é possível perceber, a ausência do saneamento básico, ou mesmo a precariedade na sua promoção, para ações de provimento de água limpa e rede de esgoto submetido a tratamento, é fator preponderante para a propagação de doenças na população em geral, mas, principalmente, nas zonas periféricas, onde a experiência da mortalidade infantil, diante desse quadro, é intensificada<sup>31</sup>.

O Nordeste, especialmente no que se refere a regiões mais áridas, que sofrem com a escassez de regularidade pluvial, isto é, mais propensas a experimentar períodos de seca, experimenta pouca disponibilidade hídrica, o que, infere-se, afeta o sistema de justiça na distribuição para atender o básico das necessidades do povo em relação ao recurso<sup>32</sup>.

Essa condição, como se procura demonstrar, possui um agravante político, o qual corrobora a inadequação do acesso; um auxílio à distribuição injusta aos recursos hídricos. Quando se relaciona o objetivo de número 6 e o de número 10, da lista de objetivos de desenvolvimento sustentável, é possível perceber o quadro defeituoso e persistente.<sup>33</sup> Como de costume, o Sul Global enfrenta uma problemática de organização de políticas públicas eivadas de inconstância. Isso porque, é comum que elas sejam formuladas com base na consciência de que acesso à água potável e ao saneamento são direitos humanos fundamentais<sup>34</sup>.

Os sistemas de governança da água, nesse contexto, responsáveis pela articulação política, social, econômica e administrativa para a eficiente

---

**Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/154344>. Acesso em: 19 dez. 2023.

31 Ibid.

32 TROLEI, Adriano Lima; SILVA, Bruno Lopes da. Os recursos hídricos do Rio Grande do Norte: uma análise da vulnerabilidade territorial ao colapso no abastecimento de água. **Confins – Revista franco-brasileira de geografia**, n. 34, 2018. Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/12901>. Acesso em: 28 dez. 2023.

33 Os citados objetivos, respectivamente, para até 2030, consistem em: 6) garantir para todos e todas o acesso à água potável e gerenciamento sustentável dos recursos hídricos e saneamento; 10) redução das desigualdades, tanto entre os países quanto às desigualdades sociais percebidas internamente nos Estados.

34 BAYU, Tidar; KIM, Hyungjun; OKI, Taikan. **Water Governance Contribution to Water and Sanitation Access Equality in Developing Countries**. *Water Resources Research*, v56, n. 4, abril/2020. Disponível em: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2019WR025330>. Acesso em: 28 dez. 2023.

alocação do recurso, para os variados grupos que compõem a sociedade, são fundamentais para o estabelecimento de um fluxo propício à água potável e ao saneamento. Todavia, padecem de inadequação; esta, reconhecida como uma questão também sistêmica, não somente um mero resultado dos processos de desenvolvimento<sup>35</sup>.

Fome, violência, polarização, acentuação dos conflitos sociais e da insegurança, são exemplos dos efeitos da inadequação; eles frustram de forma demasiada as conquistas em prol do desenvolvimento e da redução da pobreza. A inadequação, portanto, deve ser percebida e quantificada, pois, assim é possível contribuir para uma mais efetiva proteção dos grupos sociais mais vulneráveis<sup>36</sup>. A inadequação, no âmbito das políticas públicas a exemplo do acesso à água e saneamento, é sentida quando a elaboração de planos e projetos não garante satisfatoriamente o atendimento às populações mais pobres<sup>37</sup>.

Tradicionalmente se sabe que a dificuldade de acesso a serviços básicos tem, nos países em desenvolvimento, ligação histórica com medidas de crescimento econômico, abertura de mercados e deliberações de descentralização nas esferas política e tributária<sup>38</sup>.

Todavia, a pesquisa procura investigar fatores relacionados à governança da água, os quais podem influenciar para a inadequação do acesso.

Uma constatação acerca dos principais fatores de inadequação relacionados à governança da água e do saneamento é o principal motivo pelo acesso inadequado da água se relaciona com a dimensão econômica da governança. No contexto do saneamento, sobressai-se a dimensão sociopolítica da governança, uma vez que, em comparação àquela é um ramo sub priorizado<sup>39</sup>.

A dimensão econômica da governança da água tem ligação direta com a crise homem-natureza. A utilização massiva do recurso, na sociedade extrativista e de crescimento autocentrado é direcionada aos processos produtivos industriais ou agronegócio. A imposição de tarifas para o uso

---

35 Ibid.

36 Idem.

37 idem

38 Idem.

39 BAYU, Tidar; KIM, Hyungjun; OKI, Taikan. **Water Governance Contribution to Water and Sanitation Access Equality in Developing Countries**. *Water Resources Research*, v56, n. 4, abril/2020. Disponível em: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2019WR025330>. Acesso em: 28 dez. 2023.

não cumpre o objetivo de resolver essa crise, senão um modelo de desenvolvimento com rigoroso filtro ecológico e soluções políticas inovadoras em prol do estado de bem-viver<sup>40</sup>.

A dimensão sociopolítica da governança, que prioriza de modo aquém do necessário o saneamento, e fortalece a inadequação do acesso, consiste no teor insatisfatório das políticas e planos formulados, os quais distanciam o acesso justo e equitativo ao saneamento, de modo a aumentar o quadro de exclusão. Os referidos instrumentos são a base para a governança; e a sua inefetividade tem o poder de afastar as comunidades mais vulneráveis do acesso adequado ao saneamento básico: favelas, ocupações, assentamentos<sup>41</sup>.

Além disso, instrumentos legais são utilizados de forma frequente a obstaculizar o acesso das referidas populações aos serviços básicos de saneamento, mesmo quando já existam técnicas de gestão apropriadas para a mitigação da escassez. São governos e proprietários os principais atores nesse impedimento, sob a justificativa de que o provimento de água e saneamento a essas localidades sirva de estímulo à multiplicação de comunidades irregulares, além da arguição do alto custo de promover o saneamento generalizado<sup>42</sup>. Outro resultado desse estado de coisas é a fragilização da confiança dos moradores das comunidades mais vulneráveis de que a autoridades competentes forneçam água e saneamento de forma adequada; o encolhimento da confiança nas instituições e a descrença no engajamento político para oportunizar a participação local das elaborações dos planos e políticas e nos processos decisórios surge como uma decorrência. Esse engajamento seria crucial para assegurar a elaboração e efetivação de políticas adequadas de acesso à água e saneamento, bem como para assegurar a sua longevidade<sup>43</sup>.

---

40 WOLKMER, Maria de Fátima S.; PIMMEL, Nicole Freiberger. Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental. *Seqüência*, Florianópolis, n. 67, p. 165-198, dez. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/h9VQzwbk3BWwDtCHNQBN76P/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 dez. 2023.

41 BAYU, Tidar; KIM, Hyungjun; OKI, Taikan. **Water Governance Contribution to Water and Sanitation Access Equality in Developing Countries**. *Water Resources Research*, v56, n. 4, abril/2020. Disponível em: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2019WR025330>. Acesso em: 28 dez. 2023.

42 Ibid.

43 Idem.

Nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, acentua-se a marca das disparidades; elas são reforçadas com questões espaciais, que reverberam no acesso a serviços, mesmo os públicos, com particular atenção para os de fornecimento de água e saneamento<sup>44</sup>.

Some-se a isso um fenômeno recorrente, e um impeditivo, para o alcance da adequação, da equidade no acesso à água; um fator relacionado a uma débil governança da água: o racismo ambiental. O racismo opera como instrumento de segregação que compromete a qualidade de vida de pessoas negras, bem como de outros grupos não-brancos, historicamente oprimidos no contexto brasileiro, como os povos indígenas, por exemplo<sup>45</sup>.

O racismo, quando compreendido como uma parte estruturante da sociedade brasileira, pode ser testemunhado em suas mais diversas formas; desde sentimentos expressos por determinados grupos sociais em relação a outros, à formulação de políticas públicas, por exemplo (Jesus, 2020). Mesmo com a abolição formal da escravatura e o afastamento do *status* jurídico de escravo em relação aos negros, a mentalidade racista, que teorizou em prol dos interesses da classe hegemônica que não admitiu a obtenção e exercício de direitos fundamentais e políticos àqueles. Pelo contrário, tal mentalidade buscou reforçar a ideia de que era necessária a “importação de europeus e a inferioridade da maioria dos brasileiros”<sup>46</sup>.

Como se procura demonstrar, a formulação de políticas e planos no contexto da governança da água e do saneamento, não escapam da intervenção do racismo, nesse caso, de caráter ambiental. No presente estudo, o racismo apresentado é uma modalidade do racismo institucional ou sistêmico (Jesus, 2020); o que, não raro, está presente nos sistemas de governança.

---

44 Idem.

45 SANTOS, Thiago Assunção dos.; MORAES, Luis Roberto Santos. Racismo ambiental no acesso ao serviço público de abastecimento de água. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S. l.], v. 14, n. Ed. Especi, p. 73–94, 2022. Disponível em: <https://abpnrevista.org.br/site/article/view/1336>. Acesso em: 28 dez. 2023.

46 MADEIRA, Zelma; GOMES, Daiane Daine de Oliveira. Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 133, p. 463-479, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/FmSRPNQZhrqz9mMVWTJnwpP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 dez. 2023.

É comum compreender, portanto, que ser negro, é, na maioria das vezes, viver às margens da cidadania; da realização plena dos direitos fundamentais, expressos ou tácitos. É o que se pode observar, também, com relação ao acesso à água de qualidade e saneamento, visto que é expressiva a presença desses grupos sociais em ambientes precários de habitação, como às ocupações ainda irregulares e favelas. Com base nisso é que Milton Santos pondera a necessidade de uma inclusão, a tal ponto integrativa, na sociedade brasileira que “futuro próximo, ser negro no Brasil seja, também, ser plenamente brasileiro no Brasil.”<sup>47</sup>

A ordem jurídica brasileira, desde a Constituição estabelece regras e diretrizes acerca do direito à água e ao saneamento, como será visto de forma pormenorizada em um momento específico da pesquisa. Todavia, adiante-se que o Brasil possui um marco legal do saneamento, a Lei nº 11.445/2007, modificada pela Lei nº 14.026/2020, e a Constituição de 1988, a partir da qual se pode inferir incompatível a insuficiência de saneamento com o fundamento da República, a dignidade da pessoa humana.

No tocante à cidadania plena, sabe-se que esta possui estreitos laços com o alcance aos direitos fundamentais; para os quais é importante serem positivados pelo Estado constitucional garantista, para que não corram o risco de serem debatidos como meras reivindicações políticas, sem força de aplicação efetiva, pois, como será apresentado, *a posteriori*, um direito para existir na esfera do real, tem que ser positivado<sup>48</sup>. Nesse sentido, a cidadania de fato, perpassa a fruição dos direitos fundamentais à saúde, ao trabalho e moradia dignos, à segurança, à educação, e ao acesso adequado, isto é, equitativo e universal aos serviços de água e saneamento. Ao perceber às condições a que são submetidos os mais vulneráveis economicamente, em sua maioria negros, e, tendo em vista, às reflexões e inferências até aqui apresentadas, vê-se que são destinados ao não-lugar dentro da sociedade brasileira; vivem às margens<sup>49</sup>. Experimentam de

---

47 SANTOS, Milton. Ser negro no Brasil hoje. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 07 de maio de 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0705200007.htm>. Acesso em: 19 dez. 2023.

48 DIMOULIS, Dimitri.; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

49 SANTOS, Thiago Assunção dos.; MORAES, Luis Roberto Santos. Racismo ambiental no acesso ao serviço público de abastecimento de água. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S. l.], v. 14, n. Ed. Especi, p.

forma constante a inadequação das ações da governança, sem reparação efetiva.

As desigualdades que resultam do racismo, as quais constroem para a população não-branca atingida, ciclos de pobreza complexos e de difícil superação; em seu aspecto ambiental, entre outros entraves, promovem acentuada precarização do acesso ao saneamento básico, mediante a negligência das autoridades competentes<sup>50</sup>.

Desde o período colonial, os corpos negros submetidos à escravidão e, portanto, às deliberações concernentes à satisfação das necessidades da classe dominante, eram obrigados a realização do serviço insalubre relativo ao saneamento básico. Sob a alcunha de “tigres”, eram ordenados a cumprir a tarefa de descarte dos dejetos produzidos pelos que habitavam a casa grande e os prédios públicos, bem como proceder com o descarte. No mesmo sentido, eram os escravizados encarregados de abastecer os referidos locais com água para consumo<sup>51</sup>.

O déficit de políticas satisfatórias de atendimento universal relacionado ao acesso a água de qualidade e saneamento, que persiste a onerar de forma excessiva a população negra, provavelmente representa um *continuum* colonizador, caracterizado na operação de manutenção do racismo; dessa vez, em seu aspecto ambiental. Nesse contexto, a aferição da incidência de comorbidades que resultam da ausência de saneamento, podem ajudar na compreensão dos efeitos preponderantes do racismo ambiental para a população negra. Dessa forma, mostra-se significativo considerar a variável étnico-racial quando da análise da (in)adequação de uma política de saneamento<sup>52</sup>. A privação do acesso a água e ao saneamento é também uma privação ao direito à cidade; trata-se de um obstáculo à sadia reprodução da vida, um auxílio a imposição da primazia dos critérios econômicos ao ambiente<sup>53</sup>.

---

73–94, 2022. Disponível em: <https://abpnrevista.org.br/site/article/view/1336>. Acesso em: 28 dez. 2023.

50 Ibid.

51 Idem, p. 5.

52 JESUS, Victor de. Racializando o olhar (sociológico) sobre a saúde ambiental em saneamento da população negra. **Saúde e Sociedade**, [S. l.], v. 29, n. 2, p. e180519, 2020. DOI: 10.1590/S0104-12902020180519. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/175962>. Acesso em: 28 dez. 2023.

53 ALMEIDA, Vinícius Domingos Aires de; VIEIRA, Victor Menezes.; FERREIRA, Isabel Cristina Silva; SILVA, Nathália Helane Simão da; PEIXOTO, Filipe da Silva. Uso das águas subterrâneas e conflito no abastecimento de água em pequena cidade do

Da mesma forma, é necessário que a formulação de políticas públicas de fornecimento de serviços básicos de água e saneamento, para serem efetivos, compreendam a importância do conceito de racismo ambiental, assim como a urgência de sua superação. A reflexão acerca do tema também é fundamental para que se formulem e se apliquem políticas e planos adequados, com ampla participação popular, e, antes de tudo, para o resgate da confiança das populações historicamente atingidas pela precariedade do atendimento; além do estímulo ao engajamento destas comunidades para contribuir na elaboração de projetos duradouros relativos ao acesso à água potável e ao saneamento em geral.

Para, possivelmente, compreender os resultados do racismo ambiental, bem como regionalizar, o mais possível, a verificação da adequação e efetividade das políticas de saneamento, busca-se apresentar o panorama de abastecimento de água no estado do Rio Grande do Norte.

### 3. O abastecimento de água no Rio Grande do Norte

Em virtude de sua localização, o Rio Grande do Norte é significativamente afetado pela escassez hídrica particular da região Nordeste. Isso se constata pela regularidade com que são percebidos baixos volumes de água em reservatórios, como açudes e barragens, o que, de forma frequente, atinge o abastecimento humano e ameaça atingir graus críticos de escassez. Esse panorama compreende aspectos naturais, próprios da geografia, e aspectos técnicos; estes também relativos à gestão hídrica<sup>54</sup>.

O agravamento da crise hídrica também pode estar ligado não apenas à escassez proporcionada pelo clima; ele pode ser agravado com a inefetividade do gerenciamento dos recursos hídricos. Nesse sentido, desde da década de 1990, o Rio Grande do Norte, para permitir um mínimo de continuidade no abastecimento de água e a agricultura estabeleceu políticas para permitir a captação, o tratamento, o armazenamento e a distri-

---

semiárido potiguar. **Geografia em Atos (Online)**, Presidente Prudente, v. 6, n. 2, p. 92–110, 2022. DOI: 10.35416/geoatos.2022.9070. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/geografiaematos/article/view/9070>. Acesso em: 23 dez. 2023.

54 TROLEI, Adriano Lima; SILVA, Bruno Lopes da. Os recursos hídricos do Rio Grande do Norte: uma análise da vulnerabilidade territorial ao colapso no abastecimento de água. **Confins – Revista franco-brasileira de geografia**, n. 34, 2018. Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/12901>. Acesso em: 28 dez. 2023.

buição de água (Vasconcelos, *et al.*, 2016). Desde então, o Estado avança por meio de políticas relacionadas à oferta de água e saneamento, com prioridade para as populações que mais sofrem os efeitos da seca ou que experimentam falta de água com regularidade. Com a gerência da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e de Recursos Hídricos – SEMARH, entre as linhas de ação prevista no programa RN+água estão a dessalinização, a perfuração de poços, construção e reparo de barragens, concessão de outorgas, construção e expansão das redes de captação e distribuição de água, auxílio para a elaboração de projetos ligados ao saneamento rural e sistemas de tratamento e abastecimento, educação ambiental, entre outras ações<sup>55</sup>.

A SEMARH é responsável por liderar a execução do projeto, bem como articular a participação de outras instituições da administração pública potiguar, são elas: a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Rural e da Agricultura Familiar - SEDRAF; o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente - IDEMA; a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte - CAERN; o Instituto de Gestão das Águas do Rio Grande do Norte - IGARN e a Secretaria de Estado da Agricultura, da Pecuária e da Pesca - SAPE<sup>56</sup>.

No que se refere ao fornecimento do serviço de água e saneamento, sabe-se que é responsabilidade da Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte - CAERN, sociedade de economia mista, presta serviços públicos, mediante concessão, relacionados à água e esgotamento sanitário a 154 municípios dos 167 que compõem o estado, e, em relação a outros 13 municípios (Serra Negra do Norte, Serra do Mel, Santa Cruz, São Gonçalo do Amarante, Rio do Fogo, Itajá, Maxaranguape, Major Sales, Galinhos, Brejinho, Alexandria, Ceará-Mirim, Extremoz e Alexandria), são atendidos por meio do serviço autônomo de água e esgoto (SAAE)<sup>57</sup>.

---

55 RIO GRANDE DO NORTE. **Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos**. O Programa RN + Água tem o objetivo de ampliar o acesso à água no estado. Disponível em: <http://www.semarh.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=17395&ACT=&PAGE=0&PARM=&LBL=Programas>. Acesso em: 21 dez. 2023.

56 Ibid.

57 FIGUEIREDO, FÁBIO FONSECA; FERREIRA, José Gomes. O Saneamento Básico no Nordeste e no Rio Grande do Norte: avanços e constrangimentos. **Anais do XVII ENANPUR**, São Paulo, v. 17 n. 1, 2017. Disponível em: <https://anais.anpur.org.br/index.php/anaisenanpur/article/view/2324>. Acesso em 28 dez. 2023.

O Estado ainda não atingiu a universalização do acesso ao saneamento. Os dados oficiais contabilizam que da população de aproximadamente 3.6 milhões de habitantes, 3 milhões possuem acesso a água (84,9 %); deste grupo, 2,6 milhões corresponde à população urbana, e 1 milhão de habitantes têm fornecimento de rede de esgoto (28% do total da população), todos pertencentes à população urbana (35%)<sup>58</sup>.

O quadro em questão denota como a governança da água, que inclui também a governança dos demais serviços sanitários, desprioriza as políticas de saneamento quando comparadas às políticas de gestão da água, propriamente. Isso implica que, distante ainda da universalização, as políticas e os planos até então estabelecidos mantêm diretrizes não satisfatórias para a resolução das problemáticas concernentes ao saneamento<sup>59</sup>.

A instabilidade no fornecimento de água, em decorrência das particularidades do clima é responsável por uma situação que penaliza em maior medida, as comunidades economicamente mais vulneráveis, como foi apresentado. Dentre elas podem ser citadas as periferias das cidades, os municípios mais pobres e/ou com baixo nível de abastecimento hídrico, as comunidades quilombolas etc. Essas localidades, por óbvio, concentram pessoas economicamente hipossuficientes; predominantemente negras<sup>60</sup>. A população não-branca brasileira é, também, a maioria nos trabalhos precarizados, o que aumenta a possibilidade de acessar habitações inseguras, como as que são disponibilizadas em favelas ou outras regiões com baixo grau de mobilidade urbana<sup>62</sup>.

---

58 BRASIL. Ministério das Cidades. **Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento**, 2021. Disponível em <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/painel>. Acesso em: 28 dez. 2023.

59 BAYU, Tidar; KIM, Hyungjun; OKI, Taikan. Water Governance Contribution to Water and Sanitation Access Equality in Developing Countries. **Water Resources Research**, v56, n. 4, abril/2020. Disponível em: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2019WR025330>. Acesso em: 28 dez. 2023.

60 Considera-se população negra o grupo de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas quando perguntadas para o preenchimento de formulários, como o elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

61 MADEIRA, Zelma; GOMES, Daiane Daine de Oliveira. Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 133, p. 463-479, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/FmSRPNQZhrqz9mMVWTJnwqP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 dez. 2023.

62 MORAIS, Tamms Maria da Conceição. As periferias de Natal/RN à luz de uma análise das políticas redistributivas de habitação e mobilidade urbana. **International**

O Rio Grande do Norte, como parte do Brasil, carrega o legado da desigualdade perpetuado pelos interesses das classes dominantes. Os conflitos socioambientais ocorrem, para os olhares atentos, com o auxílio do racismo. A luta por terra, por moradia e acesso à cidade, acompanha a questão da crise hídrica originada pelo clima; porém intensificada, diante do exposto no presente trabalho, por fatores inadequados de governança.

Nesse contexto destaque para as populações periféricas, os ribeirinhos, os pescadores artesanais, os sertanejos, os quilombolas, os indígenas, os assentados da reforma agrária e a população de rua. Os referidos grupos têm em comum, assim como nos demais entes da federação, em decorrência dos estigmas sociais, e da desigualdade imposta pelo mercado e pelo Estado impostas, o acesso precário aos serviços públicos e a integração social digna. A ocupação clandestina dos espaços precários, no campo e na cidade<sup>63</sup>.

Saliente-se que o estado sofre particularmente com a escassez hídrica e a desertificação, mormente na região do semiárido, em decorrência da erosão do solo e da falta de água. Classificado como um dos principais estados do nordeste com a população a enfrentar problemas relacionados à insuficiência de água, com Pernambuco, Alagoas e Maranhão à sua frente.

A governança para o semiárido, falha em elaborar políticas. Por vezes, os planos apresentados se mostram incompreensíveis à população local, o que dificulta a participação política e tem pouca aplicação para modificar a realidade complexa, pois é incapaz de romper o ciclo histórico que se repete: a ausência do acesso à água de qualidade, os conflitos e movimentos migratórios, o monopólio fundiário e hídrico, a continuidade do sistema de opressões, que se agrava em razão da crise climática<sup>64</sup>.

Esse quadro se agrava diante da inutilização de fontes de água, a regularidade das secas, a degradação ambiental, assim como pela interposição de obstáculos referentes ao acesso, a exemplo da apropriação dos recur-

---

Conference Virtual City and Territory. "8º Congreso Internacional Ciudad y Territorio Virtual, Río de Janeiro, 10, 11 y 12 Octubre 2012". Rio de Janeiro: UFRJ, 2012. Disponível em: <https://upcommons.upc.edu/handle/2099/13319>. Acesso em: 21 dez. 2023.

63 Ibid.

64 SILVA, José Irivaldo Alves Oliveira; SOUSA, Cidival Morais de; LEITE, Andréa Ferreira. Apropriação social da água nas comunidades rurais do semiárido: os desafios da governança (2020-2022). *Revista Brasileira De Gestão E Desenvolvimento Regional*, v.19, n. 2, Mai-Ago/2023. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/373820972>. Acesso em: 28 dez. 2028.

solos hídricos para interesses econômicos como carcinicultura, mineração, irrigação intensiva e a produção de frutas.

Uma característica comum a todos esses grupos é a dificuldade de fruir a maioria dos direitos fundamentais, positivados ou implícitos na Carta Magna; particularmente os implícitos. Entre estes estão o Direito à água e ao saneamento básico que, como será demonstrado, mesmo reconhecido constitucionalmente, ainda passa pelo filtro das prioridades elencadas no rol das reivindicações políticas, o que dificulta, sobremaneira, ações que, no campo jurídico, atestem a sua universalização; e, portanto, fornecimento igualitário.

#### **4. A inadequação da natureza implícita do direito fundamental à água e ao saneamento: a garantia na positivação**

O garantismo consiste em uma marca indissociável dos Estados democráticos constitucionais. A Constituição de 1988 estabelece um rol de direitos fundamentais que provém do próprio regime adotado pelo Brasil, assim como dos tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional. Os referidos direitos não compreendem somente um rol exaustivo, eles podem pertencer a uma categoria essencialmente material; são denominados direitos fundamentais implícitos e, decorrem dos princípios fundamentais estabelecidos pelo regime. Neste caso, esta classe de direitos necessita de uma atividade interpretativa maior do que a conferida aos explícitos, formalmente dispostos no texto constitucional<sup>65</sup>.

Quando da análise do direito à saúde, art. 6º, e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, art. 225, compreende-se a importância da proteção jurídica e constitucional o acesso a água de qualidade, seja para a satisfação das necessidades vitais humanas, seja para a manutenção da sadia qualidade de vida e a qualidade ambiental. O acesso à água de qualidade, e em quantidade ótima, é, portanto, fundamental a vida com dignidade; inviável sem a garantia da saúde<sup>66</sup>.

O saneamento, indissociável do abastecimento de água, e da promoção da saúde pública, é condição apropriada para o controle das taxas de

---

65 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/154344>. Acesso em: 19 dez. 2023.

66 Ibid.

doenças e mortalidade. Trata-se de um conjunto de ações que visam promover o adequado fornecimento de serviços de água potável, esgotamento sanitário, o manejo de resíduos sólidos e a limpeza urbana<sup>67</sup>.

A relevância do fornecimento de água e do saneamento mereceu estar disposta em marcos legais e políticos, como a Lei nº 6.938/1981, art. 3º, V, o marco legal do saneamento Lei nº 11.445/2007, art. 2º, atualizada pela Lei nº 14.026/2020, o domínio público da água, dado pela Lei nº 9.433/97, a Resolução nº 64/2012 e nos objetivos de desenvolvimento sustentável, em específico o de número 6, ambos da ONU<sup>68</sup>. Disso se compreende a necessidade da garantia universal do acesso a água; de modo racionalizado, repise-se<sup>69</sup>.

Dada a essencialidade dos serviços, que são cruciais para qualquer sistema que busque garantir o respeito à dignidade, vê-se que acesso a água limpa e ao saneamento básico são direitos fundamentais; mesmo que, em essência, paire sobre eles uma natureza puramente material, pois decorrem de outros princípios constitucionais; e que isso restrinja, demasiado, a sua generalização.

Como foi apresentado, o país enfrenta uma persistente realidade de má distribuição dos recursos hídricos, a precariedade do acesso a ambos esses direitos. Quando se consulta o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento - SNIS, quando se busca informações sobre saneamento em geral, vê-se que 36,3 milhões de brasileiros acessam serviços de água tratada, e que 36 milhões estão excluídos do atendimento em relação à rede de esgoto. Essa conjuntura expõe a omissão do Estado e reclama mecanismos constitucionais de aplicação efetiva. Em outras palavras, é preciso agir de forma a positivar os citados direitos fundamentais.

Isso porque, é cediço que as normas constitucionais, princípios e regras, principalmente os princípios, possuem uma característica que permite a generalização. Quando se analisa o campo dos direitos fundamentais implícitos, percebe-se uma abertura ainda maior às técnicas interpre-

---

67 Idem.

68 Idem.

69 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Repensando a teoria e a prática do direito à água - 10.12818/P.0304-2340.2016v69p133. *Revista da Faculdade de Direito – UFMG*, n 69, jul/dez 2016. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1784>. Acesso em: 28 dez. 2023.

tativas, seja relativamente ao poder judiciário, seja, no que diz respeito, à discricionariedade da administração pública<sup>70</sup>.

Quando se coloca em perspectiva as reivindicações políticas, verifica-se o desbalanceamento entre a força da lógica de mercado em relação às reivindicações concernentes ao direito à vida digna, nas quais entram o direito universal ao saneamento. Portanto, infere-se que, a continuidade da natureza implícita dos referidos direitos fundamentais auxilia o atual cenário de pobreza hídrica e sanitária, bem como, o risco da privatização no Brasil, pois, não estão devidamente delimitados no texto constitucional<sup>71</sup>.

Ademais, um direito, para ter obedecida a plenitude de sua validade, precisa obedecer a critérios formais. Antes disso, são pretensões morais ou, no máximo, reivindicações políticas justificadas nos critérios de liberdade, igualdade e solidariedade; não mais que isso. O direito à água e ao saneamento como ainda se apresentam, apenas podem ser reivindicados no caso de violação aos princípios dos quais decorrem, vida e saúde. A positivação constitucional lhes conferiria a independência necessária e limitadora de interpretações excessivas, porque ao Estado cabe fazer essa exegese primária<sup>72</sup>. A formulação de políticas inadequadas surge como consequência da realidade da não positivação constitucional. Possivelmente falta aos sistemas de governança da água, e para os próprios cidadãos, instrumentos jurídicos eficientes e, por conseguinte, mais seguros<sup>73</sup>.

Para Luigi Ferrajoli, a mente por trás da teoria do garantismo, o qual, mesmo que formulado originalmente para os estudos do direito criminal,

---

70 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/154344>. Acesso em: 19 dez. 2023.

71 Ibid.

72 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Repensando a teoria e a prática do direito à água - 10.12818/P.0304-2340.2016v69p133. **Revista da Faculdade de Direito – UFMG**, n 69, jul/dez 2016. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1784>. Acesso em: 28 dez. 2023.

73 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/154344>. Acesso em: 19 dez. 2023.

não se restringe a ele. Como se sabe, a razão final de um sistema jurídico se presta a analisar as normas de direito penal e processual penal. Todavia, o modelo normativo apresentado por Ferrajoli pode ser estendido a todas as normas referentes aos direitos fundamentais, pois, já foi capaz de fundamentar o sistema mais complexo<sup>74</sup>.

O modelo garantista, em resumo, aponta para a necessidade do reconhecimento expresso dos direitos fundamentais. A importância do procedimento se dá para o reconhecimento de sua validade. A obediência a forma se faz necessária. A norma posta é garantidora; não consente ingerências em prol da disponibilidade financeira e econômica dos direitos. Dessa forma, a inclusão do direito e ao saneamento no rol de direitos fundamentais da Constituição, converte o Estado em principal obrigado para o fornecimento universal e adequado<sup>75</sup>.

Ao longo dos anos, das crises ecológicas que se sucederam, os recursos naturais têm se tornado sucessivamente mais escassos; com a água potável não foi diferente<sup>76</sup>. Como se viu, constituiu-se num bem não acessível a todos de forma natural, pelos tantos motivos até então apresentados nesse ensaio e outros além deles. Por isso, é urgente que os fatores de governança se orientem por diretrizes jurídicas eficientes para fornecer acesso ao essencial à vida.

Desse modo, a garantia do direito à água como direito fundamental, na visão de Ferrajoli poderia ocorrer da seguinte forma: a garantia do mínimo existencial e gratuito; a proibição do uso excessivo e do desperdício. Neste caso seriam utilizados instrumentos para aferir limites mínimo e máximo, sujeito a pagamento progressivo ao que exceder o mínimo para a vida; por fim, estabelecer sanções ao desperdício, ao uso perdulário que exceder o limite máximo, em observância ao direito posto. Nesse contexto, a água potável, ante o *status* de escassez, não poderia assumir o caráter de bem patrimonial para aqueles que são responsáveis pelo fornecimento, como os poderes públicos. As indústrias, devem agir em conformidade e por suas próprias expensas prosseguir para o reaproveitamento da água e

---

74 Ibid.

75 Idem.

76 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Repensando a teoria e a prática do direito à água - 10.12818/P.0304-2340.2016v69p133. *Revista da Faculdade de Direito – UFMG*, n 69, jul/dez 2016. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1784>. Acesso em: 28 dez. 2023.

sua utilização como insumo, de modo a não onerar a coletividade, precisamente os mais pobres<sup>77</sup>.

Já existem, inclusive, movimentações legislativas a esse respeito. Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição de nº 4, de 2018, de autoria do então Senador da República Jorge Viana, a qual foi remetida à Câmara dos Deputados. A proposta consiste em incluir o direito fundamental à água no rol de direitos fundamentais do art. 5º, especificamente por meio da criação do inciso LXXIX<sup>78</sup>. Hoje, a água ainda é considerada um bem da União ou dos estados, designação que não acompanha satisfatoriamente a sua importância para a vida, sem considerar a tomada de providências efetivas para a superação o problema da escassez.

## 5. Conclusão

Ao longo do presente ensaio foi possível perceber a existência de fatores que prejudicam a afetividade das políticas públicas de acesso à água e ao saneamento; uma compreensão obtida mediante a intensão de analisar os motivos que agravam a escassez de saneamento, principalmente no que diz respeito ao fornecimento de água e esgotamento sanitário em regiões historicamente castigadas pelo fenômeno crise hídrica, a exemplo de estados pertencentes à região Nordeste, sobretudo aqueles abrangidos com altas temperaturas, secas regulares e chuvas escassas, como o Rio Grande do Norte.

Como observado, o estado apresenta similaridades com outros entes da federação relativas à ineficiência da governança da água, a qual tem implicações diretas no saneamento. Inclusive, verificou-se haver políticas relativas ao abastecimento de água e saneamento, como o RN+água. Percebeu-se, todavia, que a escassez hídrica embora corresponda a um contexto climático historicamente percebido, o déficit no abastecimento de água e saneamento se agrava em virtude da implementação de políticas públicas inadequadas, distantes das reais necessidades, porque, muitas vezes, são formuladas sem uma participação política ampla e democrática, que compreenda as demandas locais.

---

77 Ibid.

78 SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/154344>. Acesso em: 19 dez. 2023.

Um obstáculo imposto ao alcance pleno e igualitário dos direitos fundamentais, implementados por meio de políticas, é o racismo institucional; do qual decorre o racismo ambiental, um mecanismo de continuação dos valores coloniais estabelecidos pela classe dominante para a manutenção e perpetuação do poder. Por meio dele, os prejuízos socioambientais são experimentados em maior medida pela população não-branca, do Brasil. A precarização é sentida de diversas formas, mas o acesso à moradia é acompanhado pelo serviço de saneamento debilitado ou mesmo inexistente, o que ameaça a garantia constitucional do direito à vida e à saúde para a população mais pobre, historicamente oprimida, predominantemente negra.

Com isso, conclui-se pela importância da positivação dos direitos fundamentais à água potável e ao saneamento; algo que já pode ser percebido nas movimentações em torno da PEC nº 4, de 2018. Por meio dela, é provável que a governança da água concorra para a adequação de políticas de abastecimento de água e de saneamento, visto que será responsabilidade do Estado o cumprimento satisfatório desses direitos humanos fundamentais expressos na Constituição. A doutrina garantista de Luigi Ferrajoli apresenta argumentos pela importância dos instrumentos jurídicos formais para conferir maior certeza na eficácia das políticas formuladas, o que implica em um menor âmbito de discricionariedade para o agir do poder público.

## Referências

- BAYU, Tidar; KIM, Hyungjun; OKI, Taikan. Water Governance Contribution to Water and Sanitation Access Equality in Developing Countries. **Water Resources Research**, v56, n. 4, abril/2020. Disponível em: <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1029/2019WR025330>. Acesso em: 28 dez. 2023.
- BRASIL. Ministério das Cidades. **Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento, 2021**. Disponível em <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/sni/spainel>. Acesso em: 28 dez. 2023.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Repensando a teoria e a prática do direito à água - 10.12818/P.0304-2340.2016v69p133. **Revista da Faculdade de Direito – UFMG**, n 69, jul/dez 2016. Disponível em: <https://revista.di>

- reito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1784. Acesso em: 28 dez. 2023.
- FIGUEIREDO, FÁBIO FONSECA; FERREIRA, José Gomes. O Saneamento Básico no Nordeste e no Rio Grande do Norte: avanços e constrangimentos. **Anais do XVII ENANPUR**, São Paulo, v. 17 n. 1, 2017. Disponível em: <https://anais.anpur.org.br/index.php/anaisenanpur/article/view/2324>. Acesso em 28 dez. 2023.
- MADEIRA, Zelma; GOMES, Daiane Daine de Oliveira. Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 133, p. 463-479, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/FmSRPNQZhrqz9mMVWTJnwqP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 dez. 2023.
- MORAIS, Tamms Maria da Conceição. As periferias de Natal/RN à luz de uma análise das políticas redistributivas de habitação e mobilidade urbana. **International Conference Virtual City and Territory. "8º Congresso Internacional Ciudad y Territorio Virtual**, Rio de Janeiro, 10, 11 y 12 Octubre 2012". Rio de Janeiro: UFRJ, 2012. Disponível em: <https://upcommons.upc.edu/handle/2099/13319>. Acesso em: 21 dez. 2023.
- RIO GRANDE DO NORTE. **Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos**. O Programa RN + Água tem o objetivo de ampliar o acesso à água no estado. Disponível em: <http://www.semarnh.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=17395&ACT=&PAGE=0&PARM=&LBL=Programas>. Acesso em: 21 dez. 2023.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/154344>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- SILVA, José Irivaldo Alves Oliveira; SOUSA, Cidival Morais de; LEITE, Andréa Ferreira. Apropriação social da água nas comunidades rurais do semiárido: os desafios da governança (2020-2022). **Revista Brasileira De Gestão E Desenvolvimento Regional**, v.19, n. 2, Mai-Ago/2023. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/373820972>. Acesso em: 28 dez. 2023.

- TROLEI, Adriano Lima; SILVA, Bruno Lopes da. Os recursos hídricos do Rio Grande do Norte: uma análise da vulnerabilidade territorial ao colapso no abastecimento de água. **Confins – Revista franco-brasileira de geografia**, n. 34, 2018. Disponível em: <https://journals.opendition.org/confins/12901>. Acesso em: 28 dez. 2023.
- WOLKMER, Maria de Fátima S.; PIMMEL, Nicole Freiburger. Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental. **Seqüência**, Florianópolis, n. 67, p. 165-198, dez. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/h9VQzwbk3BWwDtCHNQBN76P/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 dez. 2023.



## 3

# A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: CONCEITO E FUNDAMENTOS

*Felipe de Melo Fonte*

SUMÁRIO: 1. Introdução: a constituição definida como *supremacia* 2. A supremacia constitucional: significado prático. 3. A supremacia constitucional: possíveis fundamentos. 3.1. A teoria do pré-compromisso (Jon Elster). 3.2. A teoria dos momentos constitucionais (Bruce Ackerman). 3.3. Outras ideias a respeito da supremacia constitucional. 4. Conclusão. Referências.

### **1. Introdução: a constituição definida como *supremacia***

O objeto de estudo do direito constitucional é a constituição. Mas, afinal, o que é a constituição? Esse é um assunto que interessa não apenas ao estudioso do direito, mas também ao cidadão comum. Afinal, a constituição governa parte relevante da nossa vida em sociedade. É provável que o leitor já tenha uma intuição razoável acerca da resposta para essa questão. Quando perguntadas, as pessoas corriqueiramente afirmam que a constituição é o documento básico de um país, que estabelece as bases de seu funcionamento político. Outras fazem referência ao seu papel de estabelecer as liberdades básicas (ou os direitos fundamentais, para usar uma expressão de outra tradição, mas que significa basicamente a mesma coisa). Finalmente, há aqueles que mencionam o seu caráter fundacional relativamente ao Estado e à organização do poder. Nenhuma das respostas está, na essência, equivocada.

De modo geral, podemos distinguir duas maneiras de definir o que é uma constituição. A primeira delas consiste exatamente em buscar os

conteúdos que normalmente são associados às constituições, a saber: (i) a organização do funcionamento básico do poder político e do Estado e (ii) a disciplina das liberdades básicas/direitos fundamentais. O que se tem aqui é uma *definição material* das constituições (*i.e.*, que tem por parâmetro as *matérias* que elas tratam)<sup>79</sup>. Levando tal definição às últimas consequências, poderíamos afirmar que os documentos denominados *constituições* de países autoritários não seriam, em último grau, verdadeiras constituições. Afinal, nas autocracias as constituições não se prestam à limitação efetiva do poder.

Ocorre que as constituições contemporâneas se caracterizam por algo mais do que isso. Se abrirmos a Constituição brasileira atualmente em vigor (de 1988), veremos que muitos dispositivos não versam sobre organização do estado e/ou liberdades básicas. Há normas que tratam de miudezas como o dever de fazer chamada no ensino básico (art. 208, § 3º)<sup>80</sup> ou a natureza federal do colégio Pedro II (art. 242, § 2º)<sup>81</sup>, além de dezenas de outras regras que tratam de questões sem a mesma dignidade daquelas elencadas acima, como critérios materiais para definir as constituições. Como resolver o problema nesses casos? Tais dispositivos não seriam, por assim dizer, *constitucionais*? Devemos tratá-los com o mesmo *status* das leis ordinárias? A resposta é não.

Como se pode perceber, hoje as constituições abrigam conteúdos materiais que extrapolam aquele núcleo visto acima. Aliás, descobrir o que deve ser parte de uma constituição é um tema próprio da filosofia constitucional e da ciência política. Para que possamos ter mais clareza e identificar com precisão o que é a constituição, precisamos de outro critério para defini-las. Assim, de modo corrente, sabemos o que é a constituição pela sua *posição no ordenamento jurídico*. Costuma-se dizer que a constituição ocupa o ápice da hierarquia do ordenamento jurídico, definindo, inclusive, a forma de produção das normas jurídicas que lhe estão imediatamente abaixo. Note que essa é uma definição puramente *formal* de constituição. Nessa linha, para descobrir o que é a constituição deve-

---

79 Cf. Lucio Pegoraro, Angelo Rinella, *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1, 2021, pp. 193-199.

80 CF88: “Art. 208. (...) § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola”.

81 CF88: “Art. 242. § 2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

mos procurar a norma jurídica que ocupa essa posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, independentemente do nome que se atribua a ela.

De modo geral, a literatura combina os dois critérios acima, e costuma definir a constituição como a norma jurídica que ocupa o ápice do ordenamento jurídico, e que tem por objeto as liberdades básicas e a organização do poder político. Respectivamente, elementos formal e material da constituição<sup>82</sup>. Embora aqueles sejam os temas centrais do constitucionalismo, há razoável consenso de que as constituições contemporâneas podem (e devem) tratar de outros assuntos de interesse público. Na prática, portanto, as constituições se confundem com a própria noção de supremacia jurídica.

## 2. A supremacia constitucional: significado prático

Como visto no tópico anterior, a constituição goza de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico. Essa é sua nota essencial; a qualidade que a define. Isso significa dizer que ela está acima das outras normas do ordenamento, que lhe devem obediência irrestrita. Em teoria, podemos pensar que os poderes políticos simplesmente observariam o texto constitucional em razão do próprio *status* simbólico das constituições, encerrando a questão por aqui. Na prática, não é isso que acontece. Seja porque a tarefa de construir significado a partir dos textos constitucionais é frequentemente complexa, seja porque domar o exercício do poder político é algo demasiado difícil (como prova a história), não podemos deixar a aplicação das constituições inteiramente a cargo da boa vontade das autoridades que exercem o poder político.

Nesse passo, a supremacia constitucional se manifesta concretamente por intermédio de dois instrumentos básicos. Primeiro, o processo de alteração da constituição é diferente daquele aplicado à aprovação das demais espécies legislativas (tais como leis ordinárias e complementares, por exemplo). Exige-se um quórum maior de parlamentares favoráveis às alterações constitucionais, e o processo é mais rígido e difícil. Damos o nome de rigidez constitucional à diferenciação entre os processos legislativos de reforma constitucional e de aprovação das demais espécies legis-

---

82 Note-se que a definição acima retratada não distingue entre constituições escritas e não-escritas (afinal, há normas jurídicas escritas e não-escritas). A constituição inglesa é considerada um exemplo de constituição não-escrita.

lativas. Cada país adota regras próprias atinentes à reforma constitucional, às vezes mais rígida e complexa, como é o caso dos Estados Unidos, e às vezes mais flexível, como ocorre no Brasil.

E isso ocorre por um motivo evidente: se a alteração do texto constitucional tivesse as mesmas exigências ou fosse mais simples que a criação das leis, a constituição não seria capaz de servir de limite à política ordinária.

O segundo elemento é a fiscalização (ou controle) de constitucionalidade. Trata-se do processo de análise se os atos normativos editados pelo poder público são (ou não) compatíveis com as normas constitucionais. Uma vez verificada, a incompatibilidade se resolve pela retirada do ato inconstitucional do mundo jurídico<sup>83</sup>. Enquanto a aplicação da rigidez constitucional é razoavelmente simples – exige apenas a aplicação de regras de quórum e procedimento –, o controle de constitucionalidade tem ensejado maiores complexidades. Os dois mecanismos, atuando em conjunto, asseguram a supremacia constitucional.

Ao longo da história, várias soluções foram divisadas para resolver o problema da instituição responsável pela fiscalização de constitucionalidade. Há quem defenda atribuí-la ao chefe de Estado (como é o caso de Carl Schmitt)<sup>84</sup>, ao próprio parlamento (como fizeram os franceses, nas constituições posteriores à revolução), ao Poder Judiciário (solução norte-americana) e a instituições de caráter autônomo (como ocorre na Europa continental hoje)<sup>85</sup>, que desbordam da lógica tradicional de tripartição de poderes do Estado. Ao longo de sua história, o Brasil já adotou diferentes soluções nessa matéria. É importante ter em mente que não há respostas certa ou erradas aqui, cada modelo traz consigo certas vantagens e riscos que lhe são atrelados. Há tradições que foram muito bem-sucedidas e outras nem tanto. O contexto costuma ser decisivo na justificativa por uma opção ou outra.

Por ora, e de modo geral, vale dizer que o modelo mais bem-sucedido (e replicado nas democracias) é o de fiscalização realizada por órgãos do Poder Judiciário (modelo americano) ou por um tribunal especialmente

---

83 No Brasil, adota-se a teoria da nulidade do ato inconstitucional. Isso significa que, declarada a inconstitucionalidade do ato, ele é retirado do mundo jurídico *como se nunca tivesse produzido qualquer efeito*. Para uma ampla revisão do tema, v. João Bosco Marcial da Castro, *O controle de constitucionalidade das leis*, 2012, pp. 75-130.

84 Carl Schmitt, *O guardião da constituição*, 2007.

85 Hans Kelsen, *Jurisdição constitucional*, 2003, pp. 237-298.

designado para esse fim (modelo europeu). No Brasil, a fiscalização de constitucionalidade é atualmente exercida por todo os órgãos do Poder Judiciário, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a função de intérprete final da constituição. Em hipóteses específicas, os Poderes Legislativo e Executivo também fazer o controle de constitucionalidade. Não precisamos entrar em detalhes sobre essa questão, mas apenas notar que a legitimidade da atividade dessa instituição de fiscalização está diretamente atrelada ao próprio fundamento da supremacia constitucional.

### 3. A supremacia constitucional: possíveis fundamentos

Uma das questões mais importantes do direito constitucional contemporâneo (e, portanto, da teoria constitucional) refere-se ao fundamento de legitimidade da própria ordem constitucional. Trata-se de responder a importante pergunta: por que devemos obedecer às constituições?<sup>86</sup> Note-se que a pretensão de *supremacia* da constituição sobre a ordem política ordinária (*i.e.*, sobre as demais normas jurídicas), traz consigo problemas democráticos e intergeracionais. Explica-se. Como sabemos, a democracia é o regime pelo qual o povo toma as decisões a respeito do governo coletivo. Nesse sentido, a existência de uma ordem constitucional é um elemento limitador das decisões populares (e, portanto, funcionaria como um mecanismo *antidemocrático*, ao menos em uma primeira leitura).

Há numerosos exemplos que podem ilustrar o ponto em questão. A Constituição Federal de 1988 constitucionalizou diversos aspectos da política criminal brasileira. Ela proscreveu a aplicação das penas de morte, de caráter perpétuo e cruéis (art. 5º, XLVII)<sup>87</sup>, bem como excluiu a im-

---

86 Importante registrar o seguinte: a questão sobre a existência da ordem constitucional (*i.e.*, um modelo de Estado organizado em torno de duas ordens políticas distintas – a ordinária e a extraordinária), não se confunde com o problema sobre a *instituição* responsável por resguardar a ordem constitucional (quem deve ser o *guardião da constituição*). Embora possa haver sobreposição nos argumentos que servem à defesa da existência da ordem constitucional e do Poder Judiciário enquanto guardião do seu texto, elas representam problemas distintos para a teoria constitucional. Neste tópico enfrentamos apenas a primeira questão.

87 CF88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra

putabilidade criminal dos menores de 18 (dezoito) anos (art. 228)<sup>88</sup>. A despeito dessas previsões constitucionais, é comum a existência de clamor popular no sentido de aprovar leis estabelecendo penas que violam esses dispositivos, especialmente após a ocorrência de crimes rumorosos, e diversos parlamentares são eleitos justamente por defenderem essas pautas. A maioria da população, por intermédio de seus representantes, não deveria ter a possibilidade de tomar decisões sobre esses temas de política criminal?

Alguém poderia dizer que as constituições exprimem, em último grau, a vontade popular. Porém, com o decorrer do tempo, o povo que participou das eleições para a assembleia constituinte já não é mais a maioria. Em alguns casos extremos (como nos Estados Unidos, cuja constituição foi aprovada em 1787), o lapso temporal é tão grande que todos que participaram do processo de elaboração da constituição já faleceram. Em tais contextos, devemos nos perguntar sobre o fundamento de legitimidade da própria constituição (afinal, por que pessoas já falecidas podem impor sua vontade política às gerações atuais?). Por óbvio, trata-se de um aspecto fundamental da disciplina.

Durante as revoluções liberais, que deram origem ao constitucionalismo clássico, o direito constitucional buscou fundamento de legitimidade no direito natural, ou seja, tinha um cariz *transcendental* e não *político*<sup>89</sup>. O racionalismo iluminista e o contratualismo contrafactual promoveram a crença de que os direitos previstos na constituição eram de natureza pré-política, ou seja, que decorriam da própria essência do ser humano

---

declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”.

88 CF88: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

89 Dieter Grimm, **Constituição e política**, 2006, p. 8: “Não mais vinculado a princípios preestabelecidos e tornado contingente em seu conteúdo, o direito estabelecido politicamente não trazia nenhuma garantia de exatidão em si. (...) Depois que a revelação divina não interessava para tanto, procure-se o ponto de referência na natureza humana”. Em concomitância às constituições liberais, houve também a tentativa de justificar as constituições a partir de um direito divino. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, “[r]econhecia-se que o indivíduo tinha direitos naturais, mas o fundamento desses direitos era teológico; os direitos eram naturais porque dados por Deus, e entre eles estava o direito de governar, de origem divina” (**A constituição na vida dos povos**, 2013, p. 33). Naturalmente, nas sociedades laicas ocidentais, não há como justificar constituições dessa maneira.

(ou, ao menos, de certo grupo de seres humanos). Nesse sentido, as constituições não eram propriamente *criadas*, mas sim *declaradas* (daí se falar nas *declarações de direitos*, como a declaração dos direitos do homem e do cidadão, declaração de direitos da Virgínia, declaração universal dos direitos humanos, entre outras)<sup>90</sup>. Os direitos nela veiculados eram superiores aos demais porque decorriam da própria natureza humana, valiam para todas as sociedades (eram universais) e todos os tempos (atemporais), e assim justificava-se a supremacia das constituições sobre as demais normas jurídicas. Era o documento que guardava esses direitos.

Com o passar do tempo, percebeu-se que o fundamento transcendental do direito constitucional não poderia mais servir como alicerce capaz de justificar a supremacia constitucional. Sem nos aprofundarmos no assunto, podemos identificar as inconsistências nas ideias acima observando as próprias contradições das sociedades oitocentistas: embora as declarações proclamassem a igualdade e a liberdade como decorrentes da própria condição humana, conviviam-se com extrema pobreza, escravidão e ausência de direitos iguais para as mulheres, que não podiam votar e/ou herdar, em certos casos; a despeito da pretensa universalidade das liberdades básicas, os países europeus possuíam colônias às quais nem sequer reconheciam o mesmo conjunto de direitos.

Tais contradições irreconciliáveis revelam que o fundamento da supremacia constitucional era, na verdade, essencialmente *político*, historicamente situado, e objetivava justificar a construção de uma ordem política específica: a denominada ordem liberal burguesa. A metafísica era apenas uma cortina de fumaça que camuflava tal realidade; mero discurso de legitimação do exercício do poder político. A partir dessa singela constatação, não podemos mais nos servir de argumentos pré-políticos para justificar a supremacia constitucional<sup>91</sup>. É preciso encontrar a legitimidade das constituições em outro lugar.

---

90 Para uma apreciação das declarações de direito, sugiro a leitura de Fabio Konder Comparato, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. A seguinte passagem da *Declaração de Independência dos EUA* ilustra bem o ponto: “Consideramos estas verdades evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (David Armitage, **Declaração de Independência: uma história global**, 2011, p. 139).

91 É certo que a busca por um fundamento metafísico ou puramente racional para justificar a existência/necessidade da ordem constitucional, bem como de seu conteúdo, até hoje permanece. John Rawls, por exemplo, um filósofo do direito, ofereceu

Sem o fundamento transcendental, resta-nos a busca pelo consenso político. Porém, sabemos que o pluralismo político nas sociedades contemporâneas impede que haja consenso quanto a esse conjunto de direitos que devem ser protegidos sob a denominação de *liberdades básicas* e que, portanto, devem gozar da estatura constitucional. Se as pessoas fossem chamadas a deliberar sobre o conteúdo da constituição, é bem provável que houvesse grave desacordo a respeito de quais pontos podem ou devem ser incluídos no texto<sup>92</sup>. Mais do que um exercício intelectual, uma simples análise dos documentos históricos das assembleias constituintes verdadeiramente democráticas ilustra bem a questão<sup>93</sup>. Por todas essas razões, a constituição deixou de ser considerada *pré-política* e passou a ser considerada *política*. Seu fundamento de legitimidade, assim, deixou a metafísica de lado e passou a residir no puro e simples exercício do poder constituinte pelo povo. Com essa mudança no discurso, agrava-se o problema da legitimidade das constituições.

Há numerosas maneiras possíveis de tentar justificar o fenômeno da supremacia constitucional, algumas mais sofisticadas e outras menos. Sob o prisma filosófico, duas são comumente citadas. Elas são exploradas a seguir.

### 3.1. A teoria do pré-compromisso (Jon Elster)

A primeira delas é a **teoria do pré-compromisso**. A estruturação bá-

---

uma importante contribuição para a fundamentação puramente racional de uma ordem constitucional. Embora tenha encontrado muitos seguidores, o sucesso dessa empreitada intelectual ainda é discutível. Uma boa introdução ao contratualismo rawlsiano é a obra de Michael Sandel, *Justiça*, 2013, pp. 175-206 (“A questão da equidade”). Uma versão mais completa do tema pode ser encontrada na obra de Will Kymlicka, *Filosofia política contemporânea*, 2006, pp. 63-118.

92 A recente assembleia constitucional no Chile e o impasse gerado pela rejeição da nova constituição é um exemplo do que se vem de expor. Após os intensos protestos de 2019, as forças políticas do país concordaram com convocar uma assembleia constituinte e redigir um novo texto constitucional. As circunstâncias políticas geraram uma assembleia mais à esquerda que a população em geral. A carta produzida pelos constituintes foi submetida a plebiscito popular em 2022 e rejeitada.

93 Sugere-se ao leitor a interessante obra de Luiz Maklouf Carvalho, **1988: segredos da constituinte**, 2017, que, por meio de entrevistas com membros da constituinte brasileira de 1987-1988, bem expôs a dinâmica de funcionamento daquela assembleia. Sobre o mesmo tema, com mais detalhes, v. Adriano Pilatti, *A constituinte de 1987-1988*, 2020. Para uma análise mais ampla dos processos constituintes brasileiros, v. Paulo Bonavides, Paes de Andrade, **História constitucional do Brasil**, 1990.

sica da ideia é atribuída a Jon Elster<sup>94</sup>. Segundo essa visão, as constituições são instrumento que definem as regras básicas da convivência política, editadas em momentos de sobriedade institucional, e que servem de garantia da mesma ordem quando ela é testada pelas paixões momentâneas das massas. A constituição é, essencialmente, um *dispositivo* que protege a coletividade de sua própria irracionalidade, a despeito de limitar as opções político-democráticas futuras.

A metáfora de Ulisses e as Sereias ilustra bem a teoria de Elster, e dá título ao livro por ele editado em 1987. Na obra de Homero, "Odisséia", Ulisses é o herói principal que viaja para casa após a guerra de Troia. Em sua jornada de volta para Ítaca, ele enfrenta muitos desafios e aventuras. Um dos episódios mais famosos da história é quando Ulisses e sua tripulação encontram as sereias. As sereias são criaturas mitológicas que possuem uma voz incrivelmente sedutora que atrai os marinheiros para a sua morte. Ulisses, sabendo disso, prende-se ao mastro do barco e ordena que os seus marinheiros coloquem cera nos ouvidos para que não possam ouvir a canção das sereias. Após passar pelas sereias, Ulisses e sua tripulação continuam sua jornada, enfrentando outros desafios e adentrando em novos mundos, e finalmente conseguem voltar para casa após dez anos de aventuras.

Na metáfora de Elster, as sereias representam os líderes populistas com seus cantos que fascinam as massas, Ulisses representa o povo e as cordas são as constituições. As constituições são um recurso político que tem o propósito de evitar a abolição das liberdades básicas pela própria via democrática. Há nessa visão uma antropologia peculiar: o reconhecimento de que os seres humanos são falíveis e podem, em certas circunstâncias, tomar decisões das quais posteriormente vão se arrepender<sup>95</sup>. A história está cheia de exemplos de líderes carismáticos que, por meio do voto popular, aboliram as liberdades e instituíram ditaduras sanguinárias (veja-se o exemplo do nazismo e do stalinismo, para ficar nos exemplos mais óbvios). Nas palavras de John Potter Stockton, "constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frene-

---

94 Jon Elster, *Ulises y las sirenas*, 1989.

95 Jon Elster, *Ulises y las sirenas*, 1989, p. 42: "A tese geral que estamos defendendo é que atar-se a si mesmo é um modo privilegiado de resolver o problema da fraqueza de vontade; a principal técnica para lograr a racionalidade por meios indiretos". A obra discute, ainda, outras maneiras de estabelecer pré-compromissos.

si”<sup>96</sup>. Sem dúvida, trata-se de uma maneira elegante de justificar a existência das constituições<sup>97</sup>.

A teoria do pré-compromisso abre espaço para alguns questionamentos evidentes. Em primeiro lugar, podemos nos perguntar se os constituintes agem, de verdade, com o propósito de criar um mecanismo de salvaguarda futura contra riscos democráticos. É bastante provável que essa não seja a descrição adequada do que faz uma assembleia constituinte de verdade. Não são raros os casos em que os constituintes acabam *entrincheirando* interesses políticos e sociais particulares. Maiorias tênues nas assembleias constituintes (com 51% dos votos) podem criar dispositivos constitucionais que só poderão ser repelidos por maiorias qualificadas (por exemplo, 67%), o que contribui para a superproteção de tais interesses e potencial perpetuação de injustiças. “Falar em auto-restrição em tais casos é hipocrisia”, reconheceu Elster em escrito posterior<sup>98</sup>.

Nesse caso, como nos livrarmos dos elementos constitucionais que, longe de trazer desenvolvimento humano, perpetuam o atraso? É ingênuo acreditar que os interesses representados nas assembleias constituinte, que posteriormente vão ser vertidos em garantias e direitos constitucionais, estejam apenas vocacionados à proteção das democracias. Uma visão mais cética e realista sobre os processos constituintes, sobretudo os democráticos, tende a afastar a ilusão de que se trata de um procedimento racional tendente à salvaguarda da própria sociedade<sup>99</sup>.

---

96 Citado por Jon Elster, *Ulisses liberto*, 2009, p. 120.

97 Jon Elster considera, ainda, a situação da democracia grega, sem um instrumento formal de pré-compromisso: “Em Atenas clássica, todas as decisões importantes se tomavam na assembleia de cidadãos, que se reuniam ao menos 40 vezes por ano. A assembleia podia reconsiderar em qualquer momento suas decisões anteriores, o que teria feito dela uma presa fácil para demagogos e outros manipuladores, se não houvessem estabelecido certas salvaguardas institucionais. A primeira é o ostracismo, que era a prática de expulsar os demagogos conhecidos. (...) A segunda instituição se chamava *grafe paranomon*, ‘por meio da qual um homem pode ser acusado e julgado por fazer uma ‘proposta ilegal à assembleia’, *ainda que tal proposta houvesse sido aprovada pela assembleia*” (*Ulises y las sirenas*, 1989, p. 80, grifos do original). Em síntese: sem as cordas de Ulisses, os gregos optavam por banir o cantor ou simplesmente puni-lo por ter se “aproveitado” da assembleia.

98 Jon Elster, *Ulisses liberto*, 2009, p. 125.

99 O próprio autor considera essa hipótese em trabalho posterior: “É uma irregularidade empírica impressionante que as constituições tendem a ser escritas em tempos de turbulência e revolta, em que paixões tendem a ferver. (...) Se as constituições são, em geral, escritas em tempos de crise, não é evidente que os constituintes estarão

E mais: a ideia de um pré-compromisso *racional* pode ofuscar a constatação de que o pré-compromisso pode ter um lado perverso<sup>100</sup>. Ao invés das cordas que nos protegem das sereias, podemos estar amarrados à âncora que nos afunda. A experiência da própria constituinte brasileira em 1987-8 demonstra que houve o entrincheiramento de interesses de grupos bem definidos<sup>101</sup>. No pior dos casos, a constituição pode acabar se tornando um pacto suicida<sup>102</sup>. Para ficar em um exemplo recente: há notícias de que autoridades iranianas vêm discutindo meios de criar dispositivos que sirvam como pré-compromissos com a manutenção do modo de vida islâmico naquele país, que em muitos aspectos poderá perpetuar o que muitos consideram violação aos direitos fundamentais das mulheres<sup>103</sup>. Nada impede que um desses dispositivos seja a própria constituição iraniana, o que dificulta a evolução dos costumes.

Finalmente, não está claro quais são os elementos essenciais que devem compor o pré-compromisso de certa sociedade (em tese, somente eles estariam *legitimados*). Podemos concordar, por exemplo, que ninguém pode ser escravizado sob qualquer pretexto, que a liberdade de pensamento, expressão e de imprensa deve ser protegida (até que extensão?), que haja separação de poderes, mas e quanto aos demais elementos da constituição? As constituições contemporâneas vão além desses elementos básicos das engrenagens democráticas; elas avançam sobre temas tão diversos quanto direitos sociais, proteção ambiental e cultural, por exemplo.

---

particularmente sóbrios” (Jon Elster, *Ulisses liberto*, 2009, p. 203).

100 Jon Elster, *Ulisses liberto*, 2009, p. 7 (trecho do prefácio e agradecimentos): “Foi bastante influenciado por um comentário crítico a respeito de *Ulysses and the Sirens* feito por meu amigo e mentor, o falecido historiador norueguês Jens Arup Seip: ‘No mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas os outros’”. No mesmo trabalho, v. pp. 119-128.

101 A propósito, vale fazer referência ao trabalho de Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, 2002, p. 55-57, que afirma ter ocorrido tal fenômeno na constituinte de 1988. Segundo o autor, “Minha tese é de que a idealização em torno do caráter garantista da Constituição tem obscurecido o que é seu traço central: o haver instituído um constitucionalismo chapa branca, destinado a *assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais*” (p. 56). O tema será retomado mais adiante, no capítulo 3.

102 Faço aqui referência à famosa expressão empregada pelo juiz Robert Jackson no julgamento do caso *Terminiello v. City of Chicago*, julgado em 1949.

103 Jon Elster, *Ulisses liberto*, 2009, p. 81.

### 3.2. A teoria dos momentos constitucionais (Bruce Ackerman)

A segunda forma de justificar a supremacia constitucional e sua delicada relação com a democracia foi desenvolvida por Bruce Ackerman<sup>104</sup>. O autor identifica duas ordens políticas distintas: uma ordinária, cujas decisões estão confiadas aos agentes políticos eleitos ordinariamente e à burocracia; uma extraordinária, que dependem da especial mobilização do povo, e que ocorre apenas em *momentos* pontuais. Nos dois casos, as decisões políticas podem ser remetidas à decisão popular, de modo que ambas seriam intrinsecamente democráticas<sup>105</sup>. A diferença entre elas está no nível de mobilização política exigido para que sejam tomadas. Essa é a chave para a defesa da supremacia constitucional.

Como se pode ver, a teoria dos momentos constitucionais funda-se na ideia de que as pessoas, ordinariamente, participam apenas de modo passivo da vida política de um país<sup>106</sup>. Em contraste, como veremos a seguir, o modelo de democracia ateniense, berço desse modelo de governança, exigia a constante participação dos cidadãos na vida pública, seja pela obrigação de ocupar cargos públicos, seja pela presença nas deliberações coletivas. Não é isso que acontece nas sociedades ocidentais contemporâneas. Vivemos sob o modelo de democracia indireta, na qual os cidadãos são chamados, de tempos em tempos, a escolher representantes, que serão responsáveis por tomar decisões políticas e administrar a coisa pública. De ordinário, as pessoas comuns têm pouco contato com as esferas de decisão política fora dos períodos eleitorais.

---

104 Bruce Ackerman, *We the people: foundations*, 1991.

105 Bruce Ackerman, *We the people: foundations*, 1991, p. 6: “[ ] uma constituição dualista busca distinguir entre duas decisões diferentes que são tomadas em uma democracia. A primeira é pelo povo americano; a segunda, por seu governo. Decisões do povo ocorrem raramente, e sob condições constitucionais especiais. (...) Decisões tomadas pelo governo ocorrem diariamente, em também sob condições especiais”.

106 Não é incomum a afirmação de que as pessoas são “alienadas politicamente”, optando por cuidar da vida privada, deixando de lado a participação na vida pública. Uma explicação (denominado de teoria da ignorância racional) para esse fenômeno foi construída pelo economista Anthony Downs, segundo quem o ganho individual com a participação pública deve ser comparado com os ganhos individuais com a dedicação a atividades puramente privadas (em palavras técnicas, há aqui o *custo de oportunidade*). A propósito, v. Anthony Downs, *Uma teoria econômica da democracia*, 1999. Uma discussão aprofundada sobre o tema pode ser encontrada em Ilya Somin, *Democracy and political ignorance*, 2016, pp. 74-105.

Segundo Ackerman, há momentos especiais em que a sociedade se mobiliza e participa ativamente da vida política, tomando decisões quanto a questões essenciais da vida social e política. As constituições e respectivas mudanças podem ser defendidas e legitimadas *em razão dessa participação extraordinária*, que é incomum na história das sociedades e particularmente inusitada nas sociedades ocidentais contemporâneas em que vivemos hoje. Assim, curiosamente, ao contrário do que defende Elster (e talvez de forma até contraditória com o que ele defende), é a mobilização popular (e não o uso particular da razão proporcionada por um momento de sobriedade política) que justificaria a posição de supremacia constitucional.

O ponto essencial da contribuição intelectual de Ackerman é afastar a pretensa contradição entre democracia e constituição, ao afirmar que a constituição é também um instrumento democrático, mas de natureza diversa. Por simples inferência lógica, a atuação das cortes constitucionais não seria propriamente antidemocrática, porque busca assegurar a observância das decisões populares mais importantes. Assim, quando um tribunal constitucional, como o Supremo Tribunal Federal, julga uma lei inconstitucional por contrariar a constituição, ele está atuando em *favor* da democracia (*i.e.*, defendendo uma decisão genuinamente popular). O autor reconhece e defende a existência da *política constitucional* (ao lado da *política ordinária*), que se circunscreve às pretensões de alteração do próprio texto constitucional<sup>107</sup>.

Ackerman afasta fundamentações abstratas para a defesa da supremacia constitucional, o que é um ponto relevante da teoria que apresenta. Na sua visão, se o povo quiser abolir garantias constitucionais como a liberdade de religião e, em seu lugar, estabelecer um Estado teocrático, por exemplo, caberá aos juízes *proteger* essa decisão contra as deliberações futuras. Não há um juízo de valor sobre o conteúdo da constituição. Portanto, a teoria dos momentos constitucionais não explica adequadamente o fenômeno das cláusulas pétreas (que será tratado no capítulo 4) – *i.e.*, dispositivos que simplesmente não podem ser retirados do texto constitucional – e tampouco é compatível com abordagens centradas em

---

107 O autor reconhece, contudo, a natureza particular do fenômeno envolvendo as cláusulas pétreas – ou cláusulas de eternidade –, que não estão presentes no atual texto constitucional dos Estados Unidos, apontando que ele não pode ser resolvido por meio da lógica da democracia dual. A questão será retomada no capítulo 4 (4.6.2). V. Bruce Ackerman, *We the people: foundations*, 1991, p. 15.

fundamentos puramente racionais ou metafísicos (apeladas pelo autor de *fundacionalistas*)<sup>108</sup>.

Mais uma vez, alguns questionamentos podem ser elaborados às ideias defendidas por Ackerman. Em primeiro lugar, não há critério formal para identificar o que ele denomina de *momento constitucional*. Assim como ocorre com as assembleias constituintes, a natureza dinâmica do fenômeno político não se permite encaixar facilmente em categorias formais abstratas. Esse segue um problema fundamental da teoria do poder constituinte, que será abordado no capítulo 4. Em segundo lugar, embora esteja – e assim o declare expressamente – escrevendo para o público norte-americano, a teoria pode apresentar alguma dificuldade em justificar processos constituintes que não contaram com ampla manifestação popular. Curiosamente, esse é o caso da própria constituinte norte-americana (a Convenção da Filadélfia), como veremos no próximo capítulo, que não foi dotada de ampla representatividade. Aliás, o desenho dos sistemas eleitorais, que servem para a captação da denominada “vontade majoritária”, é mais um tema profundamente inquietante da teoria do Estado<sup>109</sup>.

A par dessas estratégias intelectuais sofisticadas, que podem ser convincentes ou não para o leitor, é possível defender o modelo constitucional vigente com outros argumentos mais singelos.

### 3.3. Outras ideias a respeito da supremacia constitucional

Luís Roberto Barroso tem defendido, por exemplo, que o constitucionalismo contemporâneo, a despeito de seus problemas, é um *modelo de governança pública* que tem produzido os melhores resultados em termos de avanços civilizatórios e desenvolvimento social e econômico<sup>110</sup>. De fato, comparando o constitucionalismo atual às experiências totalitárias

---

108 Bruce Ackerman, *We the people: foundations*, 1991, p. No direito brasileiro, talvez pela imensa dificuldade em se reconciliar as cláusulas pétreas com justificativas democráticas, prevalecem atualmente as abordagens do tipo fundacionalistas. A propósito, v. Oscar Vilhena Vieira, *A constituição e sua reserva de justiça*, 2023. Rodrigo Brandão, *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*, 2022.

109 Bruce Ackerman, *We the people: foundations*, 1991, p. 15.

110 Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2023, pp. 69-76. Para uma visão geral sobre o tema, v. Michel J. Trebilcock, Mariana Mota Prado, *Advanced introduction to law and development*, 2014, pp. 87-96.

rias e autoritárias dos séculos XIX e XX, as vantagens do modelo surgem evidentes<sup>111</sup>. Trata-se, aqui, de uma defesa pragmática do modelo constitucional. Contra essa ideia é possível afirmar que muitos Estados constitucionais falharam na missão de fornecer liberdade e desenvolvimento, o que lança dúvidas se as constituições escritas são condições necessárias para que a liberdade esteja protegida. Além disso, como não é possível construir um contrafactual, trata-se de uma afirmação que não pode ser cientificamente comprovada.

Após reconhecer a pertinência das críticas ao seu próprio trabalho, Jon Elster afirma que uma das formas de legitimar a ordem constitucional consiste simplesmente na importância da estabilidade para a vida das pessoas. Segundo o autor, “[o] efeito de estabilização da exigência de maiorias qualificadas para emendar a Constituição é talvez o aspecto mais importante do pré-compromisso constitucional”<sup>112</sup>. Essa forma de justificar a supremacia constitucional descarta dos méritos intrínsecos do texto constitucional, e foca exclusivamente na importância do mecanismo para a estabilidade do direito objetivo. O mérito da constituição está na sua própria rigidez e na segurança jurídica por ela proporcionada.

Na mesma linha, não se pode deixar de pontuar que certos tipos de arranjos institucionais, para que sejam viáveis, demandam o tipo de estrutura dual que as constituições oferecem. Em particular, não seria possível engendrar o modelo de estado federal, na qual a constituição demarca as áreas de atuação próprias da União Federal, dos Estados e dos Municípios, sem que houvesse a supremacia constitucional (além de um tribunal responsável por interpretá-la). Na verdade, segundo veremos adiante, a invenção da constituição escrita foi fruto muito mais das exigências próprias ao Estado federal – que não existia em outros lugares do mundo – do que por razões de proteção das liberdades.

---

111 Nesse sentido, importante registrar o papel que as liberdades têm na ideia de desenvolvimento humano (que não incluem apenas riqueza). Amartya Sen, por exemplo, narra que as condições materiais de vida dos escravos dos Estados do Sul eram melhores do que muitos trabalhadores livres do Norte e na Europa. A despeito disso, eram os primeiros que lutavam para se libertar do jugo da escravidão. A propósito do tema, v. **Desenvolvimento como liberdade**, 2010, p. 46.

112 Jon Elster, **Ulisses liberto**, 2009, p. 198. E prossegue o autor: “O argumento está relacionado à ideia de que mesmo os fracos preferem um regime legal que favoreça os interesses dos fortes a uma sociedade sem nenhuma lei, com a diferença de que aqui é a estabilidade das leis, mais do que a sua mera existência, que os redime aos olhos dos que preferiram um conjunto diferente de leis” (p. 199).

Finalmente, em uma abordagem mais pragmática e realista, deve-se reconhecer que as constituições refletem o *equilíbrio* das forças políticas de um país, estabelecendo as bases da convivência pacífica entre os diversos grupos. Nesse sentido, a constituição funciona antes de tudo como um instrumento de pacificação social, um *pacto de convivência*, que disciplina o exercício legítimo do poder e as regras de transição política. Como disse no início desse livro, o direito constitucional é, antes de tudo, a disciplina do poder. Em tempos de divisão ideológica radical entre as pessoas, as constituições poderiam (e deveriam) funcionar como uma gramática política comum.

#### 4. Conclusão

Ao longo deste estudo, exploramos os contornos da supremacia constitucional, abordando desde sua definição e manifestação prática até os complexos debates sobre seus fundamentos de legitimidade. Vimos como a constituição se posiciona não apenas como um documento normativo, mas como a espinha dorsal do ordenamento jurídico e político, cuja supremacia não deriva meramente de sua posição hierárquica, mas da essência de seus conteúdos – a definição das liberdades fundamentais e a organização do poder.

A análise revelou que, apesar das tensões inerentes entre a rigidez constitucional e a dinâmica democrática, a supremacia constitucional se justifica não apenas como um mecanismo de limitação ao poder, mas como um instrumento essencial para a proteção das liberdades básicas e a promoção da estabilidade social. Fomos além, discutindo teorias contemporâneas que procuram reconciliar a supremacia constitucional com os ideais democráticos, destacando a importância do diálogo constante entre o direito constitucional e a prática política.

Assim, concluímos que a supremacia constitucional, mais do que um princípio jurídico, é um pilar fundamental para a construção de uma sociedade justa, democrática e estável. Ela não apenas governa a relação entre as leis e o poder político, mas serve como uma bússola moral e ética para a governança, assegurando que os direitos fundamentais sejam protegidos e que o exercício do poder seja conduzido dentro dos limites estabelecidos pelo pacto social mais fundamental de um país: sua constituição. Neste sentido, a constituição e sua supremacia não são apenas questões de direito, mas de política, ética e, sobretudo, de compromisso coletivo com os valores mais elevados da humanidade. Portanto, a supremacia

constitucional permanece como o alicerce sobre o qual repousa a legitimidade da ordem jurídica e política, garantindo a continuidade e a evolução das nossas democracias.

## Referências

- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Constituições revolucionárias: liderança carismática e Estado de Direito*. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- ARMITAGE, David. *Declaração de Independência: uma história global*. Trad. Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BALEIRO, Aliomar. *Alguns andaimes da Constituição*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- CASSIRER, Ernst. *An essay on man: as introduction to philosophy of human culture*. New Haven: Yale University Press, 1944.
- CASTRO, João Bosco Marcial. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.
- CHÂTELET, François. DUHAMEL, Olivier. PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- COLLEY, Linda. *The gun, the ship, and the pen*. New York: Liveright, 2021.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- \_\_\_\_\_. Elementos de teoria geral do Estado. 24<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 8<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Trad. Juan José Utrilla. Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, 1989 [edição eletrônica, 2015].
- \_\_\_\_\_. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael (org.). *Fundamentos de direito constitucional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 3<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Lisboa: Almedina, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. *Os artigos federalistas (1787-1788)*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*, v. I. Coimbra: Almedina, 2022.
- PEGORARO, Lucio; RINELA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*, v. 1 e 2. Trad. Manuellita Hermes. São Paulo: Contracorrente, 2021.

- SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 4<sup>a</sup>. Ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. *A constituição e sua reserva de justiça*. 2<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2023.



# AS ESFERAS PÚBLICAS PARTICIPATIVAS E INSTITUCIONALIZADAS NO FOMENTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS: O RETORNO À QUALIDADE DA REPRESENTAÇÃO

*Claudia Tannus Gurgel do Amaral*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Participação social e a Constituição brasileira de 1988. 3. Cultura e participação social: O Conselho Nacional de Política Cultural e as Conferências Nacionais. 3.1. *O direito à cultura: um pouco da história brasileira.* 3.2. *O Conselho Nacional de Políticas Culturais: Alguns aspectos.* 3.3 *Das Conferências Nacionais sobre cultura: alguns aspectos.* 4. A tentativa de colapsar o modelo participativo e seu ressurgimento. 5. Considerações finais. Referências

## 1. Introdução

O presente artigo apresenta alguns contornos acerca da participação ativa cidadã na promoção e articulação de políticas públicas culturais no Brasil, em um processo ao longo de décadas na construção da gestão pública democrática e participativa nos diferentes níveis de governo, quando da formulação e gestão da Cultura. Para tanto será o Conselho Nacional de Políticas Culturais (CNPC) e as Conferências nacionais os objetos de análise. Nesta senda, apresentar-se-ão alguns apontamentos acerca da participação cidadã na vida política brasileira numa perspectiva de alargamento da democracia a partir do processo da Constituinte de 1987, que após um ano culminou com a promulgação da atual Constituição. Esse

processo ao longo dos anos se expressou pela criação de esferas públicas institucionalizadas, nas quais a cidadania ativa se coloca para também participar do fomento de políticas públicas setoriais, como no caso do Conselho Nacional de Política Cultural (CNPC) e das Conferências Nacionais. No âmbito da Cultura, como direito constitucional a ser tutelado pelo Estado brasileiro, foi durante os dois primeiros mandatos de gestão do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) que se deu o início do período efervescente de práticas participativas no fomento das políticas públicas culturais. Neste período destaca-se como ministro o então compositor Gilberto Gil (01 de janeiro de 2003 até de 30 de julho de 2008). No atual mandato de Lula na presidência do Brasil (2023-2027) a pasta da cultura tem à frente a Ministra Margareth Menezes da Purificação Costa.

É cediço que nos anos de 1990 as dimensões dos direitos fundamentais ganharam relevo no âmbito acadêmico classificando os direitos culturais no campo dos direitos fundamentais de segunda dimensão como expressão do valor da igualdade, ao lado dos sociais e econômicos.

Democracia sob tal prisma de compreensão é entendida como um processo contínuo e não a saltos, e se abre através da história, parametrizada pela Constituição.

## **2. Participação social e a Constituição brasileira de 1988**

A consolidação da democracia abarca uma gama variada de componentes entre tantos a legitimidade e a participação, mas, necessita para esta consolidação haver um processo perene de fortalecimento das instituições. A dinâmica da participação da sociedade em espaços públicos de interlocução com o Estado marcou épocas na história do Brasil na luta pelos direitos, estando presente quando das manifestações de rua, das Revoltas e dos movimentos sociais, escrevendo uma parte da história política brasileira, tanto no período monárquico quanto republicano.

Na história mais recente, passados mais de 30 anos, imbricar democracia, participação social à análise dos momentos históricos é tarefa desafiadora e ambiciosa. Os atos que antecederam a Assembleia Nacional Constituinte (ANAC) de 1987 como processo de elaboração da Carta de 1988 também foram embasados pelo engajamento da participação social, permitindo a construção de um retrato atual e multifacetado da moldura institucional neste tema.

Foi no processo Constituinte de 1987 que se fizeram presentes as demandas postas pelos movimentos sociais no período que compreende os

anos finais da década de 1970 e o início dos anos 1980 sobre a redemocratização do Estado e os mecanismos necessários para torná-las públicas efetivas.

Segundo Moroni, os movimentos sociais trouxeram ao processo constituinte, além da democratização e publicização do Estado, a necessidade de controle social das políticas públicas em cinco dimensões: formulação, deliberação, monitoramento, avaliação e financiamento”.<sup>113</sup>

Em razão desta presença da participação ativa cidadã é possível afirmar que a democracia brasileira ao longo dos anos pós 1988, sob a ótica da participação social na gestão pública, é identificada alhures como uma forma *sui generis* de participação institucionalizada. Esse formato emergiu também em razão das alterações introduzidas ao texto Maior via Emendas e pela produção legislativa posterior. Por certo, numa perspectiva normativa e institucional, a participação cidadã na vida política brasileira se fez por meio de um processo de alargamento da democracia, expressada na criação de novas esferas públicas institucionais.

Nesse ambiente, a democracia participativa brasileira, se concretizou no campo das decisões políticas, em especial, na execução e aperfeiçoamento das políticas públicas dos direitos sociais. Muitas são as áreas nas quais esses laços se estreitam, a exemplo da saúde, educação, cultura, desporto meio ambiente, criança e adolescente e outros.

A partir do arranjo constitucional de 1988, deu-se início às transformações institucionais. O princípio da democracia participativa está alinhado à clássica democracia representativa, estando cunhado, *de prima facie*, no parágrafo único do artigo primeiro da Carta<sup>114</sup>, mas também se espalha ao longo do Texto em outros dispositivos, reformulando assim os contornos jurídicos e políticos da relação entre Estado e sociedade. “A expectativa girava e ainda gira em torno da premissa: onde há a participação social efetiva, as ações do poder público são mais legítimas”.<sup>115</sup>

---

113 MORONI, José Antônio. **Participamos, e daí?**. Observatório da Cidadania, dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.ibase.br/pubibase/cgi/cgi-lua.exe/sys/start.htm?inford=1183&sid=127>

114 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

115 PIRES, Roberto (coordenador). **Considerações sobre a integração das institui-**

Vale ressaltar que o perfil participativo da Carta de 1988 pode ser assim compreendido através da análise e identificação dos dispositivos alinhados a esta tese, partindo-se da interpretação do parágrafo único do artigo, conforme tabela abaixo:

### Constituição da República Federativa do Brasil e Emendas<sup>116</sup>

Tema	Conteúdo
Dos Direitos Sociais	Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: <b>VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;</b> Art. 10. É assegurada a <i>participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos</i> em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.
Dos Direitos Políticos	Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.
Competência dos Municípios (Direitos e Deveres)	Art.29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: <b>XII- <i>cooperação das associações representativas no planejamento municipal.</i></b>
Poder Legislativo	Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. parágrafo 2º. <b>II - adoção nominal pelas comissões do Congresso Nacional, nas matérias de sua competência, de <i>audiências públicas com entidades da sociedade civil.</i></b>
Da Política Agrícola e Fundiária	Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com <b><i>a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais....</i></b>

ções participativas ao ciclo de gestão de políticas públicas:subsídios à formulação de um sistema de participação. Nota Técnica. n.3Brasília: IPEA,2012.p,7.

116 Tabela.

Criação

própria.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<p>Título VIII DA ORDEM SOCIAL Capítulo I Seguridade Social Saúde e Assistência Social</p>	<p>Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Parágrafo único. <b><i>O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)</i></b></p> <p>Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.parágrafo único(...)</p> <p><b>VII –Participação da comunidade nas decisões sobre a seguridade social</b></p> <p>Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: <b>III – participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde;</b></p> <p>Art. 204 As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - <b><i>a participação da população através de organizações representativas na formulação de políticas de assistência social.</i></b></p>
<p>Educação</p>	<p>Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: <b>VI - <i>gestão democrática do ensino público, na forma da lei;</i></b></p>
<p>Capítulo III Seção II Da Cultura e Participação no Sistema Nacional de Cultura</p>	<p>Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.</p> <p>Art. 216-A. <b><i>O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes,</i></b> pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. <b><i>(EC nº 71, de 2012).</i></b></p> <p>§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios. IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;<b><i>(Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)</i></b></p>

	<p>VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; <u>(Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)</u></p> <p>IX - transparência e compartilhamento das informações; <u>(Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)</u></p> <p>X - <b>democratização dos processos decisórios com participação e controle social</b> <u>(EC nº 71, de 2012)</u>.</p> <p>§ 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)</p> <p>II - <b>Conselhos de política cultural</b>; <u>(Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)</u></p> <p>III - Conferências de cultura;</p>
<p>Da Família, Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)</p>	<p>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. <u>(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)</u></p> <p>§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, <b>admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos</b>: <u>(EC nº 65, de 2010)</u></p> <p>Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, <b>assegurando sua participação na comunidade</b>, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. <b>(grifo nosso)</b></p>

(fonte própria)

Pelo quadro pode-se afirmar que a Constituição de 1988 apresentou grandes avanços em relação aos direitos sociais, ao introduzir os instrumentos de democracia direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular), a democracia participativa abriu a possibilidade de criação de mecanismos de controle social, como, por exemplo, os conselhos de direitos, de políticas e de gestão de políticas sociais específicas.

A participação como método de governo no ideário da construção de uma política e do sistema nacional de participação social foi aperfeiçoada nos anos de 2003–2011 (os dois primeiros mandatos do Governo Lula). Neste período verificou-se em todos os níveis de poder, mas em especial no âmbito federal, a arquitetura da estrutura participativa. O surgimento de novas arenas de discussão e de tomada de decisões relacionadas às questões de criação, execução e controle de políticas públicas também ocorreu, e por consequência um aumento das experiências participativas,

a exemplo as Audiências públicas, as Conferências municipais, estaduais e nacionais, as ouvidorias, os Conselhos setoriais, o Conselho do Orçamento participativo, fóruns, e outros mais do gênero. Foi neste ambiente que o CNPC e as Conferências Nacionais foram desenvolvidas.

Topograficamente a cidadania brasileira ganha status constitucional de fundamento do Estado, ao lado dentre outros, da dignidade do cidadão - corolário de um mínimo existencial - e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, todos embalados pelos valores de liberdade e justiça, fazendo com que o seu exercício ultrapasse a fronteira simplista de condição política do exercício do voto, como predominou nas décadas anteriores. Ao lado dos demais dispositivos formam conjunto dos alicerces fundantes do Estado democrático de direito a partir do arranjo constitucional de 1988.

Da análise do Texto de 88, verifica-se a ênfase dada à presença da participação social em vários temas. Todavia, não se duvida que de todos os títulos da Constituição, é o Título VIII - da Ordem Social aquele no qual as ferramentas participativas têm uma ligação estreita entre as esferas públicas institucionalizadas e os direitos sociais presentes no cotidiano, tanto da vida do cidadão como do Estado pelo seu dever em realizar prestações positivas na busca pela eficácia desses direitos. Não se olvida ser o Título que mais imbrica as ferramentas participativas com as esferas públicas, trazendo a atenção à Cultura. Tal assertiva se comprova pela leitura do disposto no artigo 193 e parágrafo, como abaixo se transcreve:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020).

Numa classificação mais restrita ao tema, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais fundados no valor democrático da igualdade. Os direitos culturais estão relacionados à valorização e proteção do patrimônio cultural; à produção, promoção, difusão e acesso democrático aos bens culturais, à proteção dos direitos autorais e à valorização da diversidade cultural. Direito social

e fundamental à Cultural encontra-se disposto no título VII “ Da Ordem Social ”, cabendo ao Estado a sua promoção e ao mesmo tempo garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a difusão das manifestações culturais. Mas, somente em 2012 em razão da Emenda Constitucional de n. 72 a participação social nesta seara ganha status constitucional, conforme nova redação, a seguir:

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, **de forma descentralizada e participativa**, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012). **(grifo nosso)**

Por sua vez, no mesmo dispositivo, o Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura. Nesta linha, o CNPC e as Conferências Nacionais passaram a ser incluídos como componentes da estrutura do Sistema Nacional de Cultura, conforme abaixo:

§ 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012)

I - órgãos gestores da cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012);

II - conselhos de política cultural; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012);

III - conferências de cultura; (...)

Nesta linha, pela topografia constitucional o acesso à cultura constitui um direito fundamental de segunda geração, previsto no artigo 216 CRFB e sua inclusão na segunda geração dos direitos positivos implica em afirmar a necessidade de posicionamento ativo por parte do Estado para sua efetivação e universalização.

### 3. Cultura e participação social: O Conselho Nacional de Política Cultural e as Conferências Nacionais

#### 3.1. O direito à cultura: um pouco da história brasileira

Na historiografia, segundo Calabre<sup>117</sup>, dois períodos de governo podem ser citados como tempo de mudanças e avanços do desenvolvimento da gestão pública da cultura: O período da Era Vargas<sup>118</sup>, e mais recente na ditadura civil-militar 1964-1985. Na era Vargas, em sede de instância federal, se destacou um grupo de ações articuladas que tomaram forma de políticas culturais, objetivando fornecer uma maior institucionalidade ao setor cultural. O exemplo mais clássico dessa ação está na área de preservação do patrimônio material, quando em 1937 foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN). “Foi a partir da década de 1930 que Estado brasileiro passou por um processo de reforma administrativa que tentou implantar políticas governamentais específicas e com alcance nacional para uma série de setores. No recenseamento de 1940, por exemplo, a cultura mereceu a publicação de um volume específico, com considerações sobre as diversas áreas de abrangência.” Em 1953, o Ministério da Educação e Saúde foi desmembrado, surgindo os Ministérios da Saúde (MS) e o da Educação e Cultura (MEC). Também no governo Vargas há notícias da criação e incremento das ações na área da radiodifusão. O decreto-lei nº 21.111, de 1932, regulamentou o setor, normatizando, inclusive, questões como a da veiculação de publicidade, da formação de técnicos, da potência de equipamentos, entre outras.

Durante o Governo militar (1964-1985) o Estado foi retomando o projeto de uma maior institucionalização do campo da produção artístico-cultural. Em 1966 foi formada uma comissão para estudar a reformulação do Conselho Nacional de Cultura de maneira a dotá-lo de estrutura administrativa; O Departamento de Assuntos Culturais - DAC, dentro do MEC, foi criado somente em 1970, através do Decreto 66.967; No

---

117 CALABRE, Lia. **Políticas Culturais no Brasil: balanço e perspectivas** - Políticas culturais no Brasil. Salvador: EDUFBA, 2007. Disponível: <https://www.cult.ufba.br/enecult2007/LiaCalabre.pdf>

118 O período da Era Vargas pode ser dividido em dois ciclos: De 1930-1945 que compreende o Governo Provisório (1930-1934); o Governo Constitucional (1934-1937), e a ditadura do Estado Novo (1937-1945), e a última fase de 1951 até 1954, ano de sua morte.

final governo do Presidente Médici (1969-1974), foi elaborado o Plano de Ação Cultural (PAC), apresentado pela imprensa da época como um projeto de financiamento de eventos culturais; durante o governo Geisel (1974-1978), foi um período de efetivo fortalecimento da área da cultura, com a criação de órgãos estatais que passaram atuar em novas áreas como a Fundação Nacional de Arte (FUNARTE), criada em 1975.<sup>119</sup>

Sobre a criação dos Conselhos de cultura, em outra obra, Lia Calabre esclarece que o modelo dos Conselhos teve em sua trajetória os principais momentos<sup>120</sup>:

O Conselho Nacional de Cultura, como órgão de cooperação do Ministério da Educação e Saúde (MES) foi instituído por meio do Decreto-Lei nº 526 de 1º de julho de 1938; em fevereiro de 1961 foi promulgado o Decreto nº 50.293, criando o Conselho Nacional de Cultura; em novembro de 1966, foi criado o Conselho Federal de Cultura (CFC), por meio do Decreto-Lei nº8. Também no período militar foram criados o Conselho Nacional de Cinema e o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA).

Com a 5ª REPÚBLICA (09.04.1964 - 05.10.1988)<sup>121</sup> marca-se o fim da era militar, e em 1985 foi criado o ministério da Cultura.

Por certo, a partir da gestão do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) se deu a simbiose entre democracia participativa, esfera pública e cultura, fortalecendo as bases para o crescimento da cidadania ativa na seara da cultura pelas ferramentas participativas. Neste ambiente o destaque é o Conselho Nacional de Política Cultural, tomado aqui como uma esfera participativa institucionaliza.

Para mais, o aperfeiçoamento tanto do CNPC como a realização das Conferências nacionais como esferas públicas institucionalizadas é um in-

---

119 Id.CALABRI,2007.

120 CALABRE, Lia. **O Conselho Federal de Cultura,1971-1974, 2006**: Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 37, janeiro-junho de 2006, p. 81-98.

121 Na Quinta República estão incluídos o Governo Militar, com a expedição de atos institucionais a partir de 9 de abril de 1964, a "Constituição Congressual", de 24 de janeiro de 1967, a "Emenda Constitucional nº 1", de 17 de outubro de 1969, promulgada pela Junta Militar, e as emendas subsequentes; e o governo civil, com a denominada "Nova República", até a promulgação da "Constituição Cidadã", em 5 de outubro de 1988.

dicativo dos rumos tomados para impulsionar o diálogo das representações da sociedade civil organizada e os diversos níveis de Poder na seara da Cultura.

Como bem alinha Marilene Chaui, “(...) em uma sociedade polarizada por carências profundas e privilégios cristalizados, propor uma política cultural supõe decisões mais amplas, definição clara de prioridades, planejamento rigoroso dos recursos. (...) Numa perspectiva democrática, as prioridades são claras; trata-se de garantir direitos existentes, criar novos direitos e desmontar privilégios”.<sup>122</sup>

No cenário da promoção e difusão das políticas culturais, em sede federal, foi a partir de 2003, por meio do Ministério da Cultura (MinC), o início do processo de aproximação com a sociedade civil numa diversificação tanto de instrumentos participativos como de instituições culturais e diferentes grupos de culturais. Os primeiros eventos de maior abrangência foram: o I Seminário Nacional de Políticas Públicas para as Culturas Populares (I SNPPCP/2005), e I Encontro Sul-americano das culturas populares, (2006).

### 3.2. O Conselho Nacional de Políticas Culturais: Alguns aspectos

O atual Conselho Nacional de Política Cultural (CNPC) é um órgão colegiado que compõe o Sistema Nacional de Cultura e integra a estrutura básica da Secretaria Especial da Cultura do Ministério do Turismo. O CNPC tem respaldo na Constituição Federal, em seu art. 216-A, § 2º, inciso II, e foi instituído por meio do Decreto nº 9.891 de 27 de junho de 2019.

Os Conselhos de políticas culturais, em diferentes níveis de governo, como instrumentos fundamentais ao fortalecimento da democracia e à consolidação do Sistema Nacional de Cultura são estruturados de forma descentralizada. Eles têm a função de estabelecer a mediação entre o Estado e a sociedade civil, contribuindo para o aperfeiçoamento das políticas culturais.

A natureza do CNPC é de caráter consultivo está estruturado na Secretaria Especial da Cultura do Ministério do Turismo. Tem por finalidade de propor a formulação de políticas públicas de cultura, de forma articu-

---

122 CHAUI, Marilena. Apud Calabre, Lia. **Política Cultural em tempos de democracia: a Era Lula**. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 58, p.137-156, jun. 201.

lada entre as diferentes esferas de governo e a sociedade civil objetivando agregar as ideias e sugestões de medidas que visem o reconhecimento da cultura como cerne do desenvolvimento humano, social e econômico, consideradas as dimensões simbólicas sociais.

Disposto no decreto nº 9.891, de 27 de junho de 2019, a estrutura governamental do CNPC demonstra a importância dada ao aperfeiçoamento na atuação e formação da participação social neste contexto, conforme disposto no art. 2º, abaixo:

Art. 2º O Conselho Nacional de Política Cultural é órgão de caráter consultivo da estrutura do Ministério do Turismo, destinado a:

I - propor a formulação de políticas públicas de cultura, de forma articulada entre as diferentes esferas de governo e a **sociedade civil**;

III - apoiar a articulação e a cooperação federativas necessárias à consolidação do Sistema Nacional de Cultura e **dos processos de participação da sociedade na formulação das políticas culturais**;

V - avaliar as diretrizes do Plano Nacional de Cultura a partir das propostas emanadas da Conferência Nacional de Cultura;

VIII - promover o diálogo entre as diferentes expressões da diversidade cultural brasileira, em ambiente presencial e digital, para permitir a **participação democrática na gestão das políticas culturais e dos investimentos públicos**;

IX - manifestar-se sobre temas relacionados à cultura, incluídos os temas discutidos nas **Conferências Nacionais de Cultura**;

(Grifo nosso)

Na formação do CNPC, além dos indicados pela carreira administrativa e vinculados à estrutura da máquina pública, a representação social se faz presente entre outro pela representação das entidades ou das organizações não-governamentais, dos representantes das áreas técnico-artísticas, personalidades com comprovado notório saber na área cultural de livre escolha do Ministro de Estado da Cultura, e representante de entidades de pesquisadores na área da cultura.

### 3.3 Das Conferências Nacionais sobre cultura: alguns aspectos

A participação social nas conferências nacionais se faz presente nos vários segmentos organizados da sociedade em todas as fases que antecedem à Conferência nacional, ou seja, nas conferências municipais e esta-

duais, demonstrando o dinamismo nas mais diferentes áreas de políticas públicas. Neste ambiente, as Conferências nacionais se tornaram a um importante instrumento de política participativa do Brasil desde a redemocratização, todavia, não se pode esquecer que esta ferramenta participativa esteve presente em momentos da história da política, a exemplo nos anos de 1940, quando o governo Vargas convocou uma primeira conferência nacional de saúde.

Mas, foi a partir de 198 que as formas de participação da sociedade civil previstas pela Constituição nas áreas sociais impulsionaram a realização das conferências nacionais. No entanto, o grande impulso conferido às Conferências nacionais ocorreu depois de 2003, com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva para presidente. Nos últimos anos, (excetuando o período de 2019 a 2022), 80 delas foram realizadas nas mais diferentes áreas como saúde; temas das minorias; ao meio ambiente; ao respeito da economia, do Estado e do desenvolvimento; educação, cultura e assistência social; e direitos humanos.

A Conferência Nacional de Cultura (CNC) é a instância de debate e de proposição de diretrizes para a formulação das políticas públicas de cultura visando o âmbito nacional. Para tanto é constituída por representantes da sociedade civil em Conferências Estaduais, na Conferência Distrital, em Conferências Municipais e Intermunicipais de Cultura e em Pré-Conferências Setoriais de Cultura, tudo em observância ao Regimento próprio a ser aprovado pelo Plenário do CNPC.

De acordo com os Decretos nº 9891, de 27 de junho de 2019, e Decreto nº 5.520, de 24 de agosto de 2005, compete ao Ministério da Cultura a coordenação e a convocação da Conferência Nacional de Cultura por meio do CNPC.

Os Objetivos da Conferência Nacional de Cultura (CNC) são analisar, aprovar moções, proposições e avaliar a execução das metas concernentes ao Plano Nacional de Cultura e às respectivas revisões ou adequações. Assim, podemos afirmar que há uma participação efetiva nas Conferências nacionais que expressa continuidade com as formas de participação que surgiram no Brasil durante a redemocratização. Essas formas de participação têm começado a influenciar o comportamento dos atores da sociedade civil. A CNC é composta por representantes do Poder Público e da sociedade civil, sendo que os representantes da sociedade civil serão indicados em conferências estaduais, distrital, municipais ou intermunicipais de cultura e em conferências virtuais, conforme o disposto no regimento da Conferência.,

Em um cronograma no tempo, em 2005 se deu a I Conferência Nacional de Cultura<sup>123</sup> com a participação da sociedade civil e governos federal, municipais e estaduais na qual se criou o Grupo de Trabalho para as Culturas Populares.

“A 1ª Conferência Nacional de Cultura, algo inédito em termos da participação social mais ampla. As conferências municipais, estaduais e interestaduais possibilitaram, em todas as regiões do país, a instalação de diferentes espaços, de reflexão, debate nacional sobre a situação da cultura, avaliando perspectivas, levantando possibilidades de avanço e propondo novas formas de atuação”.<sup>124</sup>

A II Conferência Nacional de Cultura se deu pela Portaria n.46, de 10 de julho de 2009. Acrescenta-se que durante o primeiro ano (2010) se deu a maior parte das ações de participação no Colegiado. Uma das principais ações desenvolvidas foi a construção do Plano Nacional (PNC) e colocado em Consulta Pública (online) no segundo semestre de 2011, a consulta pública para a definição das metas do PNC é parte de um processo participativo que se iniciou em 2003. Mais recente o sistema nacional de cultura passa a ter escopo constitucional.<sup>125</sup>

Em 27 de novembro a 1º de dezembro 2013 se deu a III Conferência Nacional de Cultura, como tema proposto um grande balanço e propostas, o tema foi: “Uma política de estado para a cultura: desafios do sistema nacional de cultura”. Nessa Conferência os eixos básicos forma desenvolvidos, a saber: I- Implementação do sistema nacional de cultura; II- Produção simbólica e diversidade cultural; III - Cidadania e direitos culturais; IV- Cultura como desenvolvimento sustentável Foco: Economia criativa como uma estratégia de desenvolvimento sustentável.

---

123 As Conferências de Cultura (I CNC e II CNC) integram a estrutura do Conselho Nacional de Política Cultural (CNPC), que é um órgão colegiado integrante da estrutura básica do Ministério da Cultura e foi reestruturado a partir do Decreto nº 5.520, de 24 de agosto de 2005, porém em funcionamento a partir de 2007. A principal diferença entre este modelo atual do CNPC e os Conselhos de Cultura anteriores foi integrar a esfera civil de dois modos: Colegiados Setoriais e/ou Comissões Temáticas e Grupos de Trabalho; representação desses colegiados no Plenário do CNPC.

124 CALABRE, Lia. **O Minc, a gestão Gilberto Gil e os desafios na construção de políticas culturais**. Revista Proa. nº 01, vol. 01. Disponível: <http://www.ifch.unicamp.br/proa>

125 O Sistema Nacional de Cultura foi aprovado em novembro de 2012, por meio da emenda constitucional nº71 de 29 de novembro de 2012, que acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura.

A IV CNC será realizada em, em Brasília/DF e tem como tema geral: "Democracia e Direito à Cultura".<sup>126</sup> A etapa Nacional será de 4 a 8 de março de 2024. Tendo como antecedentes as etapas Municipais ou Intermunicipais (até 30 de outubro de 2023) e as etapas Estaduais, Regionais/Territoriais e do Distrito Federal, Conferências Temáticas e Livres (até 8 de dezembro de 2023).

O mote dessa Conferência será o de fortalecer e criar mecanismos que garantam a proteção e a promoção da diversidade das expressões artísticas e culturais e a garantia de direito, e teve como eixos: I- Institucionalização, Marcos Legais e Sistema Nacional de Cultura; II- Democratização do Acesso à Cultura e Participação Social; III- Identidade, Patrimônio e Memória; IV- Diversidade Cultural e Transversalidade de Gênero, Raça e 22 Acessibilidade na Política Cultural; V-Economia Criativa, Trabalho, Renda e Sustentabilidade e VI- Direito às Artes e Linguagens Digitais.

O art. 14 desta portaria mostra a capilaridade dessa ferramenta participativa, ao envolver estados membros e municípios. (26 estados federados, 5 568 municípios e do Distrito Federal.). Segundo o IBGE, o Censo Demográfico 2022 aponta que o Brasil tem 6,0 milhões de mulheres a mais do que homens. A população brasileira é composta por cerca de 104,5 milhões de mulheres e 98,5 milhões de homens.<sup>127</sup>

Nesta linha de interpretação e aplicação da Constituição, o direito fundamental social à cultura une Poder público e participação, em um ideário de coadministração e corresponsabilidade no gestar políticas públicas de forma ampla.

#### **4. A tentativa de colapsar o modelo participativo e seu ressurgimento**

Uma das tantas características marcantes do neopopulismo do governo brasileiro de 2018 – 2022 foi a investida nefasta ao aparato de interface entre o governo federal e a sociedade. Ao contrário da nossa tradição, a *práxis* daquele governo foi o uso de instrumentos de participação infor-

---

126 Dados coletados no site <https://cnp.cultura.gov.br/4a-conferencia-nacional-de-cultura-2023/>

127 <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html#:~:text=Os%20resultados%20do%20Censo%20Demogr%C3%A1fico,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20residente%20no%20pa%C3%ADs.>

mais— como as redes sociais, plataforma WhatsApp e outros, focados diretamente nos seus seguidores. Foi a época da participação popular informal— valorizando as ferramentas de participação não institucionais.

O objetivo entre tantos dessa prática era desarticular todo o sistema institucionalizado de participação que vinha sendo vivenciado pelos brasileiros a partir de 1988, nos mais diversos níveis, como fóruns de debates, Conselhos, Conferências. Essas ferramentas de participação institucionalizadas iniciaram um ciclo virtuosos da “era Lula”, mas esse ciclo encontrou um obstáculo com intenção de destruí-lo. Governo de 2018.

No início do governo Federal passado, do então presidente Bolsonaro, foi publicado o Decreto Federal n.9759 de abril /2019 pelo qual o presidente da República à época extinguiu quase a totalidade de colegiados (Conselhos na sua maioria) no âmbito da Administração Pública federal, independente da forma como foram criados, ou seja, por lei ou decreto executivo. Objetivo era diminuir de 700 para pelo menos 50 o número de Conselhos previstos pela Política Nacional de Participação Social (PNPS) e pelo Sistema Nacional de Participação Social (SNPS). Esses programas, criados pelo governo Dilma Rousseff, em 2014, também foram extintos.<sup>128</sup> Vale recordar que existem inúmeros órgãos colegiados com atribuições essenciais para a execução de várias políticas públicas. A extinção, sem detalhar quais órgãos, trouxe como efeito imediato uma insegurança jurídica concernente à condução e desenvolvimento de políticas públicas. Essas medidas contra a participação popular na Administração Pública foi um dos caminhos usados pelo então Governo para testar os limites legais das Instituições esticando a corda até o fechamento de espaços cívicos.

Mas, esse ato descomedido não ficaria com sua eficácia plena por muito tempo. Em 13 de junho do mesmo ano o Plenário do STF por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo De-

---

128 Entre os Conselhos que foram ameaçados de extinção estavam organismos importantes de representação da sociedade brasileira como o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade), o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT (CNCD/LGBT), o Conselho Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (Conaeti), o dos Direitos do Idoso (CNDI), o de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), o Conselho Nacional de Segurança Pública (Conasp), o de Relações do Trabalho, o de Agroecologia e Produção Orgânica (CNAPO), a Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), a da Biodiversidade (Conabio), o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI).

creto nº 9.812/2019, e afastar até o exame definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6121) a possibilidade de ter-se a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência "sobre a competência ou a composição".

Por fim, cabe ressaltar que nos anos de 2018 a 2022 foi um período sombrio à cultura brasileira. Práticas negacionistas fizeram parte desses quatro anos "das trevas" para ciência, educação e como não poderia deixar de ser à cultura também.

Passada essa escuridão, um novo ciclo de fortalecimento da democracia brasileira foi iniciado em 2023 na terceira gestão do Governo Lula, com a volta à cena a Cultura e a participação. A atual ministra de estado da cultura, Sra. Margareth Menezes, representa com maestria nossa cultura popular brasileira. Sua trajetória como cantora e artista de nossa música popular nordestina traz vigor à democracia no âmbito da cultura. Em dois anos de mandato impulsionou a participação social no Minc, além da 4ª CNC, lançou consulta pública sobre o Plano Nacional de Cultura durante Conferência Nacional, bem como como preparativo criou uma plataforma para inscrição em encontros setoriais e grupos de trabalho visando a 4ª CNC.

## 5. Considerações finais

As lutas pela liberdade e pela igualdade revelam ao mundo democrático a necessidade perene de que esses valores estejam presentes nos debates travados, tanto na seara política quanto na vida acadêmica. No processo político, os novos arranjos sociais surgidos historicamente na esteira dos movimentos sociais, e em sintonia com as novas *ondas* da democracia deram nova face ao exercício da cidadania pela participação popular. Nesse contexto, os instrumentos de participação surgiram no cenário institucional para moldar as relações entre o Poder estatal e a sociedade, em especial nas escolhas das políticas públicas. Nos debates acadêmicos, as vertentes participativas e deliberativas se destacam. Na realidade histórica mais recente do Brasil, ao longo dos anos de transição democrática, com arrimo na Constituição, as lutas sociais culminaram em uma série de aberturas à participação social no processo de produção de políticas públicas, o campo mais expressivo é o dos direitos fundamentais sociais.

Numa democracia participativa, a cultura deve ser encarada como expressão de cidadania. Um dos objetivos de qualquer Governo nesta seara deve ser, o da promoção das formas culturais de todos os grupos sociais, segundo as necessidades e os desejos de cada um, procurando in-

centivar a participação popular no processo de criação cultural, promovendo modos de autogestão das iniciativas culturais. A cidadania democrática e cultural contribui para a superação de desigualdades, para o reconhecimento das diferenças reais existentes entre os sujeitos em suas dimensões social e cultural.

Assim, democratizar a democracia, além de buscar modelos de uma participação mais direta do cidadão na seara pública, visa também interconectar esses modelos com os movimentos sociais, associações, cidadãos, os agentes políticos e os administradores públicos, desfazendo as amarras da burocracia estatal. Resulta dessa arquitetura uma reconfiguração do exercício da cidadania.

Oxalá, que sejam perenes na política pública brasileira, em todo os níveis de poder, as ferramentas participativas institucionalizadas e identificadas como pré-estruturas organizativas da sociedade civil no êxito das políticas públicas, e que a cada dia o Estado tenha a capacidade organizacional de induzir formas de associativismo e práticas deliberativas semelhantes àquelas existentes no campo da sociedade civil para o ciclo das políticas públicas.

## Referências

- CALABRE, Lia. O Minc, a gestão Gilberto Gil e os desafios na construção de políticas culturais. Revista Proa. n° 01, vol. 01. Disponível: <http://www.ifch.unicamp.br/proa>
- \_\_\_\_\_. O Conselho Federal de Cultura, 1971-1974, 2006: Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 37, janeiro-junho de 2006, p. 81-98.
- \_\_\_\_\_. Políticas Culturais no Brasil: balanço e perspectivas - Políticas culturais no Brasil. Salvador: EDUFBA, 2007. Disponível: <https://www.cult.ufba.br/enecult2007/LiaCalabre.pdf>.
- CHAUI, Marilena. Apud Calabre, Lia. Política Cultural em tempos de democracia: a Era Lula. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 58, p.137-156, jun. 201.
- MORONI, José Antônio. Participamos, e daí? Observatório da Cidadania, dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.ibase.br/pubibase/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1183&sid=127>
- PIRES, Roberto (coordenador). Considerações sobre a integração das instituições participativas ao ciclo de gestão de políticas públicas: subsídios à formulação de um sistema de participação. Nota Técnica. n.3Brasília: IPEA,2012.p,7.

# **Competência da União em matéria Ambiental, de políticas nacionais setoriais e pacto federativo: desafios para a adequada gestão de resíduos sólidos em face da previsão dos acordos setoriais de logística reversa**

*Flávio Ahmed  
José-Ricardo Pereira Lira*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Notas sobre repartição de competências federativas. 3. Políticas Nacionais como norma geral. 4. A PNRS e o federalismo ecológico. 5. O Acordo Setorial e os Termos de Compromisso, soluções consensuais concebidas em lei nacional como instrumento de regulação, e o pacto federativo. 6. Conclusão. Referências

## **1. Introdução**

O presente estudo busca, a partir do sistema de competências ambientais fixadas constitucionalmente, investigar o caráter de norma geral da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o alcance federal dos mecanismos e instrumentos por ela instituídos na efetivação da proteção ambiental no âmbito do pacto federativo. A partir de eventuais conflitos entre cláusulas de um acordo setorial, de um lado, e preceitos de lei ou regulamento editados por ente federativo não signatário do instrumento, de outro, tendo por objeto a logística reversa prevista na Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei nº 12.305, de 02.08.2010, busca-se, ao final, sugerir solução juridicamente adequada para a hipótese.

O tema proposto parte da análise de metas compromissadas por empresas do setor privado com o governo federal, de natureza territorial ou

quantitativa, pertinentes ao reaproveitamento de resíduos sólidos, após descarte pelo consumidor, por meio de reciclagem, em caso de coexistência de regras mais severas, impostas por estados e municípios, via lei ou regulamento.

Com efeito, tem sido recorrente a celebração de acordos setoriais onde um ente federado obtém de empresas do setor privado compromisso no sentido de alcançar meta definida de reciclagem, em territórios com determinadas características, por exemplo: cidades com população superior a certo número de habitantes.

A questão a ser enfrentada, em síntese, consiste em saber se, na vigência de um acordo setorial, a superveniência de lei ou regulamento editado por ente federado não signatário, com metas mais gravosas que as consensadas com o poder público, seria oponível às empresas subscritoras do instrumento.

Importante antecipar que não se está aqui a lidar com a hipótese do art. 34 da Lei nº 12.305/2010 (*caput* e §§ 1º e 2º), que cuida da concomitância de acordos setoriais e termos de compromisso firmados com o setor empresarial por diferentes entes federativos, onde todas as regras são geradas por acordo de vontades.<sup>129</sup>

As considerações que se seguem, saliente-se uma vez mais, terão foco exclusivo no conflito, em desfavor do setor privado, entre cláusulas ajustadas com determinado ente federado e normas legais ou regulamentares editadas por outro, todas versando sobre metas de logística reversa.

Todavia, a matéria necessariamente vem subordinada ao sistema de competências fixadas constitucionalmente em matéria ambiental, bem como à Lei Geral integrada a esse sistema, para, a partir dessas premissas, situar-se o ponto nevrálgico da discussão aqui trazida a lume.

---

129 Art. 34. Os acordos setoriais ou termos de compromisso referidos no inciso IV do *caput* do art. 31 e no § 1º do art. 33 podem ter abrangência nacional, regional, estadual ou municipal.

§ 1º. Os acordos setoriais e termos de compromisso firmados em âmbito nacional têm prevalência sobre os firmados em âmbito regional ou estadual, e estes sobre os firmados em âmbito municipal.

§ 2º. Na aplicação de regras concorrentes consoante o § 1º, os acordos firmados com menor abrangência geográfica podem ampliar, mas não abrandar, as medidas de proteção ambiental constantes nos acordos setoriais e termos de compromisso firmados com maior abrangência geográfica.

## 2. Notas sobre repartição de competências federativas

Segundo José Afonso da Silva, competência “é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão do Poder Público para emitir decisões”, ou, ainda no dizer do autor, “são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”<sup>130</sup>

Em países que se organizam em regime federativo, o tema assume especial complexidade. Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra conjunta com Gilmar Mendes, inicia a abordagem do assunto com a distinção entre *soberania* nacional e *autonomia* inerente aos entes federados, asseverando que, “*soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a autonomia*<sup>(4)</sup> –, *que não se confunde com o conceito de soberania*”, arrematando o jurista com o seguinte comentário, em nota de rodapé:

(4) Numa fórmula muito citada, concebida por Bryce, ‘o que caracteriza o Estado federal é justamente o fato de, sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação política de dois governos distintos, o federal e o estadual.’<sup>131</sup>

Justo por isso, declara o autor inexistir uma estrutura uniforme e rígida de federação, já pronta, passível de implantação por todos os países que se valem desse arranjo político, prevalecendo, ao revés, modelos variados, que se distinguem sobremaneira em função do grau de autonomia conferido aos entes federados.

Assim, nas federações com descentralização acentuada, os estados membros e, se existentes, também os municípios, ou ente análogo, terão competência normativa sobre amplo espectro temático, ao passo que, nas centralizadas, a competência se dilata no universo da União, na exata medida em que se comprime para estados e municípios<sup>132</sup>.

Preciosa, para a apreensão da ideia que se quer aqui acentuar, é a sintética e conclusiva afirmação de José Afonso da Silva, no sentido de que

---

130 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. – São Paulo: Malheiros, 201, p. 483.

131 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 840.

132 MENDES e BRANCO, 2016, p. 840, e SILVA, 2017, p. 481.

a distribuição constitucional de poderes constitui “o ponto nuclear da noção de Estado federal.”<sup>133</sup>

No Brasil, a Constituição de 1988 adota, como princípio norteador da repartição de competências, a *predominância do interesse*, de modo a que, em regra, cometem-se à União assuntos de interesse geral, aos estados, os regionais, aos municípios, o local, cumulando o Distrito Federal competência para temas de interesse regional e local.<sup>134</sup>

Entre outros vários critérios, as competências constitucionais podem ser divididas em dois grandes grupos, com respectivas subclasses, conforme classificação de José Afonso da Silva, como segue<sup>135</sup>:

(1) competência material, que pode ser: (a) exclusiva (art. 21<sup>136</sup>); e (b) comum, cumulativa ou paralela (art. 23<sup>137</sup>); (2) competência legislativa, que pode ser: (a) exclusiva (art. 25, §§ 1º e 2º<sup>138</sup>); (b) privativa (art. 22<sup>139</sup>); (c) concorrente (art. 24); e complementar (art. 24, § 2º).

Em catalogação semelhante, Alexandre de Moraes acrescenta, nessa estrutura, as competências constitucionais administrativa e legislativa dos municípios (art. 30<sup>140</sup>) e do Distrito Federal, que cumula as estaduais e municipais (art. 32, § 1º<sup>141</sup>).

---

133 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. – São Paulo: Malheiros, 201, p. 481

134 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. – São Paulo : Atlas, 2017, p. 322.

135 SILVA, José Afonso da. p. 484.

136 Art. 21. Compete à União: (e lista extenso rol de competências administrativas da União).

137 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (e lista extenso rol de competências administrativas comuns aos entes aqui nomeados).

138 Art. 25. (...) § 1º. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. § 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

139 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (e lista extenso rol de competências legislativas da União).

140 Art. 30. Compete aos Municípios: (e lista extenso rol de competências legislativas e administrativas dos municípios, incluindo legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual, tratar de interesses administrativos relacionados a saúde, urbanismo, patrimônio histórico, entre outros “*poderes enume-*

No plano ambiental propriamente dito, Paulo de Bessa Antunes alerta para que a distribuição de competências constitucionais constitui um dos principais desafios para a conquista de uma efetiva proteção ao meio ambiente<sup>142</sup>.

Em sua análise de nosso modelo constitucional, o autor aponta para o cuidado havido com a correspondência entre as competências legislativas e as competências administrativas, capaz de harmonizar a atividade legislativa com o poder administrativo atribuído aos diferentes órgãos do poder público.

Assim, por exemplo, a Constituição, em seu art. 22, confere à União competência privativa para legislar sobre águas, energia e recursos minerais. O art. 24, a seu turno, atribui competência legislativa concorrente à União, aos estados e ao Distrito Federal para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, proteção do meio ambiente e controle da poluição, entre outros temas.

De outro lado, o art. 23 dota com competência administrativa a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios para proteger o meio ambiente, combater a poluição, preservar florestas, flora e fauna, havendo aderência adequada entre as competências para legislar e administrar.

De fato, há circunstâncias em que a repartição de competências suscita controvérsias, em grave prejuízo à segurança jurídica, como ocorre, no plano do direito ambiental, com a energia, que se pode enquadrar na competência privativa da União e na competência concorrente dos entes federados<sup>143</sup>.

A esse cenário, acresce a novidade proveniente da introdução, no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos, do acordo setorial e do ter-

---

rados”, na dicção de Alexandre de Moraes (op. cit., p. 322).

141 Art. 32. (*omissis*) § 1º. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”, ressaltando o autor o art. 22, XVII, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre: organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes.

142 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015, PP.. 66 e ss.

143 AHMED, Flávio. *Federalismo e Competências: gestão e regulação ambiental em cenários não cooperativos*. In: **Coletânea de artigos sobre os 40 anos de vigência da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81)**. 1ª ed. – Brasília-DF: OAB Nacional Editora, pp. 59 e ss.

mo de compromisso, como instrumentos convencionais geradores de regras que, no tocante à logística reversa, demandam inserção no sistema normativo integrado por leis e regulamentos administrativos de todas as instâncias da federação brasileira.

### 3. Políticas Nacionais como norma geral

Políticas Nacionais surgem como normas gerais no sistema constitucional brasileiro destinadas a articular os diversos setores ambientais e orquestrar suas ações no âmbito do território nacional, onde União, Estados e Municípios devem atuar de forma cooperada e sinérgica para a proteção do meio ambiente.

Normas gerais são, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>144</sup>, aquelas que:

“a) estabelecem princípios, diretrizes e linhas mestras e regras jurídicas gerais; b) que não adentrem em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotem o assunto legislado; c) obedeçam a critérios nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; e) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflitos; f) devem referir-se a questões fundamentais; g) são limitadas no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; h) não são normas de aplicação direta.”

As políticas nacionais ambientais, incluindo, no particular, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, se revestem da natureza jurídica de norma geral, de caráter nacional e não delei federal. Conforme destaca Sérgio Resende Barros, as leis federais são “leis da União para si mesma, mediante as quais ela cuida imediatamente de seus próprios assuntos político-administrativos”. Quanto às nacionais “transitam da União para a Nação. São editadas pela União em nome do Estado Nacional. Têm por fim imediato, alcançando relações sociais entre indivíduos, nacionais ou paranaçionais, disciplinar a convivência deles no seio da Nação”<sup>145</sup>.

---

144 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Competência concorrente limitada: O problema da conceituação das normas gerais”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 100, out.-dez. 1988, Brasília, p. 149-150.

145 BARROS, Sérgio Resende. *Lei federal, lei federativa, lei nacional*. In: RAMOS,

No que se refere às competências e federalismo em matéria ambiental, impende destacar dois temas centrais.

O primeiro deles é o da norma inscrita no art. 18 da Constituição, que consagra a autonomia dos entes da Federação. O segundo, também no plano constitucional, se relaciona à distribuição de competências, a saber: o art. 23, quando dispõe sobre a competência comum dos entes da federação para execução das políticas ambientais, em regime de cooperação fixado em lei; e o art. 24, que disciplina a competência concorrente para legislar em matéria ambiental.

Essa competência vem regulada e distribuída no ordenamento constitucional brasileiro segundo critérios de preponderância de interesses, podendo-se afirmar que a União atua quando o interesse for geral, ou abranger mais de um Estado, o Estado atua quando verificado o interesse regional ou abranger mais de um município e o município quando a matéria concernir ao interesse local.

Situada a questão, como acima, de forma analítica, pode parecer que o sistema normativo opera de forma eficiente, cooperativa e integrada, com base em parâmetros bem delineados na Constituição. Porém, não é isso que ocorre.

Tem-se que, durante muito tempo (cenário que veio se modificando de forma paulatina, como será visto, a partir do *leading case* do amianto), reconheceu-se certa preponderância da União sobre os demais entes da federação, tanto para edição de atos normativos, quanto em matéria da edição de leis.

Essa visão equivocada vinha associada a uma ideia também errônea da competência para editar normas gerais que era confundida com hierarquia, algo jamais cogitado no modelo constitucional brasileiro. Esse *modus operandi* desbastava a competência dos demais entes da federação, circunstância que, a partir da intervenção do Poder Judiciário, acabou por reverter-se, com o fortalecimento, também gradual, das competências dos demais entes.

Porém, importante não confundir a superação do equívoco acima apontado com a recusada competência da União para edição de normas gerais, essenciais ao funcionamento da federação, tal qual constitucionalmente concebida.

---

DircêoTorrecillas (Org.). **O Federalista Atual: teoria do federalismo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp.62,63.

O poder de editar normas gerais (é importante sublinhar), portanto, não significa ser a União hierarquicamente superior aos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois, como citado anteriormente, o art. 18 da CF preconiza a autonomia dos entes federativos. Contudo, é também certo que a norma geral, como elemento estruturante, apresenta-se como garantia da harmonia do sistema, principalmente quando se pensa em edição de Políticas Setoriais em nível nacional, como é o caso da Política Nacional de Resíduos Sólidos, aqui em foco.

A questão é tão complexa que o Decreto nº 9.191, de 2017, editado pela União, que “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”<sup>146</sup>, disciplina, entre as questões a serem observadas na elaboração de atos normativos, certos cuidados que exteriorizam essa rotina de conflito de competências, ao formular indagações norteadoras que devem preceder a elaboração das normas.

Seguem perquirições prévias que o decreto regulamentador orienta devam ser feitas pelos responsáveis pela elaboração de atos normativos, na órbita federal, : “3. A União deve tomar alguma providência? A União dispõe de competência constitucional ou legal para fazê-lo? 3.1. Trata-se de competência privativa? 3.2. Trata-se de caso de competência concorrente? 3.3. Na hipótese de competência concorrente, a proposta está formulada de modo que assegure a competência substancial do Estado-membro? 3.4. A proposta não apresenta formulação extremamente detalhada que acaba por exaurir a competência estadual? 3.5. A matéria é de fato de iniciativa do Poder Executivo federal? Ou estaria ela afeta à iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República ou do Defensor-Geral da União?”.

Em suma, da própria disciplina de redação de normas, extrai-se a preocupação com a autonomia dos entes federativos e com o sistema constitucional de repartição de competências.

O marco legal do direito ambiental, concebido de forma holística, como bem conceituado por Antonio Herman Benjamin, foi a edição da Política Nacional de Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, deflagrada ainda na vigência da constituição anterior. Embora de caráter revolucionário, com conceitos únicos e inovadores (entre eles o de meio ambiente) e que

---

146 Art. 1º, do Decreto 9.191/2017.

fez operar um giro hermenêutico sem igual no direito ambiental, marcando a visão revolucionária da própria CF de 1988, tem-se que a mesma foi editada ainda na vigência da Constituição anterior, em que se verificava a preponderância da União sobre os demais entes da federação, não o federalismo cooperativo como hoje desenhado.

Seguiu-se a essa Política de caráter geral a constitucionalização do direito ambiental e uma extensa profusão de normas denominadas como Políticas Nacionais e que na verdade traziam em seus conteúdos algumas normas de natureza federal<sup>147</sup> invadindo a competência dos demais entes de federação. Outras tantas, como é o caso da Política Nacional de Resíduos Sólidos, se revestindo de natureza de norma geral.

Como corolário dessa profusão legislativa, tem-se que normas federais e regulamentos passaram a colidir entre si e com normas legais editadas pelos entes da federação, que passaram a editar Políticas Estaduais e Municipais com temas correlatos, sendo verdade que isso ocorreu também no direito dos resíduos, o que vem ocasionando inúmeras questões, principalmente no âmbito da regulação em nível nacional, já que a PNRS previu uma forma clara de disciplinar a matéria no que concerne à logística reversa, mediante a celebração de acordos setoriais ou termos de compromisso, também de alcance nacional, e que, devido a edição de normas em âmbito estadual e municipal com elas colidentes, geraram uma nova classe de conflitos. Como superá-los?

Como se salientou, o Brasil é uma República Federativa (art. 1º e 18 da CF), a qual compreende União, Estados, Distrito Federal e Municí-

---

147 Importante nesse sentido a diferença entre nacional e federal também objeto de reflexão na seara ambiental. Leia-se para tanto, Milaré: “Releve-se, de início, que há diferença entre *nacional* – que é do interesse da nação ou da sociedade – e *federal* – que se refere ao ente federativo ou ao governo da União. A propósito, cabe salientar que as atribuições da União são exercidas sob dois ângulos: como pessoa jurídica de direito público externo, detentora de soberania, agindo em nome dos interesses do País, cujas ações, por sinal, vinculam todos os demais entes; e como pessoa jurídica de direito público interno, possuidora de autonomia, atuando como os estados, Distrito Federal e municípios e buscando a execução das políticas públicas federais, no âmbito de sua atuação – podendo, no caso, haver até usurpação de competências, nas hipóteses em que se ultrapasse os limites legalmente estabelecidos. Nesse sentido, a própria estrutura constitucional, de modo sistematizado, organiza e disciplina o nacional e o federal, trazendo estas duas faces da União.” MILARÉ, Edis e MILARÉ, Lucas Tamer. “O Marco Regulatório do Saneamento Ambiental” In: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334063/o-marco-regulatorio-do-saneamento-ambiental>, 29.09.2020, acesso em 13.03.2023

pios, autônomos entre si, possuindo órgãos governamentais próprios, com competências próprias. E a ideia de federalismo cooperativo envolve a noção de um condomínio em que, através da Constituição, busca-se o equilíbrio e uma maior sinergia.

Com efeito, traduz uma premissa que visa a prestigiar a atuação convergente em matérias fundamentais para que os entes atuem de forma coordenada para consecução dos objetivos constitucionais. Afinal, a separação de Poderes e o federalismo possuem uma função de organicidade, como ensinava Pimenta Bueno, para “melhor garantir o destino, o fim social, para que em justo equilíbrio trabalhem e cooperem, auxiliem-se.”<sup>148</sup> No caso, estamos tratando especificamente da proteção ambiental.

Essa atuação política dos entes federativos deve se dar de forma regradada, e a CF optou por um sistema articulado de descentralização política, de modo que a atuação conjunta sobre a mesma população e território se distribuisse de forma clara. Tal sistema de repartição de competências foi configurado conforme já se disse e ora se reitera segundo o critério da predominância do interesse, em que a União legisla tendo em vista o interesse nacional; os estados, o interesse regional; e os municípios, o interesse local. Essa divisão de competências, portanto, é “essencial à definição jurídica de federação.”<sup>149</sup>

O art. 18 da CF é muito claro ao dispor que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta constituição”, de modo que, como lembra Paulo Affonso Leme Machado, “a autonomia não significa desunião entre os entes federados” e “também não deve produzir conflito ou dispersão de esforços”, “mas a autonomia deve ensejar que o Município tenha ou possa ter sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados.”<sup>150</sup>

Autonomia dos entes da federação, portanto, como se disse antes e ora se repisa, não significa soberania, mas um nível de independência si-

---

148 BUENO, José Antônio Pimenta Bueno. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. TypographiaIm.. e Com. De J. Villeneuve & C., 1857, p. 36 (item 33).

149 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.25.

150 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 16ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

milar ao reservado aos demais entes, sendo certo que, no que tange ao município, a nota distintiva de sua atuação será o interesse local. Dessa forma, vêm plasmado no texto constitucional os critérios de repartição de competências para que o federalismo cooperativo, base da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, opere de forma adequada: o município atuando quando o interesse for local, o estado quando regional, e a União quando geral.

#### 4. A PNRS e o federalismo ecológico

Segundo o art. 3º, inciso XII, da Lei nº 12.305/2010, a logística reversa consiste em um conjunto de ações e procedimentos concebidos para viabilizar a coleta e a restituição de resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, quer no próprio ciclo produtivo, quer em outros, ou mediante destinação final distinta ambientalmente adequada.

O art. 33 da PNRS lista os produtos que se submetem a processo de logística reversa obrigatório, quais sejam: agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, lâmpadas fluorescentes, produtos eletroeletrônicos e seus componentes.<sup>151</sup>

O § 1º do aludido art. 33, a seu turno, estabelece que, na forma do disposto em regulamento e em acordos setoriais ou termos de compromisso, os sistemas previstos no *caput* do preceito serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens.<sup>152</sup>

---

151 Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de: I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II - pilhas e baterias; III - pneus; IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

152 Art. 33. (...). § 1º. Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no *caput* serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

O art. 5º da Lei nº 12.305/2021, de outro lado, explicita que a Política Nacional de Resíduos Sólidos interage com outras Políticas Nacionais relacionadas à proteção do meio ambiente, como a própria Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e, ainda, a Política Nacional de Educação Ambiental e a Política Federal de Saneamento Básico.

Destarte, a logística reversa constitui, indubitavelmente, matéria afeita ao meio ambiente, regida por preceitos fundados nas competências constitucionais legislativa e administrativa, operando-se seu enquadramento, na ótica federativa, quer na competência concorrente, quer na comum, com base no art. 23, inciso VI<sup>153</sup>, art. 24, incisos VI e VIII<sup>154</sup>, e art. 225<sup>155</sup>, todos da Constituição.

Fixada a premissa de que se trafega, com o tema ora versado, na seara da competência comum, é fato que para o direito ambiental a matéria adquire singularidade, em vista da Lei Complementar nº 140, de 08.12.2011, editada com base no parágrafo único do referido art. 23 da Constituição<sup>156</sup>, a qual veio de ter sua validade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.757-DF.<sup>157</sup>

#### “CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. FEDERALISMO COOPERATIVO. COMPETÊNCIA COMUM EM MATÉRIA AMBIENTAL. PA-

---

153 Art. 23. É competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...). VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

154 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...). VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; (...) VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (...).

155 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)” (e lista diversas atribuições administrativas dos entes federados).

156 Art. 23. (...). Parágrafo único - Leis Complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

157 Embora o pedido inicial tenha consistido na declaração de inconstitucionalidade de toda a lei, houve procedência parcial da ação apenas para conferir interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 14 e ao § 3º do art. 17, os quais cuidam de questões alheias ao cerne deste estudo.

RÁGRAFO ÚNICO DO ART. 23 CF. LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011. FEDERALISMO ECOLÓGICO. DESENHO INSTITUCIONAL DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FUNDADO NA COOPERAÇÃO. RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE. DEVERES FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO COMO PARÂMETRO NORMATIVO DE CONTROLE DE VALIDADE (ARTS. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, 225, CAPUT, § 1º). RACIONALIDADE NO QUADRO ORGANIZATIVO DAS COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS. EFICIÊNCIA E COORDENAÇÃO DO AGIR ADMINISTRATIVO. VALORES CONSTITUCIONAIS. PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL DE LICENCIAMENTO E ATIVIDADES FISCALIZATÓRIAS. EXISTÊNCIA E CAPACIDADE INSTITUCIONAL DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS COMO REQUISITO DA REGRA GERAL DE COMPETÊNCIA INSTITUÍDA NA LEI COMPLEMENTAR. ATUAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA. TUTELA EFETIVA E ADEQUADA DO MEIO AMBIENTE. LIMITES DA COGNIÇÃO JURISDICIONAL NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL ATRIBUÍDA AO § 4º DO ART. 14 E AO § 3º DO ART. 17. PROCEDÊNCIA PARCIAL.”

Assentadas as bases do federalismo ecológico, dotado de particular desenho institucional, como alude o Supremo Tribunal Federal, o sistema ganha colorido especial com a introdução das cláusulas do acordo setorial e do termo de compromisso na constelação de regras e princípios federais, estaduais e municipais que perfazem a estrutura normativa da logística reversa no país.

### **5. O Acordo Setorial e os Termos de Compromisso, soluções consensuais concebidas em lei nacional como instrumento de regulação, e o pacto federativo**

A PNRS é pródiga em novos institutos jurídicos, incorporando ao direito brasileiro figuras inéditas, como, entre outras, a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida de produtos e embalagens<sup>158</sup>, ou o próprio acordo setorial<sup>159</sup>.

---

158 Art. 3º. Para os efeitos desta lei, entende-se por: (...) XVII – responsabilidade

Observe-se que a responsabilidade compartilhada está concebida em lei para alcançar, entre outros agentes, os fabricantes, os importadores, os distribuidores e os comerciantes de produtos e embalagens sujeitos à logística reversa, dirigindo-se às respectivas empresas em razão de suas atividades, de que resultam, ao final, o correspondente descarte realizado pelos consumidores.

Adicionalmente, integram a responsabilidade compartilhada os próprios consumidores dos produtos e embalagens e o poder público responsável pelos serviços de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos.<sup>160</sup>

Importante frisar que a hipótese em exame versa sobre responsabilidade compartilhada, não sobre responsabilidade solidária entre integrantes do ciclo de vida dos produtos e embalagens em questão.

Todavia, como a responsabilidade compartilhada tem regramento centrado no acordo setorial, este pode instituir, por consenso, hipóteses de responsabilidade solidária entre os signatários, desde que em regra expressa, consoante art. 265 do Código Civil.<sup>161</sup>

Nesse sentido, o art. 3º, inciso I, da PNRS, transcrito na nota 25 acima, é claro ao prever que o acordo setorial visa a implantar a responsabilidade compartilhada de empresas que, explorando atividade lucrativa (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes), endereçam insumos, produtos e embalagens geradores de resíduos e rejeitos ao mercado consumidor.

Assevere-se que a circunstância de advir essa responsabilidade de um acordo de vontades não retira da respectiva cláusula o caráter regulatório,

---

compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei; (...).

159 Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por: I - acordo setorial: ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto;

160 JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins e ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto*. In: **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos** / [organizadores] Arnaldo Jardim, Consuelo Yoshida, José Valverde Machado Filho. – Barueri, SP : Manole, 2012. (Coleção Ambiental).

161 Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

reforçando essa premissa o contido no Decreto nº 10.936, de 12.01.2022, que regulamenta a PNRS, ao sujeitar empresas que participam do ciclo de vida do produto gerador do resíduo, sem subscrever ou aderir ao acordo setorial, às cláusulas deste, como meio de impedir que signatários fiquem em desvantagem em relação a não signatários.<sup>162 e 163</sup>

Em verdade, o acordo setorial funciona, na estrutura normativa da logística reversa, como um decreto *sui generis*, cujas regras, para poluidores não signatários, operam como um efetivo decreto, sendo, não obstante, igualmente mandatórias para signatários, porém como regras negociadas, em ambiente concebido na PNRS para estimular a formação de consensos entre o poder público e o setor privado, em uma espécie de *quase-autorregulação*.

A todas as luzes, a PNRS tem, como pilar fundamental, a consensualidade entre o poder público e o setor privado, como se infere de seus principais diplomas legais (lei e decreto regulamentador).<sup>164 e 165</sup>

---

162 Art. 27. Fica assegurada a isonomia na fiscalização e no cumprimento das obrigações imputadas aos fabricantes, aos importadores, aos distribuidores e aos comerciantes de produtos, de seus resíduos e de suas embalagens sujeitos à logística reversa obrigatória.

163 Art. 28. Os fabricantes, os importadores, os distribuidores e os comerciantes de produtos, de seus resíduos e de suas embalagens aos quais se refere o caput do art. 33 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e de outros produtos, de seus resíduos ou de suas embalagens que sejam objeto de logística reversa na forma prevista no § 1º do referido art., não signatários de acordo setorial ou termo de compromisso firmado com a União deverão estruturar e implementar sistemas de logística reversa, consideradas as obrigações imputáveis aos signatários e aos aderentes de acordo setorial ou ao termo de compromisso firmado com a União.

164 A Lei nº 12.305/2010 é repleta de regras que conferem à iniciativa privada papel central na logística reversa, com estímulo à sua participação voluntária no programa de destinação ambientalmente adequada de resíduos e rejeitos. Vejamos algumas dessas disposições:

Art. 6º. São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: (...)

VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade; (...).

Art. 7º. São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: (...)

VIII - articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos; (...);

XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético; (...).

---

Art. 8º. São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: (...) VI - a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos; (...).

Art. 25. O poder público, o setor empresarial e a coletividade são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e das diretrizes e demais determinações estabelecidas nesta Lei e em seu regulamento.

Art. 30. (...)

Parágrafo único. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos tem por objetivo:

I - compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis; (...).

Art. 33. (...)

§ 1º. Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no *caput* serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados. (...)

§ 3º. Sem prejuízo de exigências específicas fixadas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS, ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, cabe aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos a que se referem os incisos II, III, V e VI ou dos produtos e embalagens a que se referem os incisos I e IV do *caput* e o § 1º tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação e operacionalização do sistema de logística reversa sob seu encargo, consoante o estabelecido neste art., podendo, entre outras medidas: (...)

Art. 42. O poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de: (...)

VIII - desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos.

165 No Decreto nº 10.936/2022, que regulamenta a PNRS, consultem-se os seguintes preceitos (havendo outros que reproduzem – e reafirmam – dispositivos da Lei:

Art.76º. O Poder Público, o setor empresarial e a sociedade são responsáveis pela efetividade das ações destinadas a assegurar a observância à Política Nacional de Resíduos Sólidos e ao disposto na Lei nº 12.305, de 2010, e neste Decreto.

Art.782. A educação ambiental na gestão dos resíduos sólidos é parte integrante da Política Nacional de Resíduos Sólidos e tem como objetivo o aprimoramento do conhecimento, dos valores, dos comportamentos e do estilo de vida relacionados com a gestão e com o gerenciamento ambientalmente adequado de resíduos sólidos. (...)

§? 2º. O Poder Público adotará as seguintes medidas, entre outras, com vistas ao

Daí se conclui que as situações jurídicas constituídas por atos ou omissões unilaterais, do poder público ou da iniciativa privada – como a imposição de metas por lei ou decreto (ato), ou a opção do particular de não aderir a um acordo setorial ou termo de compromisso (omissão) – não podem prejudicar aquelas situações constituídas pelo caminho do acordo de vontades, o qual, para a PNRS, deve ser apontado como o que representa o interesse preponderante do sistema de logística reversa, na perspectiva da federação ecológica de que acima se falou.

Observe-se que, logicamente, obrigações relacionadas a processos de logística reversa só podem ter como partes quatro diferentes atores, na ótica da consensualidade: (a) entes federados signatários de acordos setoriais ou termos de compromisso; (b) entes federados não signatários desses instrumentos contratuais; (c) setor privado signatário de acordos ou termos; e (d) setor privado não signatário dos instrumentos.

A partir daí, poderíamos extrair, exemplificativamente, dois cenários: (a) empresa signatária de acordo setorial federal não poderia ter sua meta convencional de reciclagem agravada por lei ou regulamento estadual ou municipal; e (b) empresa não signatária do acordo setorial federal estaria sujeita às regras do acordo, podendo, ademais, ter sua situação agravada por lei ou regulamento estadual ou municipal, se demonstrado que, na espécie, o interesse preponderante não seria o federal.

A diferença essencial entre os dois cenários deita raiz no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, segundo o qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, sendo certo que essa interpretação se mostra em sintonia com o espírito da PNRS, no sentido de estimular os integrantes do setor privado à cooperação com o setor público, na implantação da política ambientalmente adequada de tratamento de resíduos sólidos e rejeitos pós-consumo.

Vale mencionar que esse entendimento não indica conflitar com a isonomia que se pretende assegurar nos artigos 27 e 28 do Decreto nº 10.936/2022, cuja finalidade é impedir que um integrante do setor privado não signatário de acordo com o poder público saia favorecido de sua posição, em relação ao signatário.

A quebra de isonomia em sentido oposto, para prestigiar signatários e induzir não signatários ao consenso com o poder público, apresenta-se, isto sim, como entendimento alinhado com a PNRS.

---

cumprimento do objetivo de que trata o *caput*:

I?-?incentivar atividades de caráter educativo e pedagógico, em colaboração com entidades do setor empresarial e da sociedade civil; (...).

Enfim, na medida em que, para a PNRS, o consensualismo se oferece como interesse preponderante da política pública em exame, deduz-se, como resultado do federalismo ecológico chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, a posição jurídica de que empresas signatárias de acordos setoriais ou termos de compromisso não podem ser prejudicadas por leis ou decretos emitidos por entes federados não signatários desses instrumentos.

Ao revés, os entes federados, em matéria de PNRS, devem coordenar-se para, no interesse de todos e de cada um, se desincumbirem de seus misteres sem desprezitar acordos firmados na forma da legislação, em consonância com os termos da Lei Complementar nº 140/2011.

Por derradeiro, cabe lembrar que os acordos setoriais são necessariamente acompanhados de estudos de viabilidade técnica e econômica relativos aos respectivos sistemas de logística reversa que objetivam regulamentar e estão sujeitos à consulta pública, com a oitiva de diferentes autoridades e interessados, circunstância que confere às suas regras legitimidade plena, inclusive para efeito de prevalecer em face de leis e decretos expedidos por entes federados não signatários dos respectivos instrumentos.<sup>166</sup>

---

166 Art. 22. A implementação ou o aprimoramento de sistema de logística reversa por meio de acordo setorial de âmbito nacional observará o seguinte procedimento:

I - apresentação de proposta formal pelos fabricantes, pelos importadores, pelos distribuidores ou pelos comerciantes dos produtos e das embalagens a que se refere o art. 14, ao Ministério do Meio Ambiente, com as informações estabelecidas no § 1º do art. 18 e os documentos de que trata o § 2º do referido artigo;

II - submissão da proposta à consulta pública, pelo Ministério do Meio Ambiente, pelo prazo de trinta dias, contado da data da sua divulgação;

III - oitiva dos órgãos federais com competências relacionadas à matéria, após o encerramento da consulta pública de que trata o inciso II, que deverão se manifestar no prazo de trinta dias; e

IV - consolidação e análise das manifestações a que se refere o inciso III e das contribuições recebidas por meio da consulta pública, pelo Ministério do Meio Ambiente, que poderá:

a) aceitar a proposta, hipótese em que convidará os representantes do setor empresarial para assinatura do acordo setorial, com a publicação de seu extrato no Diário Oficial da União;

b) solicitar aos representantes do setor empresarial a complementação ou o ajuste da proposta de acordo setorial, com subsequente encaminhamento para a hipótese prevista na alínea “a” ou “c”; ou

c) determinar o arquivamento do processo, quando não houver consenso na negociação do acordo.

## 6. Conclusão

A PNRS não se apresenta ao país como a panaceia do descarte ambientalmente inadequado de resíduos sólidos e rejeitos, mas se estrutura como norma geral destinada a enfrentar a problemática dos resíduos em todo país, funcionando como sistema na estrutura de repartição de competências fixadas constitucionalmente.

Nesse contexto, a política brasileira claramente escolheu um modelo de enfrentamento gradual do grave problema ambiental, refutando soluções repressivas, de eficácia duvidosa, ao prestigiar o caminho da negociação com o setor empresarial, sem descurar do estímulo ao engajamento da sociedade civil no processo, sistema esse que se insere de forma homogênea em território nacional, em respeito ao pacto constitucional em matéria de competências ambientais.

Observa-se, nesse sentido, a opção do legislador por uma logística reversa centrada apenas em alguns produtos (agrotóxicos, pilhas e baterias, embalagens etc.)<sup>167</sup>, sendo certo que, com o tempo e o sucesso do programa, outros serão acrescidos ao rol de resíduos submetidos ao processo.

Em nosso entender, por fim, o êxito da PNRS depende, essencialmente, do engajamento efetivo do setor privado nos esforços relacionados à reciclagem de resíduos sólidos, de maneira que a interpretação e aplicação do arcabouço legal pertinente ao tema, pelos três poderes da República, não podem prescindir do respeito aos instrumentos convencionais firmados com segmentos do poder público, por parte de autoridades não signatárias.

Com as considerações acima, pode-se concluir no sentido de que, na perspectiva do sistema de competências, o país caminha rumo à realização do valor constitucional que a todos impõe o dever de preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## REFERÊNCIAS

AHMED, Flávio. *Federalismo e Competências: gestão e regulação ambiental em cenários não cooperativos*. In: **Coletânea de artigos sobre**

---

167 Conferir *caput* e § 1º do art. 33 da PNRS, transcritos em notas de pé de página nº 25.

- os 40 anos de vigência da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). 1ª ed. – Brasília-DF: OAB Nacional Editora.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. 2ª ed. – São Paulo : Atlas, 2015.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.25.
- BUENO, José Antônio Pimenta Bueno. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Imperio**. Typographia Im.. e Com. De J. Villeneuve & C., 1857.
- JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins e ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto*. In: **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos** / [organizadores] Arnaldo Jardim, Consuelo Yoshida, José Valverde Machado Filho. – Barueri, SP: Manole, 2012. (Coleção Ambiental).
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 16ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILARÉ, Edis e MILARÉ, Lucas Tamer. “O Marco Regulatório do Saneamento Ambiental” In: <https://www.migalhas.com.br/depe-so/334063/o-marco-regulatorio-do-saneamento-ambiental>, 29.09.2020, acesso em 13.03.2023
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. – São Paulo : Atlas, 2017.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Competência concorrente limitada: O problema da conceituação das normas gerais”. In: **Revista de informação Legislativa**, v. 100, out.-dez. 1988, Brasília, p. 149-150.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.757-DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356653473&ext=.pdf>. Acesso em 31.07.2023.

# CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E DIREITOS SOCIAIS: OS IMPACTOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NA SAÚDE E NA EDUCAÇÃO

*André Vinícius Alves Moreira  
Leticia Agostinho Mouro  
Waleska Marcy Rosa*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Constitucionalismo digital: breves considerações. 3 Constitucionalismo digital e direitos sociais. 4. Desafios da transformação digital sobre o direito à saúde e o direito à educação. 5 Considerações finais. Referências.

## 1. Introdução

Este artigo objetiva contribuir com as discussões sobre o impacto das tecnologias da informação e comunicação (TICs) na sociedade e, em especial, nos direitos constitucionais de cunho social, com foco na saúde e na educação.

Para tanto, através de uma pesquisa indutiva, qualitativa, bibliográfica e exploratória, o estudo procura responder: (i) em que termos pode ser compreendida a noção de constitucionalismo digital para o Brasil, em face dos direitos sociais? e (ii) quais são alguns dos desafios da inovação tecnológica para a salvaguarda dos direitos à saúde e à educação?

O trabalho é justificado pela urgência e inevitabilidade de se repensar como a estrutura constitucional é transformada pelo resultado da revolução tecnológica, assim como pela importância da reflexão acerca dos des-

dobramentos de tal revolução na concretização de direitos sociais e, em última análise, na elaboração de políticas públicas.

Nesse sentido, será realizada uma abordagem conceitual de constitucionalismo digital, seguida da análise crítica do impacto das diferentes noções sobre a eficácia dos direitos sociais, em especial da saúde e da educação.

## 2. Constitucionalismo digital: breves considerações

Descrito como um momento constitucional<sup>168</sup>, uma ideologia<sup>169</sup> ou uma constelação<sup>170</sup> de normas para a proteção dos direitos e garantias fundamentais em face do avanço das tecnologias mediadas pela internet, o constitucionalismo digital ocupa hoje a centralidade dos debates constitucionais contemporâneos.

Isto ocorre na medida em que as comunidades humanas se integram cada vez mais às TICs<sup>171</sup> e que questões como o sentido e alcance dos direitos inerentes aos partícipes desta sociedade global desafiam as capa-

---

168 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A Declaração Universal dos Direitos Humanos nos Espaços Digitais: Uma Necessidade em Tempos Cibernéticos. *Revista Jurídica*. Curitiba, v. 4, n. 61, p. 30-69, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/344779024\\_A\\_DECLARACAO\\_UNIVERSAL\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_NOS\\_ESPACOS\\_DIGITAIS\\_UMA\\_NCESSIDADE\\_EM\\_TEMPOS\\_CIBERNETICOS\\_THE\\_UNIVERSAL\\_DECLARATION\\_OF\\_HUMAN\\_RIGHTS\\_IN\\_DIGITAL\\_SPACES\\_A\\_NECESSITY\\_IN\\_CYBERNETIC\\_TIMES](https://www.researchgate.net/publication/344779024_A_DECLARACAO_UNIVERSAL_DOS_DIREITOS_HUMANOS_NOS_ESPACOS_DIGITAIS_UMA_NCESSIDADE_EM_TEMPOS_CIBERNETICOS_THE_UNIVERSAL_DECLARATION_OF_HUMAN_RIGHTS_IN_DIGITAL_SPACES_A_NECESSITY_IN_CYBERNETIC_TIMES). Acesso em: 15 mar. 2024.

169 CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo Digital: Mapeando a Resposta Constitucional aos Desafios da Tecnologia Digital. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7638692/mod\\_resource/content/1/Constitucionalismo%20digital%20-%20Edoardo%20Celeste.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7638692/mod_resource/content/1/Constitucionalismo%20digital%20-%20Edoardo%20Celeste.pdf). Acesso em: 8 jan. 2024.

170 GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. *Berkman Center Research Publication*. Cambridge, n. 2015-15, 10 nov. 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2687120](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120). Acesso em: 16 jan. 2024.

171 PATRICIO, Thiago Seti *et al.* Internet das Coisas (IOT): as consequências da computação ubíqua na sociedade. *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, v. 15, n. 1, p.83-93, jan./mar. 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/326456037\\_Internet\\_das\\_Coisas\\_IoT\\_as\\_consequencias\\_da\\_computacao\\_ubiqua\\_na\\_sociedade\\_Internet\\_of\\_Things\\_IoT\\_the\\_consequences\\_of\\_ubiquitous\\_computing\\_in\\_society](https://www.researchgate.net/publication/326456037_Internet_das_Coisas_IoT_as_consequencias_da_computacao_ubiqua_na_sociedade_Internet_of_Things_IoT_the_consequences_of_ubiquitous_computing_in_society). Acesso em: 26 jan. 2024.

idades regulatórias do direito internacional e dos sistemas jurídicos dos Estados-nação<sup>172</sup>.

Como expressão derivada do movimento constitucionalista, o constitucionalismo digital surgiu no início da década de 2000, em um contexto marcado pela aparição e o rápido crescimento de novos atores sociais e econômicos, em velocidade muito superior à capacidade de adaptação dos Estados, trazendo consigo uma salutar preocupação sobre como positivar e operacionalizar os direitos constitucionais nos ambientes digitais<sup>173</sup>.

A respeito, é importante destacar que as primeiras tentativas de regulação dos espaços digitais remontam aos primórdios da introdução da internet no cotidiano social<sup>174</sup>. No entanto, a relevância de um processo de constitucionalização deste novo paradigma somente ganhou o devido reconhecimento nos últimos anos, em vista de fatores como: a alta concentração de poderes nas mãos das gigantes de tecnologia (*Big Techs*); as recorrentes violações à privacidade<sup>175</sup> perpetradas por atores públicos<sup>176</sup> e

---

172 SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A Declaração Universal dos Direitos Humanos nos Espaços Digitais: Uma Necessidade em Tempos Cibernéticos. *Revista Jurídica*. Curitiba, v. 4, n. 61, p. 30-69, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/344779024\\_A\\_DECLARACAO\\_UNIVERSAL\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_NOS\\_ESPACOS\\_DIGITAIS\\_UMA\\_NCESSIDADE\\_EM\\_TEMPOS\\_CIBERNETICOS\\_THE\\_UNIVERSAL\\_DECLARATION\\_OF\\_HUMAN\\_RIGHTS\\_IN\\_DIGITAL\\_SPACES\\_A\\_NECESSITY\\_IN\\_CYBERNETIC\\_TIMES](https://www.researchgate.net/publication/344779024_A_DECLARACAO_UNIVERSAL_DOS_DIREITOS_HUMANOS_NOS_ESPACOS_DIGITAIS_UMA_NCESSIDADE_EM_TEMPOS_CIBERNETICOS_THE_UNIVERSAL_DECLARATION_OF_HUMAN_RIGHTS_IN_DIGITAL_SPACES_A_NECESSITY_IN_CYBERNETIC_TIMES). Acesso em: 15 mar. 2024.

173 COLE, David. Preserving Privacy in a Digital Age: Lessons of Comparative Constitutionalism. In: DAVIS, Fergal; MCGARRITY, Nicola; WILLIAMS, George (ed.). *Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism*. Nova York: Routledge, 2013. *E-book*. cap. 7, p. 95-116. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/70375164.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.

174 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. DOI 10.1590/2179-8966/2022/70887. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/70887/44044>. Acesso em: 12 jan. 2024.

175 MANN, Monique *et al.* The limits of (digital) constitutionalism: Exploring the privacy-security (im)balance in Australia. *International Communication Gazettes, [s. l.]*, v. 80, n. 4, p. 369-384, 22 ago. 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3021580](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3021580). Acesso em: 10 jan. 2024.

176 A exemplo do escândalo envolvendo o ex-funcionário da CIA, Edward Snowden.

privados<sup>177</sup> e os constantes debates em torno da liberdade de expressão, problematizada por fenômenos como o *cyberbullying*, os *trolls*, os discursos de ódio e a difusão *online* e massificada de notícias falsas (*fake news*)<sup>178</sup>.

Assim, verifica-se que um dos principais desafios contemporâneos do direito constitucional reside na sua capacidade de se adaptar a um novo cenário social, descentralizado e informacional, e de reagir eficazmente aos novos riscos de violação a direitos fundamentais, servindo de contrapeso em favor do estado de direito, do sistema democrático e de valores basilares que informam o constitucionalismo moderno, como o equilíbrio de poderes, o respeito aos direitos fundamentais e o *rule of law*<sup>179</sup>.

Para além do reconhecimento da relevância de uma constituição jurídica que, segundo Jane Reis e Clara Keller<sup>180</sup>, representa o instrumento de “instituição e regulação do governo, orientado à limitação do exercício do poder e à proteção dos indivíduos”, acredita-se que tal desafio perpassará necessariamente pelo diálogo multilateral entre agentes estatais e atores de fora ou além do estado. É o caso dos organismos internacionais, das empresas privadas e da própria sociedade civil, dada a capacidade disruptiva da internet de desafiar as barreiras rígidas da territorialidade e da soberania<sup>181</sup>.

---

177 GREGORIO, Giovanni De. The Rise of Digital Constitutionalism in The European Union. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 41-70, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3506692](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506692). Acesso em: 9 jan. 2023.

178 MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 6-51, maio/ago. 2020. DOI <https://doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11038>. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11038>. Acesso em: 19 jan. 2024.

179 SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 1-11, jul./set. 2018. DOI 10.1177/2056305118787812. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2056305118787812#>. Acesso em: 11 jan. 2024.

180 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2.653, 2022. DOI 10.1590/2179-8966/2022/70887. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/70887/44044>. Acesso em: 12 jan. 2024.

181 YILMA, Kinfe Michael. Digital privacy and virtues of multilateral digital consti-

Mendes e Fernandes<sup>182</sup> entendem que o constitucionalismo digital representa “uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço”.

Celeste<sup>183</sup> define o constitucionalismo digital como um conjunto de princípios e valores que informam as respostas normativas aos desafios da tecnologia digital e adaptam os valores constitucionais nucleares às necessidades da sociedade digital.

Já para Cristóvam, Machado e Souza<sup>184</sup>, uma concepção adequada de constitucionalismo digital é aquela capaz de agregar: “(i) proteção e acesso a direitos fundamentais por plataformas tecnológicas; (ii) a regulação de grandes atores privados de tecnologia”<sup>185</sup> e, por fim, “(iii) a garantia do desenvolvimento democrático e sustentável”.

Sem embargo das definições acima, para os fins deste estudo, adota-se como base uma definição mais abrangente do tema, segundo a qual o constitucionalismo digital “refere-se à proteção de direitos constitucio-

---

tionalism—preliminary though. *International Journal of Law and Information Technology*, [s. l.], v. 25, n. 2, p. 115-138, 12 abr. 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijlit/article-abstract/25/2/115/3608988?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 12 fev. 2024.

182 MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 10, maio/ago. 2020. DOI <https://doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11038>. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11038>. Acesso em: 19 jan. 2024.

183 CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the Digital Age. In: *The Global Constitutionalism and the Internet Working Group* (ed.). **Don't Give Up, Stay Idealistic and Try To Make the World a Better Place – Liber Amicorum for Ingolf Pernice**. Berlin: Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, 2020. E-book. p. 23-33. Disponível em: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2020/07/Liber-Amicorum-for-Ingolf-Pernice-eBook.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.

184 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; SOUZA Thanderson Pereira de. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 12, n. 2, p. 183-184, ago. 2022. DOI [10.5102/rbpp.v12i2.7830](https://doi.org/10.5102/rbpp.v12i2.7830). Disponível em: <https://www.publicacoes.uni-ceub.br/RBPP/article/view/7830>. Acesso em: 24 jan. 2024.

185 Importante destacar que o autor também defende a regulação de atores públicos, dentro do contexto do constitucionalismo digital.

nais em diversas tecnologias digitais<sup>186</sup>, o que engloba múltiplos pontos de tensão, como os debates sobre a internet e as plataformas digitais, as tecnologias da informação, a proteção de dados e, mais recentemente, as tecnologias quânticas<sup>187</sup>.

Entende-se que esta visão é mais adequada, pois acerta ao identificar o aspecto nuclear do constitucionalismo moderno, qual seja, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, ao tempo que destaca alguns dos principais tópicos de debate relacionados ao ambiente digital, para os quais o direito constitucional deve se manter tanto atento quanto flexível.

Cumprе ressaltar, porém, que, embora o debate sobre constitucionalismo digital esteja em expansão significativa, observa-se uma notável carência de estudos empíricos e teóricos que avaliam o seu impacto sobre os direitos sociais. O tema encontra relevo sobretudo em razão de o vínculo entre o constitucionalismo digital e os direitos sociais ser especialmente importante para nortear a formulação de políticas públicas adequadas, conforme será abordado na seção seguinte.

### 3 Constitucionalismo digital e direitos sociais

A interseção entre tecnologia, direito e sociedade pode ser observada na análise do constitucionalismo digital e seu impacto na garantia e efetivação dos direitos sociais, com ênfase nos contextos educacionais e de saúde no Brasil. Como salientado por Sarlet<sup>188</sup>, os direitos sociais são essenciais, conferindo aos indivíduos prestações sociais estatais, como saúde, educação e assistência social, representando uma transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas. Em comum, possuem como nota distintiva o fato de serem conferidos pelo Estado por

---

186 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2.651, 2022. DOI 10.1590/2179-8966/2022/70887. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/70887/44044>. Acesso em: 12 jan. 2024.

187 WIMMER, Miriam; MORAES, Thiago Guimarães. Quantum Computing, Digital Constitutionalism, and the Right to Encryption: Perspectives from Brazil. *Digital Society*, [s. l.], v.1, n. 12, 12 ago. 2022. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s44206-022-00012-4#article-info>. Acesso em: 18 jan. 2024.

188 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.

meio de prestações positivas, destinadas a promover o acesso a tais direitos a quem não dispõe de recurso próprio para os alcançar.

No Brasil, os direitos sociais encontram previsão expressa na Constituição Federal de 1988, que assim preceitua, no seu art. 6º, caput: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”<sup>189</sup>.

As configurações normativas destes direitos revelam a centralidade do princípio da igualdade, enquanto pressuposto básico para o acesso e usufruto das garantias constitucionais que dependem de prestações positivas do Estado. Não por outra razão, os direitos sociais, nas palavras de Paulo Bonavides<sup>190</sup>, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”, compreendido em sentido material e não meramente formal.

No contexto da era digital, a centralidade do princípio da igualdade de acesso a direitos sociais consolidados constitucionalmente é especialmente relevante em razão do surgimento de novas tecnologias da informação, que revelam o potencial de ampliar e facilitar o acesso da população a serviços, bens e conhecimento. Sobre o tema, Takano e Silva<sup>191</sup> consideram que:

A era digital ampliou a comunicação entre os indivíduos e proporcionou um tipo de interlocução instantânea, estreitando a distância física. A facilidade de acesso à internet deu ensejo à conexão diária ao conteúdo disponível na rede, bem como a prática de atividades e prestação de serviços online. Além disso, destacam-se as inúmeras comodidades trazidas pelas TIC à população no tocante a compras de bens, à prestação de serviços e o acesso ao conhecimento.

---

189 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 fev. 2024.

190 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 518.

191 TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves. O Constitucionalismo Digital e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). **Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 10, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392/pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

Entretanto, se, por um lado, os avanços tecnológicos proporcionam novas oportunidades para a concretização dos direitos sociais, de outro também alteram de forma substancial a extensão e a interpretação dos direitos fundamentais, notadamente diante da necessidade de se garantir que a expansão dos espaços digitais ocorra em consonância com o princípio da igualdade material.

Nesse sentido, a era digital, que marca o contexto de desenvolvimento do constitucionalismo digital, assume consequências paradoxais, tendo em vista que, ao tempo que oferece potenciais soluções nas esferas sociais e econômicas, também reflete novos riscos à garantia igualitária dos direitos sociais resguardados constitucionalmente, com o acirramento das desigualdades sociais.

Estudos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e publicados no ano de 2018<sup>192</sup> demonstram que, no Brasil, os números relativos à exclusão digital são consideráveis, abrangendo não somente aqueles que não possuem acesso à rede mundial de computadores, mas principalmente aqueles que não têm nenhuma cobertura de sinal de celular, principal forma de acesso à internet atualmente.

Por isso, enquanto direitos universais, a garantia à saúde e à educação no contexto digital tornam exigíveis políticas públicas que assegurem, também de forma universal e igualitária, a inclusão digital, ora entendida como fundamental para permitir o exercício de outros direitos, notadamente os que dependem de prestações positivas do Estado.

Mori<sup>193</sup> faz uma sistematização do conceito de inclusão digital, apontando como resultado um processo formado por três estágios: o acesso a equipamentos informáticos e a uma conexão adequada; a alfabetização digital, com o aprendizado das potencialidades das TICs e, por fim, a apropriação, hipótese em que cada cidadão teria a capacidade de se tornar um sujeito ativo das tecnologias.

---

192 CARVALHO, Alexandre Ywata de et al. **Avaliação do Impacto Econômico Setorial da Banda Larga**. Brasília, DF: IPEA, 2018. Disponível em: [https://www.econstor.eu/bitstream/10419/177582/1/td\\_2366.pdf](https://www.econstor.eu/bitstream/10419/177582/1/td_2366.pdf). Acesso em: 15 mar. 2024.

193 MORI, Cristina Kiomi. **Políticas públicas para inclusão digital no Brasil: aspectos institucionais e efetividade em iniciativas federais de disseminação de telecentros no período 2000-2010**. 2011. Tese (Doutorado em Política Social) – Departamento de Serviço Social do Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 40-41. Disponível em: <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/10560?locale=en>. Acesso em: 8 fev. 2024.

Embora a Constituição Brasileira de 1988 não trate explicitamente da inclusão digital, diversos artigos incentivam o desenvolvimento tecnológico e a inovação pelo Estado. O Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, por exemplo, assegura a todos o acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV) e a garantia da livre expressão da atividade de comunicação (artigo 5º, inciso IX)<sup>194</sup>.

Ademais, a Constituição de 1988 garante amparo e incentivo à inovação na prestação de serviços públicos, dentre eles os serviços de saúde e educação, o que não apenas autoriza, mas torna exigível a adequação dos serviços aos parâmetros impostos pelas novas tecnologias. Conforme Cristóvam, Machado e Souza<sup>195</sup>:

Numa interpretação teleológica e sistemática, mesmo o constituinte transferindo para o plano infraconstitucional a definição de serviço adequado, instantâneo é acatar que a ordem vigente assegura a adequação dos serviços públicas [sic], maneira de tutelar a dignidade humana, os direitos fundamentais sociais e, igualmente, a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública. Esse raciocínio conduz a outro incentivo de inovação: a adequabilidade.

Portanto, a análise do constitucionalismo digital no Brasil revela a complexa interação entre avanços tecnológicos, direitos sociais e a necessidade de adaptação constante das leis para preservar e promover os direitos fundamentais no contexto digital. Nesse parâmetro, as novas tecnologias devem coadunar com os preceitos normativos vigentes, embasando-se em conceitos éticos e morais a fim de alcançar o bem-estar da coletividade<sup>196</sup>.

---

194 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 fev. 2024.

195 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; SOUZA Thanderson Pereira de. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 12, n. 2, p. 186, ago. 2022. DOI 10.5102/rbpp.v12i2.7830. Disponível em: <https://www.publicacoes.uni-ceub.br/RBPP/article/view/7830>. Acesso em: 24 jan. 2024.

196 TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves. O Constitucionalismo Digital e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). **Rev. de Direito**,

A adequabilidade e a inovação na prestação de serviços públicos essenciais são propostas e concretizadas por meio de políticas públicas, regulamentadas pela legislação infraconstitucional, as quais, por estarem sujeitas à Constituição Federal de 1988, devem a ela se adaptar à luz das necessidades digitais. De acordo com Jane Reis e Clara Keller<sup>197</sup>, “em sociedades cada vez mais fragmentadas, as constituições são ferramentas com potencial para funcionar como repositórios de sentidos comuns”.

Nesse ínterim, em resposta a teorias que invocam a inaptidão do atual texto constitucional para a regulação do contexto digital, vê-se que o constitucionalismo digital no Brasil revela não uma ruptura, mas o necessário fortalecimento dos princípios e direitos fundamentais, adaptando-os às exigências da era digital. Nesse sentido, Jane Reis e Clara Keller<sup>198</sup>:

O desgaste que as transformações tecnológicas infligem às constituições não é sinal da necessidade de dilatar e esvaziar o conceito e o significado do constitucionalismo como sistema de ideias e como projeto. Muito pelo contrário, é a confirmação da necessidade de manter sua definição como estrutura essencial de deliberação e composição democrática, que funciona como espaço de absorção das divergências e como anteparo da cidadania.

A necessidade de ajustes e extensão dos direitos constitucionais de forma a atender à realidade digital revelou-se no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545<sup>199</sup>, na qual o STF entendeu pela in-

---

Governança e Novas Tecnologias, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392/pdf>. Acesso em: 15 mar. 2024.

197 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. *Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2.680, 2022. DOI 10.1590/2179-8966/2022/70887. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/70887/44044>. Acesso em: 12 jan. 2024.

198 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. *Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2.681, 2022. DOI 10.1590/2179-8966/2022/70887. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/70887/44044>. Acesso em: 12 jan. 2024.

199 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545/RJ*. Direito Constitucional. Família. Filiação. Lei estadual que obriga a adoção

constitucionalidade da lei estadual que preveja o arquivamento de materiais genéticos de nascituros e parturientes, em unidades de saúde, com o fim de realizar exames de DNA comparativo em caso de dúvida. No voto do Min. Relator Gilmar Mendes, foi reconhecida a necessária tutela jurídica dos dados pessoais e do direito fundamental à autodeterminação informacional, em uma interpretação extensiva dos preceitos constitucionais:

Como consignei no julgamento da ADI 6649 e ADPF 695 (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/9/2022), que tratou de normas sobre compartilhamento de dados entre órgãos e instituições do Poder Público, a tutela jurídica dos dados pessoais e do direito fundamental à autodeterminação informacional evidencia-se ainda mais urgente no contexto contemporâneo de constitucionalismo digital enquanto espaço de enfrentamento de novos problemas no contencioso constitucional, **que demandam ajustes nas estruturas do constitucionalismo tradicional ao lidar com a era digital [...]** (grifo nosso)

Desse modo, a análise e extensão interpretativa dos direitos sociais à saúde e à educação, sob a perspectiva do constitucionalismo digital, é imperativa para garantir que os direitos sociais não apenas continuem efetivos, mas também sejam acessados de forma universal e igualitária, evitando, sobretudo, um abismo entre os cidadãos digitalmente incluídos e aqueles que não detêm acesso ao ambiente digital.

Nessa toada, defende-se que as acepções mais adequadas para o constitucionalismo digital são aquelas capazes de harmonizar a incorporação das tecnologias digitais com a promoção e proteção dos direitos sociais consagrados, o que implica em reconhecer a tecnologia não apenas como uma ferramenta auxiliar, mas como um elemento intrínseco à realização dos direitos sociais na contemporaneidade.

A adoção de tal perspectiva, porém, conduz a cenário de inúmeros desafios, notadamente diante da necessidade de contínua atualização das

---

de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades e que possibilitem a posterior identificação através de exame de DNA. Coleta do material genético de todas as mães e filhos na sala de parto. [...] Recorrente: Procurador-Geral da República. Relator: Luiz Fux, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998973>. Acesso em: 8 fev. 2024.

políticas públicas, garantindo que estejam alinhadas com os valores constitucionais e capazes de responder aos desafios e oportunidades apresentados pelo cenário digital atual.

#### 4. Desafios da transformação digital sobre o direito à saúde e o direito à educação

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), os métodos baseados na tecnologia de *machine-learning* têm resultado em “mudanças revolucionárias no setor de saúde”<sup>200</sup>, *incluindo a assistência em áreas como: a tomada de decisões clínicas, medicamentos personalizados, diagnóstico, manutenção de registros eletrônicos, robôs médicos e a administração de sistemas de saúde.*

No Brasil, as iniciativas do Poder Executivo na condução de políticas voltadas às transformações digitais foram intensificadas na pandemia, o que culminou na publicação pelo Ministério da Saúde da "Estratégia de Saúde Digital para o Brasil 2020-2028"<sup>201</sup>. O documento apresenta uma visão abrangente para a integração da saúde digital no Sistema Único de Saúde (SUS), que se desenvolve em torno de três eixos principais, os quais contemplam as seguintes temáticas: (i) ações do Ministério da Saúde para o SUS; (ii) definição de diretrizes para colaboração; (iii) implantação de espaço de colaboração.

Analisando o documento citado, verifica-se que, embora proponha avanços importantes na digitalização da saúde, existe pouca ênfase em ações concretas para reduzir as desigualdades no acesso e uso das tecnologias de saúde. Isto porque não são detalhadas, por exemplo, de que forma as iniciativas propostas podem abordar especificamente as necessidades das populações menos favorecidas e como garantem que a transformação digital beneficie equitativamente todos os brasileiros, especialmente aqueles em regiões remotas ou com acesso limitado a tecnologias.

---

200 OMS. *Organização Mundial da Saúde. Global Review of The Role of Artificial Intelligence and Machine Learning in Health-Care Financing for UHC*. Nova Deli: OMS, 2023, p. 3. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789290210597>. Acesso em: 10 fev. 2024.

201 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Departamento de Informática do SUS. *Estratégia de Saúde Digital para o Brasil 2020-2028*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2020]. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/estrategia\\_saude\\_digital\\_Brasil.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/estrategia_saude_digital_Brasil.pdf). Acesso em: 08 fev. 2024.

Em pesquisa realizada pela The Economist e publicada sob o título *Digital Health Barometer 2023*<sup>202</sup>, são destacados vários indicadores e dificuldades para a adoção da saúde digital no Brasil. Entre os desafios identificados estão a necessidade de avançar na interoperabilidade dos sistemas de saúde eletrônicos, garantir a acessibilidade e usabilidade das soluções digitais para profissionais e pacientes, e abordar a desigualdade digital que pode ampliar as disparidades sociais na saúde. Além disso, a capacitação em competências digitais para profissionais da saúde é essencial para a efetiva implementação das tecnologias digitais.

Há que se considerar, também, os desafios relacionados à complexidade da adequação à Lei Geral de Proteção de Dados<sup>203</sup> (Lei n.º 13.709/2018) no contexto da saúde digital, exigindo esforços contínuos em termos de revisão contratual, conformidade regulatória, educação e cultura organizacional, bem como a implementação de práticas de privacidade e segurança de dados robustas.

Assim, tendo como ponto de partida as iniciativas até então previstas, é necessário, para a garantia do direito à saúde em sua amplitude, o enfrentamento de desafios significativos, exigindo a formulação e implementação de políticas públicas robustas, que se concentrem em assegurar a inclusão digital, a capacitação de profissionais de saúde e a proteção de dados dos pacientes, visando uma saúde mais equitativa e acessível a todos.

Já na interface entre o direito à educação e a transformação digital, muito se discute sobre o potencial das TICs de ampliarem o alcance das políticas educacionais<sup>204</sup> e sobre a possibilidade de que tais ferramentas sejam mais eficazes que as formas tradicionais de ensino.

---

202 GREEN, Adam *et al.* **Advancing The Frontier of Health and Technology Integration: The 2023 Digital Health Barometer.** [S. l.]: Economist Impact, 2023. Disponível em: [https://cdn.vew.design/private/yCsFARbVr4ZmPWCTEdum1zkj9uE2/3iemp-digital-health-barometer-2023\\_roche.pdf](https://cdn.vew.design/private/yCsFARbVr4ZmPWCTEdum1zkj9uE2/3iemp-digital-health-barometer-2023_roche.pdf). Acesso em: 08 fev. 2024.

203 BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 9 fev. 2024.

204 Por exemplo, contemplando de forma mais abrangente as populações rurais, os povos originários e as comunidades situadas em locais pouco desenvolvidos e de difícil acesso.

Não obstante, afora a capacidade de incremento da educação tradicional através da tecnologia, o ensino sobre as tecnologias é cada vez mais importante.

Conforme assevera Castells<sup>205</sup>, na nova economia informacional, o acesso a *know-how* tecnológico é vital para a produtividade e a competitividade. Com efeito, é plausível inferir que a ausência de conhecimento voltado para as potencialidades das TICs poderá contribuir para o crescimento dos níveis de desigualdade ou, ainda, qualificar novas formas de injustiça social, entre indivíduos incluídos e excluídos do ambiente digital, ricos e pobres de informação, países mais e menos desenvolvidos e diferentes extratos sociais<sup>206</sup>.

A propósito do potencial dessa revolução digital, o Secretário-Geral da ONU, Antônio Guterrez, declarou que<sup>207</sup>:

Se bem aproveitada, a revolução digital pode ser uma das ferramentas mais poderosas para garantir educação de qualidade para todos e transformando a forma como os professores ensinam e os alunos aprendem. Mas se não, poderia exacerbar desigualdades e prejudicar os resultados da aprendizagem [...].

Nesse sentido, à medida que o direito à educação se integra cada vez mais à ideia de conectividade adequada<sup>208</sup>, a principal missão das iniciativas correspondentes, no contexto do constitucionalismo digital, é justamente a de garantir um acesso igualitário, estável e de qualidade à internet, bem como a utilização de ferramentas tecnológicas de aprendizado empiricamente eficazes, que sejam capazes de contemplar todas as fases do processo de inclusão digital.

---

205 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede** – A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. v.1, p. 567.

206 FLORIDI, Luciano. **The Fourth Revolution: How the Infosphere Is Reshaping Human Reality**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

207 ONU. Organização das Nações Unidas. **Transforming Education: An urgent political imperative for our collective future**. Nova York: ONU, 2022. Disponível em: [https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2022/09/sg\\_vision\\_statement\\_on\\_transforming\\_education.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2022/09/sg_vision_statement_on_transforming_education.pdf). Acesso em: 28 jan. 2024.

208 UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Global Education Monitoring Report 2023: Technology in education – A tool on whose terms?**. Paris: UNESCO, 2023. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147_por). Acesso em: 29 jan. 2024.

Este desafio, ressalte-se, é ainda mais urgente no caso dos países em desenvolvimento.

Isto porque, se de um lado a penetração da internet e das tecnologias digitais nos países desenvolvidos já é parte do cotidiano de professores e alunos, do outro, o simples acesso à rede, ou até mesmo à energia elétrica, representa um obstáculo para regiões mais pobres do planeta<sup>209</sup>.

No Brasil, por exemplo, de acordo com a pesquisa TIC Educação realizada em 2022<sup>210</sup> pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), dos 42,4% de escolas de ensino fundamental e médio que não possuem computador e acesso à internet para uso dos alunos, 58,8% estão situadas na região Norte, enquanto 12,2% se localizam na região Sul<sup>211</sup>.

Esta situação é duplamente alarmante, uma vez que quase metade das escolas do Brasil não possuem simultaneamente acesso à internet e computadores para uso dos alunos e que, entre as regiões mencionadas, a diferença na conectividade é gritante.

No tocante à eficácia das tecnologias digitais, a situação também é complexa, já que, até o momento, são poucas as evidências robustas do valor agregado da tecnologia digital na educação<sup>212</sup>.

Por outro lado, alguns estudos já apontam para os efeitos negativos do uso não moderado da internet nas escolas, como a queda nos índices de

---

209 UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Global Education Monitoring Report 2023: Technology in education – A tool on whose terms?**. Paris: UNESCO, 2023. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147_por). Acesso em: 29 jan. 2024.

210 CETIC. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – Cetic.br. **TIC Educação**. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://cetic.br/pesquisa/educacao/>. Acesso em: 12 fev. 2024

211 Para obter o resultado mencionado, acessou-se o portal da pesquisa Tic Educação, clicando em seguida na opção “VISUALIZE OS DADOS DE PESQUISA”. Após o acesso aos dados, o procedimento adotado foi o seguinte: para “UNIDADE DE ANÁLISE”, escolheu-se “ESCOLAS”; para “ANO”, escolheu-se “2022”; para “INDICADOR”, escolheu-se “A8 - ESCOLAS QUE POSSUEM COMPUTADOR E ACESSO À INTERNET PARA USO DOS ALUNOS” e para “AGRUPAMENTO”, escolheu-se “REGIÃO”. Por motivo de conveniência, a interpretação dos dados se deu no formato de tabela, mantida a exibição em números proporcionais.

212 UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Global Education Monitoring Report 2023: Technology in education – A tool on whose terms?**. Paris: UNESCO, 2023. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147_por). Acesso em: 29 jan. 2024.

desempenho escolar, o aumento da distração, da ansiedade, a diminuição na capacidade de resolução de problemas, de forma autônoma, e uma possível individualização exacerbada do processo de aprendizado, passível de comprometer a socialização dos estudantes<sup>213</sup>.

À vista disso, países como Bélgica, Espanha, Noruega e Inglaterra já iniciaram a proibição de celulares nas escolas, com resultados positivos na performance escolar, advindos dessa medida<sup>214</sup>.

Recentemente, uma postura semelhante foi adotada pela Prefeitura Rio de Janeiro, através do Decreto nº 53.918, de 1º de fevereiro de 2024<sup>215</sup>, que bane o uso de aparelhos celulares e outros dispositivos eletrônicos pelos alunos, nas unidades da rede pública municipal<sup>216</sup>.

No mesmo caminho, o estado de São Paulo emitiu, em 05 de fevereiro de 2024, um comunicado sobre o bloqueio do uso de aplicativos e plataformas de *streaming* em suas unidades, que compreenderá não apenas os ambientes pedagógicos, para os quais a restrição existe desde 2023, como os setores administrativos da rede estadual. De acordo com a Secretaria de Educação, “o objetivo da medida é otimizar o uso de infraestrutura tecnológica para o desenvolvimento pedagógico dos estudantes”<sup>217</sup>.

---

213 UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Global Education Monitoring Report 2023: Technology in education – A tool on whose terms?**. Paris: UNESCO, 2023. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147_por). Acesso em: 29 jan. 2024.

214 BELAND, Louis-Philippe *et al.* Do smartphones belong in classrooms? Four scholars weigh in: **The Conversation**, [s. l.], 26. jul. 2023. Disponível em: <https://the-conversation.com/do-smartphones-belong-in-classrooms-four-scholars-weigh-in-210099>. Acesso em: 6 marc. 2024.

215 RIO DE JANEIRO (Município). **Decreto nº 53.918, de 1º de fevereiro de 2024**. Regulamenta o uso de celulares e outros dispositivos eletrônicos pelos alunos nas unidades escolares da rede pública municipal de ensino, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2024/5392/53918/decreto-n-53918-2024-regulamenta-o-uso-de-celulares-e-outros-dispositivos-eletronicos-pelos-alunos-nas-unidades-escolares-da-rede-publica-municipal-de-ensino-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 12 fev. 2024.

216 Para informações, recomenda-se a leitura ao Decreto n.º 53.918, que também disciplina as situações em que o uso de tais aparelhos é autorizado.

217 G1. Governo de SP bloqueia acesso ao TikTok, Instagram, apps e streamings sem fins educativos em escolas estaduais; veja lista. **G1**, São Paulo, 5 fev. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/02/05/governo-de-sp-bloqueia-acesso-ao-tiktok-instagram-apps-e-streamings-sem-fins-educativos-em-escolas-estaduais-veja-lista.ghtml>. Acesso em: 15 fev. 2024.

Diante do exposto, nota-se que, apesar de promissora, a interseção entre o direito à educação e as tecnologias digitais demanda cautela, o que reflete na necessidade de que as políticas públicas correspondentes estejam atentas a questões como: (i) a garantia de condições isonômicas à alfabetização digital; (ii) a prevenção dos danos causados pela exposição exacerbada ou não monitorada à rede e (iii) a adoção de tecnologias pedagógicas comprovadamente eficazes.

## 5. Considerações finais

O constitucionalismo digital nutre uma especial relação com os direitos sociais ou de segunda geração, na medida em que tais direitos são tipicamente realizados através de medidas concretas impostas pelo Estado.

Por sua vez, a necessidade de que tais direitos sejam transformados ou ressignificados em face do novo momento constitucional deriva do dever de eficiência e adequabilidade dos serviços públicos que, a seu turno, exigem a racionalização da atuação dos entes públicos e a adoção de novas (e melhores) posturas, visando a concretização da igualdade material, da dignidade e da autodeterminação.

No contexto da saúde, a evolução digital cresce em paralelo aos desafios de implementação de políticas públicas robustas, que se concentrem em assegurar a inclusão digital, a capacitação de profissionais de saúde e a proteção de dados dos pacientes, visando uma saúde mais equitativa e acessível a todos.

Relativamente à educação, verificou-se que os imperativos de acesso à internet e de ensino através das tecnologias e sobre as tecnologias guardam uma relação intrínseca com o constitucionalismo digital, na medida em que este direito vem se fundindo cada vez mais à noção de conectividade adequada.

Este artigo pode ser aprofundado por outros trabalhos que se disponham a analisar as ações internacionais ou políticas públicas específicas, principalmente as conduzidas pelo Estado brasileiro, relacionadas à interseção entre o constitucionalismo digital e os direitos sociais à saúde e à educação.

Por fim, cumpre destacar que ao longo da pesquisa, verificou-se uma notável carência de estudos empíricos e teóricos voltados para o impacto do constitucionalismo digital sobre os direitos de cunho social. Neste sentido, espera-se que outros estudos venham somar-se a este, uma vez que a clara compreensão do vínculo entre o constitucionalismo digital e os di-

reitos sociais é especialmente relevante para a garantia dos direitos constitucionais e necessária como ponto de partida para a formulação de políticas públicas adequadas.

## REFERÊNCIAS

- BELAND, Louis-Philippe *et al.* Do smartphones belong in classrooms? Four scholars weigh in: **The Conversation**, [s. l.], 26. jul. 2023. Disponível em: <https://theconversation.com/do-smartphones-belong-in-classrooms-four-scholars-weigh-in-210099>. Acesso em: 6 mar. 2024.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 fev. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 9 fev. 2024.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Departamento de Informática do SUS. **Estratégia de Saúde Digital para o Brasil 2020-2028**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2020]. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/estrategia\\_saude\\_digital\\_Brasil.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/estrategia_saude_digital_Brasil.pdf). Acesso em: 08 fev. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545/RJ**. Direito Constitucional. Família. Filiação. Lei estadual que obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades e que possibilitem a posterior identificação através de exame de DNA. Coleta do material genético de todas as mães e filhos na sala de parto. [...] Recorrente: Procurador-Geral da República. Relator: Luiz Fux, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998973>. Acesso em: 8 fev. 2024.
- CARVALHO, Alexandre Ywata de *et al.* **Avaliação do Impacto Econômico Setorial da Banda Larga**. Brasília, DF: IPEA, 2018. Disponível

- em: [https://www.econstor.eu/bitstream/10419/177582/1/td\\_2366.pdf](https://www.econstor.eu/bitstream/10419/177582/1/td_2366.pdf). Acesso em: 15 mar. 2024.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede – A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. v.1.
- CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the Digital Age. *In: The Global Constitutionalism and the Internet Working Group (ed.). Don't Give Up, Stay Idealistic and Try To Make the World a Better Place – Liber Amicorum for Ingolf Pernice*. Berlim: Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, 2020. *E-book*. p. 23-33. Disponível em: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2020/07/Liber-Amicorum-for-Ingolf-Pernice-eBook.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2024.
- CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo Digital: Mapeando a Resposta Constitucional aos Desafios da Tecnologia Digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7638692/mod\\_resource/content/1/Constitucionalismo%20digital%20-%20Edoardo%20Celeste.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7638692/mod_resource/content/1/Constitucionalismo%20digital%20-%20Edoardo%20Celeste.pdf). Acesso em: 8 jan. 2024.
- CETIC. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – Cetic.br. **TIC Educação**. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://cetic.br/pesquisa/educacao/>. Acesso em: 12 fev. 2024.
- COLE, David. Preserving Privacy in a Digital Age: Lessons of Comparative Constitutionalism. *In: DAVIS, Fergal; MCGARRITY, Nicola; WILLIAMS, George (ed.). Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism*. Nova York: Routledge, 2013. *E-book*. cap. 7, p. 95-116. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/70375164.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; SOUZA Thanderson Pereira de. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 12, n. 2, p. 178-196, ago. 2022. DOI 10.5102/rbpp.v12i2.7830. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7830>. Acesso em: 24 jan. 2024.
- FLORIDI, Luciano. **The Fourth Revolution: How the Infosphere Is Reshaping Human Reality**. Nova York: Oxford University Press, 2014.
- GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights.

- Berkman Center Research Publication.** Cambridge, n. 2015-15, 10 nov. 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2687120](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120). Acesso em: 16 jan. 2024.
- G1. Governo de SP bloqueia acesso ao TikTok, Instagram, apps e streamings sem fins educativos em escolas estaduais; veja lista. **G1**, São Paulo, 5 fev. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/02/05/governo-de-sp-bloqueia-acesso-ao-tiktok-instagram-apps-e-streamings-sem-fins-educativos-em-escolas-estaduais-veja-lista.ghtml>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- GREEN, Adam *et al.* **Advancing The Frontier of Health and Technology Integration: The 2023 Digital Health Barometer.** [S. l.]: Economist Impact, 2023. Disponível em: [https://cdn.vew.design/private/yCsFARbVr4ZmPWCTEdum1zkj9uE2/3iemp-digital-health-barometer-2023\\_roche.pdf](https://cdn.vew.design/private/yCsFARbVr4ZmPWCTEdum1zkj9uE2/3iemp-digital-health-barometer-2023_roche.pdf). Acesso em: 08 fev. 2024.
- GREGORIO, Giovanni De. The Rise of Digital Constitutionalism in The European Union. **International Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 41-70, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3506692](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506692). Acesso em: 9 jan. 2023.
- MANN, Monique *et al.* The limits of (digital) constitutionalism: Exploring the privacy-security (im)balance in Australia. **International Communication Gazettes**, [s. l.], v. 80, n. 4, p. 369-384, 22 ago. 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3021580](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3021580). Acesso em: 10 jan. 2024.
- MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 34, n. 2, p. 6-51, maio/ago. 2020. DOI <https://doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11038>. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11038>. Acesso em: 19 jan. 2024.
- MORI, Cristina Kiomi. **Políticas públicas para inclusão digital no Brasil: aspectos institucionais e efetividade em iniciativas federais de disseminação de telecentros no período 2000-2010.** 2011. Tese (Doutorado em Política Social) – Departamento de Serviço Social do Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2011, p. 40-41. Disponível em: <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/10560?locale=en>. Acesso em: 8 fev. 2024.
- ONU. Organização das Nações Unidas. **Transforming Education: An ur-**

- gent political imperative for our collective future. Nova York: ONU, 2022. Disponível em: [https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2022/09/sg\\_vision\\_statement\\_on\\_transforming\\_education.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2022/09/sg_vision_statement_on_transforming_education.pdf). Acesso em: 28 jan. 2024.
- UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Global Education Monitoring Report 2023: Technology in education – A tool on whose terms?**. Paris: UNESCO, 2023. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147_por). Acesso em: 29 jan. 2024.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. **Global Review of The Role of Artificial Intelligence and Machine Learning in Health-Care Financing for UHC**. Nova Deli: OMS, 2023. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789290210597>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- PATRICIO, Thiago Seti *et al.* Internet das Coisas (IOT): as consequências da computação ubíqua na sociedade. **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 15, n. 1, p.83-93, jan./mar. 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/326456037\\_Internet\\_das\\_Coisas\\_IoT\\_as\\_consequencias\\_da\\_computacao\\_ubiqua\\_n\\_a\\_sociedade\\_Internet\\_of\\_Things\\_IoT\\_the\\_consequences\\_of\\_ubiquitous\\_computing\\_in\\_society](https://www.researchgate.net/publication/326456037_Internet_das_Coisas_IoT_as_consequencias_da_computacao_ubiqua_n_a_sociedade_Internet_of_Things_IoT_the_consequences_of_ubiquitous_computing_in_society). Acesso em: 26 jan. 2024.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. DOI 10.1590/2179-8966/2022/70887. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/70887/44044>. Acesso em: 12 jan. 2024.
- RIO DE JANEIRO (Município). **Decreto nº 53.918, de 1º de fevereiro de 2024**. Regulamenta o uso de celulares e outros dispositivos eletrônicos pelos alunos nas unidades escolares da rede pública municipal de ensino, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2024/5392/53918/decreto-n-53918-2024-regulamenta-o-uso-de-celulares-e-outros-dispositivos-eletronicos-pelos-alunos-nas-unidades-escolares-da-rede-publica-municipal-de-ensino-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 12 fev. 2024.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; MENDIETA, David. A Declaração Universal dos Direitos Humanos nos Espaços Digitais: Uma Necessidade em Tempos Cibernéticos. **Revista Jurídica**. Curi-

- tiba, v. 4, n. 61, p. 30-69, out./dez. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/344779024\\_A\\_DECLARACAO\\_UNIVERSAL\\_DOS\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_NOS\\_ESPACOS\\_DIGITAIS\\_UMA\\_NCESSIDADE\\_EM\\_TEMPOS\\_CIBERNETICOS\\_THE\\_UNIVERSAL\\_DECLARATION\\_OF\\_HUMAN\\_RIGHTS\\_IN\\_DIGITAL\\_SPACES\\_A\\_NECESSITY\\_IN\\_CYBERNETIC\\_TIMES](https://www.researchgate.net/publication/344779024_A_DECLARACAO_UNIVERSAL_DOS_DIREITOS_HUMANOS_NOS_ESPACOS_DIGITAIS_UMA_NCESSIDADE_EM_TEMPOS_CIBERNETICOS_THE_UNIVERSAL_DECLARATION_OF_HUMAN_RIGHTS_IN_DIGITAL_SPACES_A_NECESSITY_IN_CYBERNETIC_TIMES). Acesso em: 15 mar. 2024.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. **Social Media + Society**, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 1-11, jul./set. 2018. DOI 10.1177/2056305118787812. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2056305118787812#>. Acesso em: 11 jan. 2024.
- TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves. O Constitucionalismo Digital e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). **Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.index-law.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392/pdf>. Acesso em: 15 marc. 2024.
- WIMMER, Miriam; MORAES, Thiago Guimarães. Quantum Computing, Digital Constitutionalism, and the Right to Encryption: Perspectives from Brazil. **Digital Society**, [s. l.], v.1, n. 12, 12 ago. 2022. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s44206-022-00012-4#article-info>. Acesso em: 18 jan. 2024.
- YILMA, Kinfe Michael. Digital privacy and virtues of multilateral digital constitutionalism—preliminary though. **International Journal of Law and Information Technology**, [s. l.], v. 25, n. 2, p. 115-138, 12 abr. 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijlit/article-abstract/25/2/115/3608988?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 12 fev. 2024.

# CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E RESPOSTA CORRETA

*Matheus Vidal Gomes Monteiro*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Constituição, normatividade e outros tópicos. 3. Complementações Hermenêuticas. 4. Considerações finais. Referências.

## 1. Considerações iniciais

Em termos de anos e décadas talvez não se admita ser tão novo, mas em termos de desenvolvimento de um movimento jurídico internacional de tamanho impacto, reconhecidas ainda as peculiaridades brasileiras de uma nova ordem constitucional a partir de 1988, longe estamos tanto de uma unanimidade quanto ao termo e como da amplitude do que normalmente se intitula *neoconstitucionalismo(s)*<sup>218-219</sup>. Daí que, neoconstitu-

---

218 Utilizando o termo *neoconstitucionalismo*, dentre outros autores (e também em diversas outras obras): BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Em: QUARESMAS, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forente, 2009. ; CARBONELL, M. Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. ; COMANDUCCI, P. Formas de (neo)constitucionalismo?: un análisis metateórico. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [s. l.], 2002. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>. Acesso em: 28 abr. 2021.; MÖLLER, M. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ; MOREIRA, E. R. O momento do positivismo. Em: DIMOULIS, D.; DUARTE, É. O. Teoria do direito

cionalismo, pós-positivismo, Constitucionalismo Contemporâneo, novo constitucionalismo, novo direito constitucional, constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado, paradigma argumentativo, etc., são todos utilizados pelos mais variados autores e nas mais variadas formas e intenções. Girando em torno, muitas das vezes, de ideias consonantes, mas não raro, diametralmente opostas.

Contudo, um núcleo central de tal movimento parece possível de ser identificado: a necessidade de superação do positivismo jurídico a partir de um constitucionalismo compromissório e transformador social, surgido no segundo pós-guerra.<sup>220</sup> Complementando, poderíamos identificar um redimensionamento na práxis político-jurídica em dois níveis: (i) na teoria do Estado e da Constituição, a partir do Estado Democrático de Direito, e (ii) no plano da teoria do direito, a partir da reformulação da

---

neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 233–246. ; SANCHÍS, L. P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Em: CARBONELL, M. Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009b. p. 123–158. ; SASTRE ARIZA, S. Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, [s. l.], v. 35, p. 349–355, 2001. Alguns autores se manifestam sobre a existência não de um, mas de vários neoconstitucionalismos, no plural: CARBONELL, 2009. Alguns autores se manifestam sobre a existência não de um, mas de vários neoconstitucionalismos, no plural: CARBONELL, 2009.

219 Para Figueroa: “[...] teoria ou conjunto de teorias que proporcionaram uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas.” FIGUEROA, A. G. A Teoria do Direito em Tempos de Constitucionalismo. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143–165. p. 147. Para Moreira, o neoconstitucionalismo trata-se de uma “teoria adequada às democracias ocidentais”, o que lhe proporciona escapar das discussões acerca do universalismo vs. multiculturalismo. Nas palavras de Garcia, “Mas, estamos tratando de neo-constitucionalismo, uma fase de renovação em que os direitos humanos se encontram em situação de total prioridade, exatamente a justificativa desse longo enfoque do Estado (soberano) para chegarmos, com Agamben, à convicção da exigência, hoje, de ‘um estado de exceção permanente’ e a uma indagação sobre os direitos do homem. [...] O Direito contemporâneo passa, assim, pelo fio da navalha de uma renovação incontornável: uma nova onda do Constitucionalismo - movimento, processo, dinâmica - por uma visão constitucionalizada do Direito.” MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 413–428. p. 414.

220 STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014c. p. 74.

teoria das fontes, da teoria da norma e da teoria da interpretação.<sup>221</sup> Em resumo, precisas as palavras de Guastini<sup>222</sup> ao reconhecer que se trata de um processo de transformação do ordenamento jurídico, sendo, ao seu final, que ele estaria “impregnado” pelas normas constitucionais, caracterizando-se por uma “*Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales*”. Não se trata, portanto, de um conceito verdadeiro/falso, mas sim, de uma questão de grau (mais ou menos constitucionalizado).

E para fazer jus à diferenciação em graus, Guastini<sup>223</sup> propõe uma lista (composta por sete itens), não completa, nem permanente, apenas um ponto de partida para a identificação de um ordenamento *completamente impregnado pelas normas constitucionais*: uma Constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da Constituição; a “sobrintepretação” da Constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação conforme as leis, e a influência da Constituição sobre as relações políticas.<sup>224</sup> <sup>225</sup>

---

221 Ibid., p. 47.

222 GUASTINI, R. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. México D.F.: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. (Estudios de teoría constitucional).p. 153.

223 Ibid.

224 Para Souza Neto e Sarmento, em perspectiva semelhante: “a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.” SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 176. Ferrajoli, por sua vez, ao tratar da transformação do Estado *legislativo* de Direito (Estado de Direito, nos moldes dito acima) para o *Estado Constitucional*, analisa três alterações estruturais: (i) quanto à natureza e estrutura do direito, (ii) quanto à natureza da ciência jurídica, e (iii) quanto à jurisdição. FERRAJOLI, L. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Em: CARBONELL, M. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 14. Relembremos as lições de Sanchís, “*más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todo los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción*”

Logo, na seara do que proposto por Guastini, se estamos diante de diferentes graus de constitucionalização e peculiaridades de diversos sistemas jurídicos, tal diversidade conduzirá à elaboração de não unânimes características e/ou requisitos necessários para a adequação de determinada hipótese ao movimento em análise.<sup>226</sup>

Propondo, portanto, um recorte material, o presente estudo pretende traçar algumas considerações a respeito do parcial redimensionamento “neoconstitucionalista” dessa práxis político-jurídica no que tange à rela-

---

legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.” SANCHÍS, 2009b, p. 132. Para Reis (2009, p. 541-542), são características do neoconstitucionalismo: "(a) a atenção dedicada à análise das relações entre *valores, princípios e regras*; (b) uma reaproximação entre Ética e Direito; (c) a preocupação com a eficácia, legitimação e efetividade das *normas constitucionais*, em geral, e dos *direitos fundamentais*, em particular, com o desenvolvimento de uma verdadeira *Teoria dos Direitos Fundamentais*, edificada sobre o grande alicerce da *dignidade da pessoa humana*; (d) a percepção da chamada *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, isto é, a sua irradiação de efeitos também no âmbito das relações privadas; (e) o fenômeno da *constitucionalização do Direito*; (f) a revalorização do *raciocínio tópico* na hermenêutica jurídica, enfatizando as peculiaridades e circunstâncias de cada caso concreto específico; (g) o desenvolvimento da *Teoria da Argumentação*, como instrumental para a legitimação das decisões jurídicas, especialmente nos chamados 'casos difíceis'; (h) o destacado papel da *jurisdição constitucional* no sistema jurídico."

225 A respeito da lista, esclarece Guastini: "*Deseo también señalar que las condiciones 1 y 2 son condiciones necesarias de constitucionalización, en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia. Por el contrario, cada una de las condiciones restantes, de la 3 a la 7, es una condición suficiente de un grado distinto de constitucionalización. Por otra parte, [] algunas de estas condiciones – especialmente las condiciones 3, 4 y 5 – están vinculadas entre sí de modo muy estrecho, tanto que se puede decir que, en cierta medida, en el proceso de constitucionalización 'todo se va cumpliendo'.*" GUASTINI, 2001, p. 154.

226 MÖLLER, 2011, p. 30. Expressamente em MÖLLER, 2011., e também em COMANDUCCI, 2002. Sem fazer referência direta, mas utilizando-se de requisitos parecidos (como: existência de uma Constituição rígida ou formal, diferenciada da legislação ordinária, caracterizando uma "*supralegalidad*" da Constituição; proporcionar a limitação do poder político e a garantia dos direitos, sendo "*Constituciones constitutivas y regulativas*"; o reconhecimento da força normativa dos dispositivos constitucionais), v. REGLA, J. A. *La constitución del Estado Constitucional*. [S. l.]: Palestra Editores S.A.C., 2004. p. 50–53.

ção entre o Estado *Democrático* de Direito e a necessidade de afastamento da discricionariedade interpretativo-decisória para manutenção da democracia nessa proposta em termos de uma “nova” teoria do Estado e da Constituição. Essa *constitución invasora* requer proteção, contudo, essa jurisdição agora constitucional(izada) requer atenção para que se possa preservar toda a estrutura proposta por este novo movimento, e, num sentido mais abrangente, preservar essa democracia desse novo Estado de Direito neoconstitucional(izado) pós segunda guerra.

## 2. Constituição, normatividade e outros tópicos

Como núcleo-base deste movimento político-jurídico podemos identificar a realocação da constituição como topo do ordenamento jurídico, com o reconhecimento de sua superioridade hierárquica frente às demais normas jurídicas e da identificação de sua normatividade.<sup>227</sup> Trata-se de uma invasão do ordenamento jurídico pela Constituição (“*una constitución ‘invasora’*”)<sup>228</sup> com uma mutação qualitativa no Direito por inteiro.<sup>229</sup>

---

227 Assim em MÖLLER, 2011, p. 33–35. Em sentido próximo, Ferrajoli, ao afirmar, quanto ao Estado Constitucional: “[] *siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea substancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales*”. FERRAJOLI, 2009, p. 16.

228 Nas palavras de COMANDUCCI, 2002, p. 97.; GUASTINI, 2001, p. 153. Utilizando a *força invasora da Constituição*: MOREIRA, 2008, p. 240.; POZZOLO, S. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e à globalização. *Em*: DIMOULIS, D.; DUARTE, É. O. **Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008. p. 409–430. p. 192. Lembra Sanchís, que o “efeito irradiação” (*Ausstrahlungswirkung*), na doutrina alemã, costuma dizer respeito à eficácia ou projeção dos direitos fundamentais às relações particulares. SANCHÍS, L. P. Constitucionalismo e Garantismo. *Em*: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009a. p. 165–206. p. 173. Para Camargo e Tavares, o fenômeno da constitucionalização remete-se à consideração do neoconstitucionalismo como *forma de organização política*, pois: “A Constituição assume caráter extremamente invasivo, o que leva à constitucionalização de diversos âmbitos da vida. Os critérios de validade jurídica nela presentes deixam de ser meramente procedimentais, para adquirir natureza substancial, o que reafirma a interdependência entre legalidade e justiça. O Poder Judiciário, como órgão constitucionalmente legitimado para atuar no papel de guardião da Constituição, passa a ser a última instância decisória dos conflitos entre as diversas concepções sociais de bem, função subtraída do legislativo, que a realizava no antigo modelo do Estado de Direito.” CAMARGO, M.; TAVARES, R. As várias faces do neoconstitucionalismo. *Em*: QUARESMA, R.; OLI-

A partir deste cenário é possível visualizarmos a utilização, de forma convergente, do que se vem denominando de *Estado Constitucional Democrático de Direito*, Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente)<sup>230</sup>, Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional)<sup>231</sup> etc. E, principalmente diante da garantia jurisdicional da Constituição, entregamos ao Judiciário novas tarefas, chegando ao ponto de Habermas<sup>232</sup> e Alexy<sup>233</sup> reconhecerem que toda jurisdição constitu-

---

VEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 355–369. p. 361.

229 POZZOLO, 2008, p. 199.

230 STRECK, L. L. A incompatibilidade paradigmática entre positivismo e neoconstitucionalismo. *Em*: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 333–348. p. 350.

231 Assim também em FERRAJOLI, 2009, p. 16. Para Guerra Filho, “o neoconstitucionalismo pode ser considerado um fenômeno típico do período histórico-jurídico que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, como uma reação a um só tempo jurídica, política e ética ao desrespeito profundo e generalizado que então se perpetrava, da parte dos Estados envolvidos na conflagração, contra as populações uns dos outros e também internas, à dignidade da pessoa humana.” Trata-se, pois, de uma “*doutrina jurídica*, que se integra no âmbito do que propus considerarmos a *supra* ou *superideologia* que se traduz na fórmula político-constitucional do *Estado Democrático de Direito*, superideologia esta que, ao contrário das ideologias em geral, não se apresenta como uma ordenação rígida de uma certa hierarquia de valores, na qual se revela uma visão sempre enviesada e parcial, por privilegiar sempre algum valor fundamental, seja a liberdade, a igualdade ou a segurança, pois esse valor fundamental (ou axial) da superideologia do Estado Democrático de Direito é a dignidade humana, a qual sempre será negada quando se enfatiza demasiadamente uma das facetas do humano e, principalmente, quando, motivado ideologicamente, certos grupos se autoinvestem da prerrogativa de definir o que e quem é humano e, logo, também do que e de quem não o é. O melhor correlato epistemológico-jurídico de uma tal doutrina e (super)ideologia é uma teoria de natureza inclusiva, como a própria democracia mais radical e avançada deve ser, que estamos propondo se qualifique como fundamental, mais abrangente teoria dos direitos fundamentais por trabalhada de maneira processual, crítica, histórico-comparativa e interdisciplinar do que naquelas propostas, feitas inicialmente em doutrinas anglo-germânicas, entre nós ditas ‘pós-positivistas’, do que resulta a aqui chamada teoria fundamental do direito.” FILHO GUERRA, W. S. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). *Em*: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 129–142. p. 141. Para Ariza (2001, p.352), Estado Constitucional de Direito é sinônimo de neoconstitucionalismo. SASTRE ARIZA, 2001, p. 352.

232 Em linhas críticas sobre a Jurisprudência dos Valores: “Ao deixar-se conduzir pela

cional carrega consigo o risco de um paternalismo que é incompatível com a ideia de autodeterminação democrática.

Por isso que, ao afastar o chamado *judicial self-restraint*, novas perspectivas teórico-práticas transmitem a este novo modelo, além de uma *invasão da Constituição*, uma *impregnação judicialista*<sup>234-235</sup>. Assim, ao

---

idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.” HABERMAS, J. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. 1p. 321.

233 ALEXY, R. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. **Derechos y Libertades**, [s. l.], v. 8, p. 21–41, 2000. p. 40. “*En toda democracia real se manifiesta rápidamente la tensión entre derechos fundamentales y democracia. En ella, los derechos fundamentales juegan un papel doble. Por un lado, son presupuestos del proceso democrático; por el otro, al vincular también al legislador, privan a la mayoría legitimada democráticamente de competencias de decisión. Esto puede ser legítimo, si es correcto que tampoco debe confiarse ilimitadamente en el legislador democrático. La historia enseña que no hay motivo para una confianza ilimitada. El principio de mayoría es una amenaza constante para minorías permanentes, difícilmente organizables y marginadas. Poder y dinero pueden distorsionar el proceso político y los compromisos, reemplazar la argumentación racional. La comunidad política puede experimentar períodos de carstificación, somnolencia y degeneración. Por tanto, el proceso democrático real, como tal, no ofrece todavía una garantía suficiente para los derechos humanos y los derechos fundamentales. Esto hace necesaria la institucionalización de la vinculación del legislador, también a los derechos fundamentales. Entran en consideración un autocontrol del legislador que pueda estar más o menos organizado en forma judicial o el control por un tribunal constitucional. Contra un autocontrol, se dice que nadie debería ser juez en su propia causa. Para que la vinculación del legislador a los derechos fundamentales sea auténticamente controlada, es indispensable una jurisdicción constitucional. Que sólo una jurisdicción constitucional representa un auténtico control, todavía no significa que la solución del problema del control haya sido encontrada. Las desventajas de una jurisdicción constitucional podrían ser más grandes que las ventajas del control del proceso democrático efectuado por ella. Las desventajas consisten en los riesgos de un paternalismo del tribunal constitucional, el que podría dar como resultado una «transición del Estado legislativo parlamentario a un Estado de potestad jurisdiccional del tribunal constitucional».*” Ibid.

234 CARBONELL, 2009, p. 12.; MAIA, A. C. Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico e a Nova Filosofia Constitucional. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3–28.

defendermos uma constitucionalização do ordenamento jurídico entregamos aos juízes, diante da típica função *ultima ratio* de julgamento de pretensões jurídicas, esse protagonismo no cenário jurídico-político. E dessa *impregnação*, especialmente considerada sobre os demais poderes, demonstra-se a necessidade de um rigoroso controle das decisões judiciais.<sup>236</sup>

Em virtude deste protagonismo judicial e do deslocamento da tensão para o Poder Judiciário, aumenta-se o ônus de legitimidade a ser buscado nas decisões judiciais, exponencialmente amplificado diante da jurisdição agora constitucional(izada). A partir disto, fica sob os holofotes a função interpretativo-decisória, influenciada por diversos elementos caracterizadores por um certo *caráter hermenêutico do direito*, tais como textos constitucionais principiológicos, previsão de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização e direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.<sup>237</sup>

Outro ponto relevante consiste em que mesmo diante deste novo panorama jurídico-político e deste *caráter hermenêutico* é preciso atentarmos para que o exercício da jurisdição neste contexto não comprometa os alicerces de um dos pilares do Estado *Democrático* de Direito<sup>238</sup>: a democracia. Por isso, para além de posturas realistas, as quais comumente vagam a partir do protagonismo judicial, e para além da já superada tensão entre constitucionalismo e democracia, torna-se necessária a busca pelas

---

235 Contudo, relembra Streck que, desde os tempos de Rui Barbosa, Leonel Severo Rocha já alertava para o perigo de uma "democracia juricista", especialmente considerado o controle de constitucionalidade conforme a Constituição de 1891. STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 69.

236 *Ibid.*, p. 65.

237 *Ibid.*, p. 411.

238 Contudo, relembremos que o advento do Estado Democrático de Direito se consubstanciou na necessidade de uma nova forma de legitimação desse paradigma que nasce, distinguindo-se a partir daí a legitimidade do direito dos direitos fundamentais e do processo de legislação, da legitimidade de uma ordem de domínio da legitimação do exercício do poder político no Estado democrático (CANOTILHO, J. J. G. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 29.). Também, o debate entre o constitucionalismo e democracia ganhou novos contornos teóricos e nos parece interminável, resumindo-se, desde o início, na preocupação da paralisação da democracia pelo contramajoritarismo constitucional, por outro lado, o rompimento das proteções constitucionais pelas maiorias (STRECK, 2014a, p. 86.).

condições para que evitemos que a jurisdição constitucional venha a se sobrepor ao próprio Direito<sup>239</sup>.

Assim, com Habermas<sup>240</sup>: “não se pode ter nem manter um Estado sem democracia radical”. E, num agigantamento da jurisdição constitucional(izada), é com Dworkin que podemos começar a defender essa democracia: *one-right-answer*.<sup>241-242</sup> Além disso, no cenário brasileiro, com

---

239 STRECK, 2014a, p. 411.

240 HABERMAS, J. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. 2p. 13.

241 Como asseverou o autor sobre o tópico acima: “Em obra recente, e respondendo grande parte das críticas que sofreu acerca da tese da resposta correta, Dworkin afirma que haveria duas maneiras de se avaliar e enfrentar as questões jurídicas. A primeira forma de abordagem é a teórica, por meio dela, raciocinar em termos jurídicos consiste em resolver a questão jurídica mediante uma rede de princípios de natureza jurídica ou moralidade política. Nas palavras de Dworkin, não se pode Vislumbrar resposta correta, “a menos que se tenha refletido profundamente (ou se esteja disposto a fazê-lo) sobre um vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos”. Do contrário, não se poderá produzir resposta correta para temas complexos do cenário jurídico, v.g., responsabilidade civil, liberdade de expressão, pesquisas com células tronco etc. A segunda modalidade de abordagem teórica e a prática que se opõe à teórica. Essa visão preocupa-se com as consequências práticas da decisão judicial (trata-se do viés consequencialista). Nesse modelo, a decisão judicial e vista como um acontecimento político, e juízes e advogados e todos que refletem sobre o direito devem voltar sua atenção para problema prático decorrente da decisão?” Dworkin passa a confrontar essas duas visões para demonstrar que a concepção prática, “padece de um mal irreparável: não tem absolutamente nada de prática”. Apenas a abordagem teórica permite superar o relativismo, somente ela admite que uma afirmação interpretativa pode ser superior às rivais, e não apenas superior na opinião do seu proponente, mas superior de fato. O caráter utilitarista da decisão pode ser bem ou mal avaliado por diversos critérios não jurídicos. Imaginemos uma decisão que deixa de reconhecer a inconstitucionalidade de determinado tributo para não causar insegurança jurídica em virtude da multiplicidade de processos que pode gerar entre os cidadãos, ou que deixa de declarar a ilegalidade de uma grande licitação em função da urgência e da importância da obra: essas duas decisões podem ser avaliadas positivamente em termos utilitaristas, todavia, em termos jurídicos, são verdadeiros desastres para o Estado Constitucional. A tese da resposta correta impõe inexoravelmente um resgate da análise teórica no direito. Não é possível alcançar a resposta correta sem a correlata imposição ao julgador da obrigação de destrinchar todos os conceitos e princípios jurídicos que incidem no caso, juntamente com a moralidade política reinante na comunidade. A visão teórica opõe-se à prática em que é considerada boa a decisão que funciona. A decisão utilitarista (prática no sentido dworkiano) é uma decisão nitidamente discricionária porque não é jurídica. Para elucidar essa assertiva, Dworkin socorre-se do conceito de aborto” ABOUD, G. **Discricionariedade administrativa e**

a contextualização de Streck: há um direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada.<sup>243</sup> <sup>244</sup>

Com este objetivo é possível falarmos em interpretações boas/ruins, considerando-se o referencial do direito como integridade. E a partir deste paradigma, no exercício da jurisdição numa comunidade de princípios é possível falarmos que os casos jurídicos não comportam múltiplas respostas, mas sim *a resposta correta*. Com Dworkin<sup>245</sup>: “é possível fazer uma defesa persuasiva em apoio a uma teoria em vez de outra, a respeito de como os juízes devem (*must*) decidir nos casos difíceis”<sup>246</sup>.

---

judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014. p. 464.

242 Registra-se, contudo que: “Está claro que Dworkin não é um subjetivista total, inserindo seus “próprios valores” em vidas alheias. Isso é uma visão rasa, mas muito popular, de qualquer pessoa que expresse seus pontos de vista com veemência. Está claro, também, que ele está longe de postular que há “uma resposta correta” para todas as questões morais, enterrada em algum lugar à espera de que a encontremos. É realmente possível o caminho intermediário, construído, como já sugeri, a partir de razão e comprometimento? Você precisa perguntar a si mesmo duas questões para que possa considerar a operatividade e desejabilidade dessa posição intermediária. Primeiramente, devem os julgamentos morais estar sujeitos a (embora talvez não sejam necessariamente produtos de) qualquer forma de filtragem racional, ou são eles assertivos essencialmente arbitrários? Em segundo lugar, quando você mesmo faz um julgamento moral genuíno com sentimento --, você realmente acredita que aquilo que você afirma é qualquer coisa além de verdadeiro?” GUEST, S. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 162.

243 Complementando: “[...] desse modo, a tese aqui apresentada, que também discutido em Verdade e consenso, é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma. STRECK, 2014c, p. 617–618.

244 Ainda no contexto das afirmações acima: “Portanto, não bastasse a clara perda democrática para o cidadão que teria sua questão jurídica solucionada com base na discricionariedade, a esse jurisdicionado também seria negado a possibilidade de realizar qualquer avaliação qualitativa da decisão jurídica, uma vez que, no contexto da discricionariedade, há uma multiplicidade de respostas corretas para o mesmo caso jurídico, ainda que contraditórias entre si. O fato de o direito ter se dedicado em muitas frentes a tratar da discricionariedade não faz com que ela se torne um conceito amistoso ao direito, vale dizer, o estado de exceção também é objeto da análise do direito, e, ainda assim, é sua maior negação.” ABBOUD, 2014, p. 484.

245 DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 96.

246 Em complemento: “É certamente *impossível* que, num caso verdadeiramente

E, neste contexto teórico, se elegemos como objetivo central desse novo fenômeno jurídico-constitucional a superação do positivismo jurídico<sup>247</sup>, é a partir de Dworkin, especialmente, que podemos construir robusta teoria para fazer frente às múltiplas respostas (discricionárias, pois). A crítica central de Dworkin<sup>248</sup> a Hart é lição de permanente estu-

---

difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isto explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O "mito" de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito." Ibid., p. 446. Registremos, contudo, que a tese de Dworkin "não se trata de encontrar, em um caso, uma resposta que já exista desde sempre, como se fosse uma essência jurídica". Contrariamente, "a tese requer que os elementos normativos (doutrina, jurisprudência a respeito do tema, texto da lei) sejam analisados apenas em relação a uma facticidade específica". Por isso "a resposta 'correta' só surge quando a pergunta é feita" SCHMITZ, L. Z. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 155. Tal ponto deve ser bastante (re)lembrado, já que vinculado ao conceito interpretativo de direito. A respeito do assunto acima: "A tese defende a resposta correta para a solução de casos concretos que envolvam as matérias supracitadas, todavia, em nenhuma hipótese o livro apregoa que essa resposta correta será considerada a resposta correta por todos os grupos envolvidos. Pelo contrário, uma pessoa de convicção pró vida e de formação religiosa intensa não concordaria com decisão que admita aborto. Do mesmo modo, uma feminista convicta que haveria um ilimitado direito da mulher sobre a disponibilidade de seu corpo, não aceitaria qualquer decisão que impedisse a prática do aborto. Nesse contexto, o que a resposta correta aliada ao resgate da teoria impõe é que, no instante em que a questão do aborto passar a ser dirimida pelo judiciário, o julgador efetuará uma decisão que necessariamente partirá de fundamentos jurídicos: ele tem a obrigação de dar a resposta correta expondo as razões teórico-jurídicas que informaram sua decisão. Quando se admite que o julgador decida discricionariamente, automaticamente, se possibilita que ele julgue com fundamento em critérios não jurídicos. Logo, no modelo discricionário, o julgador poderia decidir a questão do aborto com base em critério religioso ou político. A decisão correta impõe ao julgador que ele encontre critérios teórico-jurídicos para solucionar a questão. A decisão correta, ainda que torne insatisfeita uma parcela da sociedade, pode ser legitimamente imposta porque pautada em critérios jurídicos, e sua aceitação decorre da necessidade de convivência em uma comunidade política" ABBOD, 2014, p. 468.

247 A discricionariedade decisória encontra-se presente em ambos os representantes do positivismo jurídico normativista SCHMITZ, 2015, p. 156.

248 DWORKIN, R. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ;

do, mas, há a necessidade de importante complementação com a ideia de Kelsen acerca da “política judiciária”, reconhecendo a inafastável discricionariedade existente quando da aplicação do direito. O que, desde as linhas iniciais do presente estudo, pode e deve ser combatida com os instrumentos teóricos pertinentes como expostos até aqui.

Na esteira do que proposto por Dworkin, é a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis<sup>249-250</sup>. Admitir, pois, o direito como integridade é conduzir-se à reconstrução da história jurídica de uma determinada comunidade de princípios<sup>251</sup>. Daí a imbricada relação entre *democracia* e os *princípios jurídicos*, pois, discutir princípios implica sempre discutir as condições de possibilidade da compatibilidade entre direito e democracia<sup>252</sup>.

Sob outro aspecto, outra relação à tese da resposta correta, temos que para Dworkin, a integridade está diretamente relacionada à democracia, consistindo-se em garantia contra arbitrariedades interpretativas, limitando a interpretação dos juízes.<sup>253</sup>

---

DWORKIN, 2002.

249 STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014b. p. 309.

250 Como afirmou Habermas: “Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtiva, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta “indeterminação do direito”, apoiando sua fundamentação numa “teoria”. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral. HABERMAS, 1997a, p. 261.

251 Concluindo a temática abordada acima: “Pablo Raúl Bonorino salienta que a concepção de direito como integridade constitui a melhor abordagem já formada acerca do fenômeno jurídico. Isso porque ela é a única que consegue justificar a forma pela qual os juízes resolvem o caso concreto socorrendo-se da lei, precedente e, sobretudo, daquelas questões controvertidas de índole constitucional. Isso quer dizer que a atividade coativa do Estado realizada sob o signo do direito exige uma resposta a um conjunto coerente de princípios. No caso de necessidade de rompimento com essa cadeia de significados, a necessidade de justificação aumenta ainda mais, e a remissão ao contexto conjuntural dos princípios se faz de maneira ainda mais delicada. Porém, essa modificação adere-se à integridade do direito de modo que sua modificação exigirá o mesmo processo em um momento subsequente.” ABBoud, 2014, p. 464.

252 STRECK, 2014a, p. 573.

253 Como bem relembra STRECK, 2014b, p. 323.

A partir da tese da resposta correta, podemos relembrar também Habermas, que também a partir de Dworkin, admite a necessidade da atividade reconstrutiva da jurisdição implicando a coerência com o restante da ordem jurídica. A vantagem seria, pois, “primeiro, não há necessidade de introduzir *a posteriori* discursos especializados de fundamentação e aplicação e, segundo, também não há a necessidade de se recorrer à moral como uma instância corretiva, uma vez que a fundamentação moral já está cooriginariamente dada a partir do ‘direito gerado democraticamente’ e juridicamente institucionalizado”<sup>254</sup> <sup>255</sup>.

### 3. Complementações Hermenêuticas

Partindo para outro referencial teórico a ser trabalhado, o que para Dworkin consiste a integridade, no âmbito da hermenêutica filosófica pode ser considerado como respeito à autoridade da tradição autêntica.<sup>256</sup> É na então *resposta hermenêuticamente adequada/correta*<sup>257</sup> que se

---

254 Ibid., p. 334.

255 Entretanto, Streck assim registra: “Aliás, nesse sentido há que se concordar com Habermas quando fala na tarefa reconstrutiva da jurisdição, o que implica uma coerência em relação ao restante de toda a ordem jurídica. A vantagem disso, segundo Habermas, reside no fato de que, primeiro, não há a necessidade de introduzir a posteriori discursos especializados de fundamentação e de aplicação e, segundo, também não há a necessidade de se recorrer à moral como uma instância corretiva, uma vez que a fundamentação moral já está cooriginariamente dada a partir do “direito gerado democraticamente” e juridicamente institucionalizado. Minha discordância com a teoria habermasiana se dá, apenas, no tocante à questão dos discursos de fundamentação, que, para ele, são sempre dados/construídos a priori, a partir de condições ideais (portanto, dispensando a situação concreta) e pelo fato de estes estarem cindidos dos discursos de aplicação (afinal, Habermas encontrou nessa distinção de Günther a possibilidade de “aliviar” os discursos jurídicos do “peso das questões de fundamentação”). Em Habermas, desse modo, a jurisdição se caracteriza por discursos de aplicação que não se preocupam com a validade das normas, mas apenas com a “seleção das normas”, que já estão sempre validadas *prima facie*. Lá na hermenêutica, essa distinção [...] não pode ser feita; do mesmo modo, em face da pré-compreensão (lembramos a força da tradição, que não pode ser objetificada), o intérprete não se livra e, portanto, não pode jamais ser “aliviado” dos discursos de fundamentação/justificação.” Ibid.

256 Ibid., p. 340. Nesse contexto, segue-se seguinte passagem: “É importante trazer, aqui, a advertência de Gadamer [...] quando afirma a necessidade de respeitar (aderir) à tradição, uma vez que tal afirmação pode gerar mal-entendidos. Conforme Gadamer, isso não significa, de forma alguma, uma preferência pelo tradicional, ao qual

encontra “integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução linguística a partir do texto constitucional que representa o *locus* privilegiado do acontecer da atividade do jurista (*plus* normativo e qualificativo do texto constitucional compromissório e dirigente) e a garantia de que o intérprete está comprometido com a intersubjetividade

---

deveríamos nos submeter cegamente. A expressão “adesão à tradição” significa, antes, que a tradição não se esgota no que sabemos de nossa própria tradição e da qual temos consciência, de tal modo que pudéssemos suspendê-la mediante uma consciência histórica adequada, E complementa: “Isso me parece tão evidente que fico assombrado que meus críticos, tanto Giegel quanto no fundo o próprio Habermas, repitam que, insistindo em minha hermenêutica, pretendo contestar a legitimidade da consciência revolucionária e da vontade de mudança. Não há dúvidas de que meus críticos ignoram a pretensão de validade que há na reflexão sobre a experiência hermenêutica. De outro modo não poderiam chocar-se com o fato de que toda possibilidade de entendimento pressupõe a solidariedade”. *ibid.*, p. 340.

257 No cenário nacional Streck é defensor do que denomina “resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”, ou, “resposta correta”, a partir de sua Crítica Hermenêutica do Direito e das ideias de Dworkin. STRECK, 2014a, p. 337. Entretanto, na tentativa de superar Dworkin, Streck propõe um aprofundamento da tese da resposta correta a partir de Gadamer e sua utilização na CHD, utilizando-se da diferença ontológica, “*que nada mais é do que um axioma que comanda a antecipação do sentido*”. STRECK, 2014b, p. 370. Esclarece ainda o autor: “Isso não quer dizer que estou simplesmente aderindo à tese da resposta certa proposta por Dworkin (*the one right answer*)”. Não devemos esquecer, já de início, a diferença entre o sistema jurídico da *common law* e da *civil law*, além do fato de que a tese aqui sustentada está baseada na hermenêutica filosófica, que embora, a toda evidência, seja possível fazer uma aproximação Gadamer-Dworkin-não é a teoria de base adotada pelo jusfilósofo norte-americano. De todo modo, há que se compreender que “o juiz Hércules” é um tipo ideal e metafórico criado por Dworkin para demonstrar a tese da resposta correta.” *Ibid.*, p. 368. Ainda: “vale deixar claro que o próprio Dworkin não emprega a expressão *the one right answer* num sentido muito diferente daquele que defendo. Em realidade, o jusfilósofo norte-americano critica as ‘adjetivações’ à expressão ‘correta’ (tais como ‘absolutamente’ correta, ou ‘mais’ correta), como se fosse possível tratar de ‘graus’ de correção em relação a uma correção ideal ou plena.” STRECK, 2014a, p. 337. Lembrando que a explicitação da *resposta hermenêuticamente adequada à Constituição* deverá, então, “estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito” *Ibid.*, p. 412. Assim, reconhecemos a justificação como “condição de possibilidade da legitimidade da decisão” *Ibid.* Essa explicitação pode ser considerada o “espaço epistemológico” da hermenêutica, já que se explicitam as condições pelas quais se compreendeu.

que o coloca no interior de uma cadeia de sentidos: por isso, ele não ‘dis-  
põe’ dos sentidos”<sup>258, 259</sup>

Trata-se de afirmar que a resposta correta aqui trabalhada traduz uma resposta verdadeira no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou o encobrimento próprio da existência que exsurge desse acontecimento hermenêutico. Os conceitos jurídicos (enunciados linguísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa “explicitação”, que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela nessa resposta há um elemento a priori, “uma espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende aí ser expresso” (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentar, do que significa justificar”.<sup>260</sup>

Desta feita, mediado pela racionalidade hermenêutica fraca, o processo decisório se desenvolve através da internalização de diferentes experiências óticas (texto normativo, elementos factuais e argumentos produzidos), capazes de promover sucessivas projeções, contínuos tensionamentos, correções e deslocamentos de horizontes, até o ponto em que a verdade interpretativa acontece para a autoridade judicante. Quando isso ocorre, encerra-se o debate, fazendo cessar as voltas no círculo hermenêutico.<sup>261</sup>

---

258 STRECK, 2014b, p. 413–414.

259 Quanto ao tópico abordado no parágrafo acima: “Por intermédio do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão a sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos como tais nos tomam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. A tradição necessita ser “curada” (no sentido da *Sorge*).” Ibid.

260 Ibid., p. 373.

261 MARRAFON, M. A. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis**

E, novamente: olhar para a necessidade de uma resposta adequada nos remete a um problema democrático, e não apenas metodológico. Uma discricionariedade interpretativa corrói a democracia pela “vontade de poder” dos juízes (ou doutrina seguida pelos juízes). Daí a hermenêutica buscada como uma blindagem a tal risco, diante de seu caráter anti-relativista.<sup>262</sup> Portanto, novamente: discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia.<sup>263</sup>

Por isso, a Constituição não pode ficar à mercê de múltiplas respostas, o que ataca diretamente sua força normativa. Por isso, a permanente atenção com as propostas teóricas neoconstitucionalista que reprimam o positivismo jurídico quanto a tal ponto. Por isso, que é preciso buscarmos a construção das condições para que se alcance respostas adequadas à Constituição, o que proporciona o reconhecimento de que a resposta adequada passa a ser um efetivo *direito fundamental do cidadão*.<sup>264</sup>

Registremos, portanto, que alguns dos principais procedimentalistas e substancialistas, como Habermas, Dworkin, Günther, Gadamer, e Streck<sup>265</sup> encontram-se unidos no combate à discricionariedade interpretativa/decisória, cada qual à sua maneira. Reafirmemos, portanto: o combate à discricionariedade faz com que reconheçamos, como pressuposto

---

jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

262 STRECK, 2014b, p. 493.

263 Ibid., p. 505.

264 SCHMITZ, 2015.; STRECK, 2014b.; 2014c.

265 Esclarece Streck que “penso que há, efetivamente, uma forte ligação entre as teorias propostas por Dworkin e Gadamer. Mesmo que Dworkin tenha feito apenas três alusões à hermenêutica filosófica de Gadamer [...], é possível perceber fortes traços da hermenêutica filosófica no *Law as Integrity* dworkiniano. Das várias aproximações, é possível lembrar o antirrelativismo filosófico presente nas duas teorias, circunstância que sustenta a possibilidade de respostas (interpretações) corretas, assim como a incidibilidade entre interpretar e aplicar”, e a superação do esquema sujeito-objeto. Por isso, defende que ambas as teses são antidiscricionárias, o que as coloca contra o positivismo jurídico. Também, “é possível apontar para a força (e autoridade) da tradição (Gadamer) como o modo de reconstrução do direito a partir da integridade e da coerência (Dworkin), que pressupõe a *Wirkungsgeschichte* (história efetual) e provoca uma *Horizontverschmelzung* (fusão de horizontes)”. STRECK, 2014b, p. 127. Sendo certo, contudo, que Dworkin não faz referência a estas últimas ideias de Gadamer, o que não afasta a similitude entre ambos. Para conferir melhor a relação entre Dworkin e Gadamer, v. MOTTA, C. R. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

para o desenvolvimento do raciocínio de que, na perspectiva de um Estado *Democrático* de Direito, não há espaço para que ‘a convicção do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, os ‘casos difíceis’<sup>266</sup>. Discrecionalidade e direito, portanto, não coabitam o mesmo espaço<sup>267</sup>.

A fim também de evitarmos qualquer mal-entendido, Streck, tanto Dworkin, quanto Gadamer, não defendem qualquer forma de solipsismo. Por isso a tese da resposta correta de Dworkin, a partir de Hércules, supera a filosofia da consciência e deve ser considerada como uma metáfora<sup>268</sup>, entendida a partir da superação do paradigma da modernidade<sup>269</sup>. Ainda no sentido de sua análise metafórica, devemos também entendê-la como sendo uma irrelevância prática a discussão quanto à “possibilidade” ou não de sua “existência”<sup>270</sup>. A resposta correta é uma metáfora, e a partir disto, “estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente

---

266 STRECK, 2014b, p. 285.

267 ABOUD, 2014, p. 483.

268 Para conferir, v. STRECK, 2014b, p. 395. e seguintes Em complemento: “Para se compreender o tema, deve-se ter em mente que a afirmação de que há resposta correta para os casos controvertidos não se trata de afirmar que ambos os contendores estariam de acordo com essa resposta. A tese da resposta correta não constitui uma afirmação realizada a partir de um nível superior, de caráter metafísico. A resposta correta é pragmática e se constitui no caso concreto?” Nessa perspectiva, compreende-se a dimensão de metáfora que permeia a resposta correta. Ou seja, se nos casos concretos e sempre possível avaliar qualitativamente uma proposição jurídica em relação a outra, torna-se crível, a imposição para o julgador de evidenciar as razões pelas quais se alcançou aquela decisão e por quais razões ela se apresentou a melhor em relação às demais, no caso concreto. Ou seja, a resposta correta é a junção da melhor resposta que pode ser dada pelo magistrado com a melhor resposta a ser obtida no caso concreto, ela é não um valor inalterável a ser acessado metafisicamente pelo intérprete. Em termos simples, afirmar que há resposta correta não é concordar que essa resposta seja obtida fora da prática jurídica, não há um ponto de Arquimedes em que se encontra a resposta correta, daí porque, para haver a resposta correta, não é necessário que todos os litigantes envolvidos na disputa estejam de acordo com qual seria essa resposta. O que não se pode perder de vista é que toda resposta correta é sempre a melhor resposta do caso concreto, e ela nunca é alcançada em abstrato.” ABOUD, 2014, p. 464. Para Günther, uma “figura fictícia”, um “juiz sobrehumano”. GÜNTHER, K. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 410.

269 STRECK, 2014b, p. 397.

270 *Ibid.*, p. 368.

objetiva(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na sua linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação, como sempre nos lembra Ernildo Stein”<sup>271-272</sup>.

Se analisarmos sob outra ótica, a hermenêutica filosófica gadameriana segue-se a partir do contexto da virada ontológica a partir de Heidegger, a qual rompe com as concepções epistêmico-analíticas. Assim, texto é evento, a hermenêutica é faticidade, e não há como separar o elemento semântico do pragmático, esquecendo-se do círculo hermenêutico<sup>273</sup>.

Em resumo, Dworkin e Gadamer, “cada um ao seu modo, sempre procuraram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir de suas posturas antirrelativistas, do respeito à tradição, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas”<sup>274</sup>. A utilização do paradigma hermenêutico reconhecido nos possibilita a denominar como “verdadeira” a “resposta correta” nos moldes defendido, entendendo como “verdadeiro” a “possibilidade de nos apropriarmos de pré-juízos autênticos e, dessa maneira, distingui-los dos pré-juízos inautênticos (a tradição será esse ‘vetor’ de sentido, engendrada a partir das duas grandes revoluções copernicanas ocorridas no século XX: a derrocada do esquema sujeito-objeto e o advento do constitucionalismo compromissório e transformador da sociedade)”<sup>275</sup>.

---

271 Ibid., p. 397.

272 Streck também faz relações com outra metáfora, a do contrato social de Hobbes. Ibid., p. 396. Como afirma Schmitz: “Precisamos admitir, na comunidade jurídica brasileira, que deve haver como aferir que uma resposta é mais adequada que outras. Não significa que o juiz saberá sempre como encontra-la, mas sim que deve sempre buscar encontrá-la. De outro lado, não enxergar dessa forma nos levaria a um sistema onde a decisão é fruto de uma escolha, e aí recairíamos sempre na discricionariedade.” SCHMITZ, 2015, p. 172.

273 STRECK, 2014c.

274 STRECK, 2014a, p. 436.

275 STRECK, 2014b, p. 363. Como afirma Schmitz: “A visão de que o direito é uma prática interpretativa implica que sua concretização pragmática seja o momento de maior importância; por isso a ênfase na motivação da decisão judicial. O juiz, inserido em um contexto onde sua própria subjetividade não é (não pode ser) fator determinante da decisão, dialoga com as partes, e não estabelece decisões impositivamente. A justificação é importante na construção da resposta, pois é o momento de demonstrar a legitimidade da compreensão. Uma teoria coerente da decisão judicial precisa levar isso em conta, por mais que, como se disse, seja hercúleo o esforço para fundamentar

A resposta correta é, pois, *applicatio* (superada, portanto, a cisão metafísica -do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermenêuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E registre-se a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete.<sup>276</sup>

Para Abboud<sup>277</sup>, tem-se requisitos mínimos para a construção da resposta correta<sup>278</sup>:

- (i) Identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso concreto;
- (ii) identificar a legalidade aplicável ao caso;
- (iii) identificar as demais fontes jurídicas positivas aplicáveis ao caso;<sup>279</sup>
- (iv) Deve haver um resgate da análise teórica do direito, mediante a incidência da fonte não positiva do direito, a doutrina;
- (v) Deve haver estrita relação de individualização dos pedidos do autor bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu;
- (vi) O julgador deve demonstrar porque a solução proferida por ele é superior as demais, compreendendo a apresentada por uma das partes ou presente em outras decisões;
- (vii) O julgador, para construir a resposta correta, deve se preocupar

---

adequadamente.” SCHMITZ, 2015, p. 160.

276 STRECK, 2014b, p. 363.

277 ABOUD, 2014, p. 483.

278 Os itens foram separados para facilitar o entendimento.

279 Nessa perspectiva, o seguinte trecho: “O direito como integridade trata de reconstruir a história jurídica de uma determinada comunidade. Onde se encontram critérios contraditórios para solução dos problemas apresentados pelo caso concreto, trata de encontrar uma explicação para elas e de exigir que as distinções e determinações produzidas no caso não se façam ao acaso, senão que respondam por razões públicas e justificadas. [...] A tese da resposta correta impõe inexoravelmente um resgate da análise teórica no direito. Não é possível alcançar a resposta correta sem a correlata imposição ao julgador da obrigação de destrinchar todos os conceitos e princípios jurídicos que incidem no caso juntamente com a moralidade política reinante na comunidade.” ABOUD, 2014, p. 483.

com as consequências jurídicas de sua decisão.

Enfim, somente com a resposta correta é que se torna viável a construção de um modelo jurídico que possa fugir do relativismo e assim combater os seguintes sintomas que assolam nosso modelo decisório: ativismo, a utilização estratégica do direito para perseguir fins políticos e o ceticismo interpretativo (afinal, qualquer resultado pode ser obtido, porque sempre é válido). Por isso, ilações do tipo: “toda interpretação é válida, não há resposta correta”; “tudo é relativo no direito”, ou a confiança desenfreada na utilização de valores e convicções pessoais do magistrado em nada contribuem para consolidação do Estado Constitucional. Portanto, quando impomos a obrigatoriedade de haver uma resposta correta, não estamos exigindo do julgador que ele forneça uma decisão que contenha uma verdade ahistórica e imutável que deverá ser aceita por todos os participantes do processo interpretativo. A resposta correta e, antes de tudo, uma veemente negação do relativismo, mais precisamente da utilização da discricionariedade para solução das questões jurídicas. Quando colocamos para o julgador a necessidade de alcançar a resposta correta, em verdade, impomos a ele a obrigação de evidenciar porque a solução alcançada por ele é a que melhor se adequa ao direito, mais precisamente, é aquela que está em consonância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e, enfim, com a doutrina. Ou seja, porque essa solução alcançada é a que respeita a coerência e a integridade do direito. Ato contínuo, a resposta correta exige do julgador a demonstração, mediante fundamentação da sentença, de porque aquela decisão é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que porventura existam em outros tribunais ou tão somente em sede teórico-doutrinária.<sup>280</sup>

Complementemos, portanto, com importantes lições hermenêuticas a busca pela resposta correta em termos efetivamente proporcionadores de uma ruptura com as bases de um positivismo jurídico discricionário.

#### 4. Considerações finais

O duplo aspecto acerca do redimensionamento da práxis político-jurídica deste movimento jurídico-político pós-segunda guerra faz saltar

---

280 Ibid., p. 468.

aos olhos, para os mais atentos, sobre a interrelação entre a reformulação e a aplicação da teoria das fontes, teoria da norma e teoria da interpretação, e seus impactos no âmbito do Estado *Democrático* de Direito.

Ao defender um Estado Constitucional(izado), uma *Constitución invasora*, a qual impregna todo o ordenamento jurídico, temos por consequência o reforço necessário da garantia da jurisdição constitucional para defender essa Constituição. Contudo, esse reforço também deve ser direcionado à preservação de pilares relativos à essa jurisdição constitucional(izada) que a amparem e, por conseguinte, mantenham firme a democracia. Como dito, há o risco de um paternalismo antidemocrático a partir de sua atuação.

Daí, a necessidade de, a partir de uma impregnação *constitucional*, surgindo uma impregnação *judicialista*, atentarmos para o aumentado ônus de legitimidade das decisões que agora serão proferidas, o que nos remete ao imprescindível reconhecimento de um *direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada*. E se estamos a tratar de *resposta judicial* a problemas jurídicos, há que se admitir a possibilidade de interpretações boas ou ruins, não comportando múltiplas respostas a problemas jurídicos. *Direito fundamental à resposta constitucional adequada*, pois, consiste *na* resposta correta. Com o compromisso serem destrinchados todos os conceitos e princípios jurídicos incidentes no caso.

A multiplicidade de respostas impede uma avaliação qualitativa da decisão judicial proferida, arranhando cada vez mais a democracia. Especialmente analisada sob a ótica do cidadão prejudicado processualmente. Se a ruptura com o positivismo jurídico passa a ser um norte deste novo movimento teórico, nada mais coerente do que atacar os principais aspectos interpretativo-decisórios afetos ao positivismo jurídico: a discricionariedade.

Assim, a interpretação construtiva tendo como norte a integridade do direito passa a ser importante instrumento deste ataque e, por outro lado, de defesa da democracia. O antirrelativismo da hermenêutica, também, com seus desdobramentos teóricos, potencializa essa blindagem. Por isso, discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é uma questão de democracia.

## Referências

ABBOUD, G. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

- ALEXY, R. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades*, [s. l.], v. 8, p. 21–41, 2000.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forente, 2009.
- CAMARGO, M.; TAVARES, R. As várias faces do neoconstitucionalismo. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 355–369.
- CANOTILHO, J. J. G. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- COMANDUCCI, P. Formas de (neo)constitucionalismo?: un análisis metateórico. *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, [s. l.], 2002. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, R. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAJOLI, L. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Em: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- FIGUEROA, A. G. A Teoria do Direito em Tempos de Constitucionalismo. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143–165.
- FILHO GUERRA, W. S. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 129–142.
- GUASTINI, R. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. México D.F.: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. (Estudios de teoría constitucional).
- GUEST, S. Ronald Dworkin. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

- GÜNTHER, K. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, J. Direito e Democracia: Entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. 1
- HABERMAS, J. Direito e Democracia: Entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. 2
- MAIA, A. C. Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico e a Nova Filosofia Constitucional. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3–28.
- MARRAFON, M. A. O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MÖLLER, M. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 413–428.
- MOREIRA, E. R. O momento do positivismo. Em: DIMOULIS, D.; DUARTE, É. O. Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 233–246.
- MOTTA, C. R. A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- POZZOLO, S. Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e à globalização. Em: DIMOULIS, D.; DUARTE, É. O. Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p. 409–430.
- REGLA, J. A. La constitución del Estado Constitucional. [S. l.]: Palestra Editores S.A.C., 2004.
- SANCHÍS, L. P. Constitucionalismo e Garantismo. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009a. p. 165–206.
- SANCHÍS, L. P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Em:

- CARBONELL, M. Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009b. p. 123–158.
- SASTRE ARIZA, S. Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, [s. l.], v. 35, p. 349–355, 2001.
- SCHMITZ, L. Z. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: RT, 2015.
- SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRECK, L. L. A incompatibilidade paradigmática entre positivismo e neoconstitucionalismo. Em: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 333–348.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.
- STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014b.
- STRECK, L. L. *Verdade e Consenso*. 5aed. São Paulo: Saraiva, 2014c.

# DEMOCRACIA Y DESINFORMACIÓN DEMOCRÁTICA. UNA MIRADA CRÍTICA CONTEMPORÁNEA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Jorge Isaac Torres Manrique*

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. Naturaleza e importancia de la democracia. 3. ¿Qué debemos entender por democracia? 4. La desinformación como amenaza a la democracia. 4.1. Medios de prensa. 4.2. Redes sociales. 5. Democracia convencional y digital, como salvaguardas de la democracia. 5.1. Democracia Convencional. 5.2. Democracia digital. 5.3. Importancia del combate a la desinformación y democracia Democracia participativa. 6. Desafíos de los derechos fundamentales a la información y democracia. 6.1. Respecto de los desafíos de los derechos fundamentales a la información. 6.1.1. Transparencia y acceso a la información pública. 6.1.2. Rendición de cuentas. 6.1.3. Gobernanza tradicional. 6.1.4. Gobernanza en Internet. 7. Respecto de los desafíos al derechos fundamental a la democracia 7.1. Sistema de administración de justicia. 7.2. Pírricas victorias electorales. 7.3. Concreción de la nueva agenda de derechos. 7.4. Corrupción. 7.5. Gobernabilidad. 7.6. Cooperación. 7.7. Consensos políticos. 7.8. Democracia participativa. 7.9. Cohesión social. 7.10. Derechos humanos en línea. 7.11. La Red. 7.12. Sostenibilidad. 7.13. Proscripción de la egolatría y mesianismo. 7.14. Principios de la Administración. 8. Conclusiones. 9. Sugerencias

## **1. Introducción**

Actualmente se observa en Latinoamérica que es parte de una dinámica propia de los procesos históricos en los cuales se producen movi-

mientos de avances y retrocesos, de flujos y reflujos, que permiten pensar que la marea conservadora que actualmente asola a la región puede ser superada por una nueva onda de luchas y triunfos democráticos orientados a la consolidación de conquistas importantes en el ámbito de la participación ciudadana en torno de cuestiones sociales, ambientales y culturales.<sup>281</sup>

No obstante, resulta imperativo dejar constancia que las referidas idas y venidas no pueden ser materia del albur, desidia o providencia. Por ende, la democracia precisa contar con una estrategia para su defensa, desarrollo, consolidación. La misma debe contar con una visión integral, interdisciplinaria, aplicativa. Ello, a efectos de combatir la manipulación y desinformación democráticas, en procura y protección de los derechos y libertades de todas las personas. Y es que no se puede actuar frente al nuevo escenario que vivimos. La contemporaneidad que reviste nuestra democracia nos sitúa ante un reto al que no podemos evadir.

En ese sentido, en la presente entrega asumimos el respectivo compromiso, planteando y desarrollando aspectos estratégicos, a saber: amenazas, salvaguardas y desafíos de los derechos fundamentales a la información y a la democracia.

## **2. Naturaleza e importancia de la democracia.**

Para entenderla, amerita analizar desde la creación del Estado. En antiguo no existía el Estado, entonces, no había quien se encargue de las tareas propias del mismo, esto es, de la seguridad, salud, educación, entre otros, de la población.

Luego y ante dicha situación, las poblaciones se organizaron a efectos de hacerse cargo de lo señalado. No obstante, con el transcurso de los tiempos ello se tornó inmanejable, puesto, que las poblaciones experimentaban un incontenible crecimiento poblacional.

Es entonces, que tuvieron a bien crear un ente que se encargue de asistirlos en las necesidades elementales para poder subsistir de manera ordenada y orgánica; aparece así el Estado, el aparato abstracto que a través de las carteras ministeriales y demás instituciones, llevan a cabo lo propio.

---

281 DE LA CUADRA, Fernando y PAREDES, Juan Pablo. *Las amenazas y desafíos de la democracia*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00005.pdf>. Manizales, 2017, p. 5.

En consecuencia, cuando una persona acude a una comisaria o entidad estatal cualquiera y no recibe una atención adecuada o se le niega la misma, es entonces, que el Estado se desvirtúa, tornándose en contra de su creador, la población.

Por tal razón, el Estado y por ende los funcionarios públicos, se encuentran obligados a observar estrictamente la naturaleza del aparato estatal, que es actuar únicamente en beneficio de la población y sobre to de quienes menos tienen.

Ello, en tanto que la población no solamente tuvo a bien crear el Estado, si no, además, lo solventa sistemáticamente día a día, segundo a segundo.

Así, tenemos que los impuestos son sufragados, de manera directa e indirecta, por la población en situaciones cotidianas. Por ejemplo, cuando se compra productos en una tienda de abarrotes, supermercado, cuando se acude a una gasolinera para echar combustible al vehículo, cuando se abona a la municipalidad, entre otros.

Dichos impuestos se canalizan hacia el Ministerio de Economía, el cual los recauda de manera consolidada a nivel nacional. Entonces, cada fin de año los representantes de los diversos ministerios y organismos descentralizados, acuden al Congreso de la República a efectos de sustentar el presupuesto que requieren para poder llevar a cabo su gestión para el siguiente año fiscal.

Finalmente, el Ministerio de Economía adjudica las partidas presupuestarias.

En tal sentido, la vulneración de la democracia, así como, la sistemática presencia de la corrupción, desnaturalizan, contrarían, la quintaesencia del Estado y de los legítimos intereses y derechos fundamentales de la población.

### **3. ¿Qué debemos entender por democracia?**

Se trata de concebir la democracia como un régimen político construido por determinados actores (ciudadanos activos y efectivos, sociedad civil y sistema de partidos), dentro de determinados marcos institucionales (sistema electoral, sistema político, ley de partidos) y en determinadas condiciones (desarrollo económico, estado consolidado y nación).<sup>282</sup>

---

282 LÓPEZ JIMÉNEZ, Sinesio. *Democracia y gobernabilidad: actores, instituciones*

Y es que, además apreciamos una crisis de la democracia de naturaleza sui generis. Ello, en tanto, que la misma se llega a considerar como tal por la mera plasmación de la garantía elecciones libres.

Sostener y defender la vigencia, desarrollo y consolidación resulta tener una capital quintaesencia. Antes de pasar a explicar, consideramos pertinente precisar que la democracia no es lo mejor, pero es lo mejor que tenemos. Ello, en tanto que el ser humano abraza una naturaleza antidemocrática, al actuar basilarmente en atención a dos consideraciones: la jerarquía y la territorialidad.

Así, nuestra especie es jerárquica y territorial; toda especie jerárquica y territorial no es igualitaria, la democracia es igualitaria; lo único que es normal a nuestra especie es mandar o someterse, pero sentirse igual a los demás, o decir ‘todos vamos a ser hermanos’, demanda tal esfuerzo y el ser humano ha tenido tal repugnancia a esforzarse y a responsabilizarse.<sup>283</sup>

Como señalamos, la democracia abraza beneficios, verbi gratia: i) Reduce la corrupción, ii) Acceso a la información pública, iii) Sociedad colaborativa, iv) Democracia directa, v) Democracia deliberada, vi) Inclusión, igualdad y no discriminación, vii) Modernización del Estado<sup>284</sup>.

#### 4. La desinformación como amenaza a la democracia

##### 4.1. Medios de prensa. Cuando operan al servicio de los intereses del gobierno de turno, vendiendo su línea editorial.

Ello deviene en tremendamente perjudicial, en vista que, si la población es engañada con información sesgada, manipulada, falsa; su capacidad crítica y fiscalizadora para con el Estado, se reduce o se anula.

---

y condiciones. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: [http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd\\_20.pdf](http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd_20.pdf). Lima, 2006, p. 15.

283 VARGAS LUZA, Christian Michael. *¿Cuán importante es conocer la naturaleza del ser humano para el derecho?*. Citando a Marco Aurelio Denegri. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://lpderecho.pe/cuan-importante-conocer-naturaleza-ser-humano-derecho-christian-michael-vargas-luza/>. Lima, 2020.

284 FORD, Elaine. *El reto de una democracia digital. Hacia una ciudadanía interconectada*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://www.kas.de/documents/269552/269601/El+reto+de+la+democracia+digital+hacia+una+ciudadan%C3%ADa+interconectada.pdf/3c571428-98b1-c3b7-c47c-63cc5fb715ef?version=1.2&t=1574964153718>. Lima, 2019, pp. 48- 52.

**4.2. Redes sociales.** En octubre de 2018 The Omidyar Group publicó el artículo titulado: *Is Social Media a Threat to Democracy?*, donde se recogen y plantean las cuestiones clave del porqué las redes sociales son una amenaza para nuestra democracia.

Las mismas ponen en entredicho los principios fundamentales de nuestras democracias, esto es, la confianza, la información, el diálogo, un sentido compartido de la realidad, el consentimiento mutuo y la participación, ya que por lo visto las redes sociales no tienen nada de inocente en cuanto a manipulación política. El problema parte de las características y atributos de las redes sociales y de su principal objetivo empresarial, retener y monetizar la atención pública. Los resultados de estos objetivos tienen como resultado consecuencias no deseadas y que ponen en peligro la credibilidad de nuestras democracias y que el artículo agrupa en torno a los siguientes puntos: i) Las cámaras de eco, polarización e hiperpartidismo, ii) Difusión de información falsa y/o engañosa, iii) Conversión de popularidad en legitimidad, iv) Manipulación por parte de líderes «populistas», gobiernos y actores marginales, v) Captura de datos personales y mensajes/publicidad dirigidos, vi) La interrupción de la plaza pública<sup>285</sup>.

## **5. Democracia convencional y digital, como salvaguardas de la democracia**

**5.1. Democracia Convencional.** Es aquella que tiene por perfil, ser asumida de manera clásica, invariable. Vale decir, desde una visión de la misma muy limitada por parte de la población. Entonces, la cual considera equivocadamente, que la democracia resulta ser meramente un sinónimo de elecciones libres.

No obstante, desconoce el origen del Estado. Por ejemplo: i) Que, el Estado fue creado por la población, ii) Que, la misma lo solventa con los impuestos que sufraga, de manera directa e indirecta, todos los días, iii) Que, pueden ejercer libremente y de manera pacífica su derecho de protesta ciudadana, iv) Que, el Presidente de la República es el mandante y que el pueblo es el mandante. Esto es, que el Estado se encuentra sometido al mandado del pueblo y no a la inversa.

---

285 GONZALO PENELA, Carlos. *¿Las redes sociales son una amenaza para la democracia?*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://www.carlosgonzalo.es/redes-sociales-amenaza-para-la-democracia/>. Barcelona, 2018.

5.2. Democracia digital. Se entiende por democracia digital o e-democracia poner Internet y la tecnología al servicio de la ciudadanía, para que contribuyan en la consolidación del sistema democrático.<sup>286</sup>

Respecto de las condiciones para la democracia digital, tenemos: i) Democracias consolidadas, ii) Alta penetración de la banda ancha, iii) Economías en crecimiento, iv) Mayor oferta y demanda de TIC, v) Una ciudadanía más activa.<sup>287</sup>

Resulta imperativo abordar los casos emblemáticos de ciudadanía movilizada. Así tenemos, que el éxito de las redes sociales se debe a la penetración de Internet, específicamente de Internet móvil, algo que aumentará en los próximos años. Esto se traduce en un notorio incremento de personas que podrán acceder a las redes y así informarse y expresarse libremente. Respecto de los mismos podemos citar: i) Caso “La Repartija” (2013), ii) Caso “Ley Pulpín” (2014), iii) Caso #NiUnaMenos (2016), iv) Caso #FueraChavarry (2018-2019).<sup>288</sup>

5.3. Importancia del combate a la desinformación y democracia

Democracia participativa. Si bien es cierto que el ejercicio de la democracia deviene en muy visible al momento de las elecciones de autoridades, el mismo no resulta ser lo bastante necesario.

En ese sentido, deviene en imprescindible la activa participación de la ciudadanía, a efectos de supervisar el accionar de las autoridades, so solamente en el tema del ejercicio de los derechos fundamentales a la transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas. Además, se debe tener presente que dicha actitud de participación ciudadana de la democracia, tiene que ser permanente y sostenible.

## **6. Desafíos de los derechos fundamentales a la información y democracia.-**

6.1. Respecto de los desafíos de los derechos fundamentales a la información. El efectivo cumplimiento y materialización de los derechos fundamentales a la:

6.1.1. Transparencia y acceso a la información pública,

6.1.2. Rendición de cuentas.

6.1.3. Gobernanza tradicional. El Programa de las Naciones Unidas

---

286 FORD, Elaine. *Ob. Cit.* p. 33.

287 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 43- 49.

288 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 62- 75.

para el Desarrollo (PNUD) definió a la gobernanza como el ejercicio de autoridad política, económica y administrativa para manejar los asuntos de la nación. Es un complejo de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones por medio de los cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones y median sus diferencias". En el documento se adopta un significado amplio de gobernanza, en el cual se incluyen tres importantes dominios de la misma, que contribuyen a alcanzar desarrollo humano sustentable, a saber: el dominio del Estado (instituciones políticas y gubernamentales); el dominio de las organizaciones de la sociedad civil y el dominio del sector privado. La idea central es que la gobernanza trasciende al Estado e incluye a las organizaciones de la sociedad civil y al sector privado.

Al respecto cabe resaltar, la capital importancia que comporta el diálogo fluido y no imposición del gobierno con la población, con la finalidad de poder conocer debida como oportuna sus necesidades y prioridades. La democracia se afianza al afianzarse la gobernanza.

6.1.4. Gobernanza en Internet. La gobernanza de Internet se caracteriza por una diversidad de actores, temas y procesos que interactúan y se aplican en todas las jurisdicciones. Internet Society (ISOC) describe los principios rectores recomendados para la gobernanza de Internet:<sup>289</sup> i) Participación abierta, inclusiva y transparente. Para garantizar que los resultados de los procesos de gobernanza de Internet sean tanto eficaces como aceptados, es necesaria la participación de actores interesados e informados, cada uno con sus respectivas funciones y responsabilidades. Esta participación también asegura que las partes interesadas puedan participar directamente en el trabajo y tener acceso a sus resultados; ii) Toma de decisiones basada en el consenso. Los procesos de formulación de políticas deben tomar en cuenta tanto la experiencia práctica como la pericia individual y colectiva de una amplia gama de partes interesadas. Las decisiones se deben tomar mediante procesos responsables basados en el consenso; iii) Supervisión y empoderamiento colectivos. Para garantizar la seguridad, estabilidad y resiliencia de Internet es necesario desarrollar estructuras y principios de gobernanza en un entorno de fuerte cooperación entre todas las partes interesadas, donde cada una contribuya sus propias habilidades, iv) Enfoques pragmáticos y basados en la evidencia. Las discusiones, debates y decisiones relacionadas con la gobernanza

---

289 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 141- 142.

de Internet deben tener en cuenta y basarse en información objetiva y empírica, v) Voluntarismo. En el ámbito del desarrollo de políticas técnicas de Internet, voluntarismo significa que el éxito es determinado por los usuarios y por el público, no por una autoridad central, vi) Innovación sin permiso. El notable crecimiento de Internet y consiguiente explosión de la innovación y el uso de Internet es un resultado directo del modelo abierto de la conectividad y el desarrollo de estándares de Internet. Cualquier persona debe poder crear una nueva aplicación en Internet sin tener que obtener la aprobación de una autoridad central. La gobernanza de Internet no debe restringir ni regular la capacidad de los individuos y las organizaciones para crear y utilizar nuevos estándares, aplicaciones o servicios.

## 7. Respeto de los desafíos al derechos fundamental a la democracia

7.1. Sistema de administración de justicia. En principio, el mismo aterriza básicamente en la urgente necesidad de contar con una administración de justicia libre de todo sesgo, corrupción. Ello, a propósito de lo acontecido por el extinto Consejo Nacional de la Magistratura y que actualmente ha sido reemplazado por la Junta Nacional de Justicia.

En segundo término, amerita contar con la implantación del Estado de Justicia. Dejamos expresa constancia, que ciertamente no podría lograr satisfactoriamente sus fines, en tanto que el mismo se ajusta a unimismancia del sistema jurídico imperante, esto es, del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no puede ser equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta constitucional, pero injusta.<sup>290</sup>

7.2. Pírricas victorias electorales. Ello se suscita como consecuencia del atomizamiento de candidatos que aparecen tradicionalmente con motivo de cada coyuntura electoral. Ello, no hace más que dispersar el voto popular. Por otro lado, perjudica a la ciudadanía en vista que no pocas veces el ganador por poquísima diferencia, no corresponde a la voluntad popular inicial, además de no ser el más preparado o de mejor perfil para asumir un reto como es el dirigir las riendas y destinos de un distrito, provincia o país.

---

290 TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?*. En línea recuperado en fecha 30/8/23 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>. Lima, 2018.

7.3. Concreción de la nueva agenda de derechos. El discurso de derechos humanos permitió ampliar su agenda, pero ahora se demora o dificulta su concreción. Por ejemplo, en Venezuela tenemos: igualdad de género, autonomía comunidades, etc. Aunque, ello resulte abierta como largamente insuficiente.

Por otro lado, es de verse el caso peruano, en el que la coyuntura sanitaria fue motivo del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, tales como: i) a la alimentación, ii) a la protesta, iii) al agua.

7.4. Corrupción. Transparencia Internacional, organización no gubernamental enfocada en la lucha contra la corrupción, publicó recientemente el Índice de Percepción de la Corrupción 2019. En este reporte, el Perú obtuvo un puntaje de 36, similar al que obtuvieron Panamá, Tailandia, Brasil y Kosovo. Esto implica una cierta mejora con respecto al año anterior, en que registró 35. En cuanto a su posición relativa, se encuentra en el puesto 101 de 180 países. Esto lo pone un tanto por debajo de la mitad de la tabla.<sup>291</sup>

Cabe dejar constancia que la corrupción se constituye en una realidad endémica, una lacra que nos persigue como una sombra. En consecuencia, amerita a estar siempre vigilantes para lograr que la misma no solo gane terreno, sino, procurar su paulatino retroceso.

7.5. Gobernabilidad. Ninguna sociedad es viable si no es gobernable. La gobernabilidad no es, por eso, un asunto que compete sólo al gobierno sino también a las instituciones y a la sociedad. Las sociedades que no son gobernables se fragmentan y desaparecen. La gobernabilidad democrática no se refiere tanto a los atributos de un régimen democrático cuanto a las capacidades de una determinada sociedad democrática para enfrentar los retos y oportunidades específicos que tiene planteados. La gobernabilidad se refiere a las condiciones sistémicas más generales bajo las cuales se ejerce el poder en una sociedad dada, tales como las características del régimen político (democracia o autoritarismo), la forma de gobierno (parlamentarista o presidencialista), las relaciones entre los poderes (mayor o menor asimetría), los sistemas de partido (pluripartidismo o bipartidismo), el sistema de intermediación de intereses (corporativo o pluralista) y el nivel de ciudadanía efectiva, ente otros.<sup>292</sup>

---

291 URBINA PADILLA, Dante. *Perú y el Índice de Percepción de la Corrupción*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://elperuano.pe/noticia-peru-y-indice-percepcion-de-corrupcion-89847.aspx>. Lima, 2020.

292 CAROSIO, Alba. *Ob. Cit.* Pp. 20- 21.

En ese sentido, sostenemos que se precisa contar con operadores políticos, a efectos de viabilizar el entendimiento con los demás poderes del Estado. Ello, a efectos de posibilitar de manera efectiva como pronta las grandes reformas para un país.

7.6. Cooperación. La ventaja cooperativa es la característica diferencial que posee una organización junto a otras, que les confieren la capacidad de alcanzar rendimientos superiores agregados o colectivos a largo plazo. Esta ventaja se logra en nuevos mercados que se crean y que se manifiesta de diferentes maneras; una buena reputación del colectivo, productos y servicios de calidad definida garantizada o un precio mayor o menor que represente realmente los costos de producción del bien. Para lograr generar ventaja cooperativa, se requerirá un modelo que basado en el principio de reciprocidad, haga cooperar a los involucrados de manera condicionada. Un programa de este tipo puede ser considerado como los valores que configuran la actuación de los individuos en un determinado entorno institucional y que dictan reglas adaptables de comportamiento que permiten elegir y sustituir e incluso agregar otras.<sup>293</sup>

Ello indudablemente genera el fortalecimiento de la democracia, en razón a la sinergia que se obtiene como resultante de la interrelación colaborativa institucional pública y privada. No obstante, se entiende que forma parte de un proceso, pero, que deviene en una muy buena opción.

7.7. Consensos políticos. Lograr la aprobación de las decisiones como agenda país, por parte de las diversas facciones políticas deviene en capital, a efectos de posibilitar el inicio y fluidez de los planes y políticas de gobierno.

Los dotes de tolerancia, empatía y conexión con los grandes temas país constituyen atributos de gran relevancia en el manejo de las acciones conducentes al arribo de los consensos necesarios.

7.8. Democracia participativa. Si bien es cierto que el ejercicio de la democracia deviene en muy visible al momento de las elecciones de autoridades, el mismo no resulta ser lo bastante necesario.

En ese sentido, deviene en imprescindible la activa participación de la ciudadanía, a efectos de supervisar el accionar de las autoridades, so solamente en el tema del ejercicio de los derechos fundamentales a la

---

293 MIRANDA SÁNCHEZ, Paula y ROMERO MANCHEÑO, Ismael. *Menos oposición y más cooperación: Aportes para el fortalecimiento de la democracia*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00039.pdf>. Santiago de Chile, 2017, p. 54.

transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas. Además, se debe tener presente que dicha actitud de participación ciudadana de la democracia, tiene que ser permanente y sostenible.

7.9. Cohesión social. La cohesión social está integrada por una serie de condiciones que permiten identificar qué tanto está o no cohesionada una sociedad y que tanto puede afectar dicha cohesión a las relaciones Estado-sociedad mediante sus instituciones.<sup>294</sup>

7.10. Derechos humanos en línea. Distintas resoluciones en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y documentos adoptados en el plano regional han establecido el principio de que los derechos humanos que las personas gozan offline también deben ser protegidos online.<sup>295</sup>

Asimismo, la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) redactó la Carta sobre Derechos en Internet, considerando que “Internet solo podrá convertirse en una herramienta de empoderamiento para todos los pueblos del mundo si se reconocen, protegen y respetan estos derechos”. Dicha Carta incluye 31 derechos que están organizados en siete grandes temas: i) Acceso a Internet para todos y todas, ii) Libertad de expresión y asociación, iii) Acceso al conocimiento, iv) Intercambio de aprendizaje y creación -software libre y desarrollo tecnológico, iv) Privacidad, vigilancia y encriptación, v) Gobernanza de Internet, vi) Conciencia, protección y realización de los derechos. También la Coalición Dinámica por los Derechos y Principios de Internet, del Foro de Gobernanza de Internet de la ONU. Así tenemos: i) Universalidad e igualdad, ii) Derechos y justicia social, iii) Accesibilidad, iv) Expresión y asociación, v) Confidencialidad y protección de datos, vi) Vida, libertad y seguridad, viii) Diversidad, ix) Igualdad de red, x) Normas y reglamento, xi) Gobierno.<sup>296</sup>

Y sobre el Derecho Fundamental al Olvido, el antecedente, en strictu sensu del correspondiente a las personas naturales, es el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informa-

---

294 PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán. *Los desafíos sociales de la democracia en México*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0185161617300173?token=E36348560ABE703746515D27789FFFB524D3A1CFC08FBAD9818DB7A13B5C160444967045DB974BF42C7523172742D009>. Ámsterdam, 2017, p. 31.

295 FORD, Elaine. *Cit.* P. 148.

296 FORD, Elaine. *Cit.* Pp. 149- 150.

tiva, conocido también como: derecho a la protección de datos de carácter personal. Empero, se debe tener en cuenta que el segundo derecho nombrado (a diferencia del derecho al olvido), se encuentra referido a información que no se encuentre registrada en la Red.

El derecho al olvido se define de tres formas:<sup>297</sup> “i) un término ficticio cuyo núcleo es el derecho a acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales que estén en bases ajenas; ii) obligaciones especiales de eliminación de datos financieros y penales después de cierto tiempo; iii) la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador”.

Existe una naturaleza de oportunidad entre los derechos fundamentales a la privacidad y al olvido. En el primer caso, se ejercita principalmente ex ante, esto es, de manera anterior a la posible publicación de la información, a diferencia del segundo, donde siempre se manifiesta ex post, es decir, luego de haberse publicado, ya sea con el consentimiento o no del perjudicado.

Además, el derecho al olvido comporta la no republicación o redivulgación de hechos o acusaciones, aunque ciertas y ya conocidas, no resulten ser exactas o actualizadas, en razón a que ya fueron juzgados en su oportunidad y, por ende, el sancionado ya habría quedado rehabilitado, pues, no por ello, tendría que merecer una condena on line de por vida, debido a la ya consabida capacidad de Internet, de no olvido cuasi perpetuo.

Así, postulamos que el derecho fundamental al olvido, proviene de un derecho más amplio, que el denominado derecho a Internet. A la vez, el derecho a la intimidad guarda estrecha relación con el derecho al olvido; existiendo entre ellos una relación de género y especie, respectivamente.

Sin embargo, a propósito de su denominación: “derecho al olvido”, somos contestes con su desacierto. Ello, en vista que el olvido resulta ser propio de la psicología de las personas naturales, como medida de protección de la memoria. No obstante, en primer término, la Red no cuenta con vida propia, ergo no puede olvidar. Así, su definición más acertada sería: “derecho a la desindexación de datos personales”. Pero, dado cuen-

---

297 PÉREZ DE ACHA, Gisela. *Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región*. En línea: Recuperado en fecha 30/8/23 de Derechos Digitales América Latina <https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/>. Santiago de Chile, 2015.

ta que la misma (“derecho al olvido”), viene siendo utilizada en casi la totalidad de Estados que lo abordan, importa poco la eventual empresa de cambio de denominación del mismo.

La vulneración del derecho al olvido, significa a su vez, el menoscabo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del afectado. Ello, en vista a que se limita su derecho de llevar una vida alejada de limitaciones, señalamientos o estigmatizaciones, dicho sea de paso, conlleven a la vulneración de adicionales derechos, como, por ejemplo, al trabajo, a la no discriminación, al honor, a la buena reputación, entre otros.

Resulta innegable que el derecho al olvido se encuentra reconocido de manera no expresa, esto es, bajo la naturaleza de números apertus de los derechos fundamentales reconocidos por el Art. 3º.-, de la Constitución Política, que preconiza: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Y es que, aunque suene contradictorio, es de reconocer que taxativa y reglamentariamente, el derecho fundamental al olvido no se registra de manera específica en la norma legal. (Salvo contadas excepciones: como Nicaragua,<sup>298</sup> España y Rusia).

Los principios jurídicos del derecho al olvido, no se encuentran establecidos. Ello, en razón a que consideramos que el derecho de protección de datos personales, contiene o resulta más amplio que los alcances del derecho al olvido. Prueba de ello, es que los diversos pronunciamientos de los tribunales en casos sobre el derecho al olvido, han sustentado sus decisiones en algunos de los principios jurídicos básicos de protección de datos personales, si llegar a precisar principios propios o exclusivos del derecho al olvido. Así, tenemos: i) De Finalidad, ii) De Pertinencia, iii) De Veracidad y Exactitud, y iv) De Calidad.

Consideramos que, en el derecho fundamental al olvido existen ineludiblemente los siguientes actores, sin la totalidad de los cuales no podría configurarse o apelarse al mismo. Así tenemos: i) Internautas, ii) Buscadores, gestores o motores de búsqueda, en línea, iii) Páginas o portales web, iv) Enlaces web o links, v) Información del afectado publicada en la Red, devenida en anacrónica e inexacta, y vi) El afectado.

---

298 PÉREZ DE ACHA, Gisela. *Ob. cit.*

Comúnmente se entiende, que el buscador por excelencia y hasta monopolístico y único resulta ser el en apariencia, omnipresente Google en el orbe. Nada más alejado de ser cierto, debido a que existen otros buscadores que abarcan los lugares donde Google no llega y son: i) Bing, ii) Yandex, iii) Blippex, iv) Wolfram Alpha, v) Blekko, vi) Naver, y vii) Baidu. Por ende, es probable que, por ejemplo, que una vez conseguida la desvinculación de sus datos personales en el buscador Google, resulte que los mismos continúen figurando en otro buscador.

Lo que complicaría, el ejercicio del derecho fundamental al olvido, por decir lo menos. Mención aparte, merece el tema de la Deep webb o internet profunda, que contiene el 96% de lo publicado en la internet superficial, donde recientemente también corresponde hacer efectivo el derecho al olvido.

Experimentamos una transición del derecho al olvido, aunque existen ciertos avances, sobre todo en Europa (principalmente España), donde son basilarmente en predios de jurisprudencia y doctrina. Dicho derecho, se encuentra destinado a salvaguardar los derechos on line de las personas físicas.

Ello no tendría por qué excluir a las personas morales o jurídicas. Definitivamente como en todo, el avance de la tecnología trae consigo sus bemoles, queda por lo tanto armonizar los derechos fundamentales, de manera preferente al escenario de la vigencia y desarrollo del derecho al olvido de los datos personales que figuran en la Red.

Queda pues, legislar y reglamentar el derecho fundamental al olvido, con el objeto de ampliar la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales.

7.11. La Red. Hoy no se entiende la televisión sin la presencia de Internet y las redes sociales, no es infrecuente, sin embargo, hallar una construcción de una opinión pública de mayor calidad en ciertos lugares y usos de Internet. Por ello, sin caer en el triunfalismo y sin dejar de denunciar sus disfunciones, reconozcamos también los beneficios de la red, al menos aquellos indiscutibles que apuntan a pilares esenciales de una opinión pública democrática como son la apertura, la mayor inclusión social o el pluralismo.<sup>299</sup>

---

299 CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique. *El impacto de internet en el estado democrático*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: [https://zaguan.unizar.es/record/63463/files/texto\\_completo.pdf](https://zaguan.unizar.es/record/63463/files/texto_completo.pdf). Madrid, 2016, p. 315.

7.12. Sostenibilidad. Por otro lado, se requiere observar detenidamente el compromiso de las presentes medidas a adoptar. Ello, con la finalidad de orientar su dación hacia la permanencia y consolidación.

Cabe agregar, que las mismas deberán permanecer solamente hasta cuando amerite su vigencia, puesto que, luego de ello, las políticas de Estado deberán estar orientadas hacia los puntos o aspectos que lo precisen.

7.13. Proscripción de la egolatría y mesianismo. Resulta sumamente preocupante la eventual consabida ligereza con que resultan ser asumidas las modificaciones o propuestas legislativas para la lucha contra la corrupción, a la luz de las correspondientes comisiones de reforma.

Ello ocurre cuando en principio, no necesariamente son convocados para ello a los verdaderos especialistas. Luego, que las propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Lo referido aterriza en que antes de la creación de una comisión de reforma, increíblemente ocurre que las respectivas modificaciones y propuestas, simplemente no existían.

Mención aparte, merece referir a lo que Mario Castillo Freyre señala como “Tentaciones Académicas”. Esto es, que entre no pocos miembros de las comisiones de reforma observan el principio (“yo no opongo a tus propuestas de artículos para la ley y tú no te opones a las mías”). Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre.

Como consecuencia, es que puede apreciar leyes aprobadas en las que su articulado no presenta la obligada sistematización interna y externa, y donde existen algunos en los que el texto presenta contenido repetido, incompleto, contradictorio.

Además, no se puede dejar de apostrofar el que no pocos dadores de una norma legal, resultan más preocupados por la permanencia de vigencia de una ley nociva o errada por contener una propuesta de su persona, en vista que no pueden concebir que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta de la misma.

Entonces, los mismos terminan oponiéndose por todos los medios posibles a la eventual modificación de la supuesta iluminada ley, que ellos fueron autores, gestores o promotores. Es el típico caso de aquellos que se consideran predestinados a trascender sin mayor o ningún mérito o fundamentación suficiente.

7.14. Principios de la Administración.- Así, se inobserva el valor público, el mismo que constituye una obligación para quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los cuales les pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública (sea derivada generada vía elección popular o no). Así, el valor público, busca de forma comprometida, un sistema que promueva un desarrollo eficaz, eficiente, equitativo y sostenible. Bajo esta perspectiva, se busca la creación de valor público por medio de una gestión estatal, la que tiene que contribuir significativamente a cuatro fines o principios fundamentales: i) Reducción de la desigualdad, ii) Reducción de la pobreza, iii) Fortalecimiento de estados democráticos, iv) Fortalecimiento de la ciudadanía.

Así, el valor público, asume en resumidos términos, que:<sup>300</sup> “(l)a gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración Pública. También asume que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas; y más que eso, asume que al entregar el valor público requerido, la gente estará dispuesta a pagar por él con dinero, con el voto, u ofreciendo su tiempo para colaborar con el gobierno”.

Así también, corresponde dejar constancia de la indisoluble relación existente entre la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9., del Exp. N° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza: “(l)el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”.

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública. Entonces, “Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la juris-

---

300 BERTUCCI, Guido. *Gobierno digital y valor público*. En línea, recuperado el 30/8/23, de Política Digital: [http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102\\_multimedia.pdf](http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102_multimedia.pdf). México, 2005, p. 12.

prudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” (REDA 175, Enero- Marzo 2016), postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.” Y distingue la idea de “buen gobierno” o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción”.

Lo curioso, es que, con dos principios benéficos, la gestión pública sería irreprochable. El principio de buena administración, en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y el principio de buena fe, en la vertiente subjetiva de las intenciones.

## 8. Conclusiones

La democracia deviene en el pilar por excelencia, para salvaguardar los derechos fundamentales y necesidades más urgentes de la población y, sobre todo, de quienes menos tienen.

Los derechos fundamentales a la información y democracia, devienen no solamente en complementarios, pues, además cada uno se constituye en derecho continente, pues, engloban adicionalmente a otros derechos fundamentales.

La desinformación resulta ser tremendamente perjudicial, a la vez de desnaturalizar a la democracia.

La desinformación no es sinónimo de carencia de información, sino, de información, falsa, tendenciosa, maliciosa. La desinformación resulta ser más vulneratoria que el impedimento de acceso a la información.

Resulta imprescindible que la democracia se pueda ejercer también desde los actuales avances de las nuevas tecnologías y redes sociales. Esto es, desde el presente escenario contemporáneo.

La manera de combatir a la desinformación, es a la luz de la democracia participativa, enterada, en defensa de la democracia.

Luego de analizar y desarrollar los desafíos de los derechos fundamentales a la información y democracia, colegimos que en tanto que Es-

tados garanticen la efectiva salvaguarda y protección de los derechos fundamentales, las poblaciones podrán ejercer y disfrutarlos de conformidad a su naturaleza y razón de ser.

## 9. Sugerencias

Amerita ser celosos vigilantes y defensores de la democracia, pues, el baluarte de una sociedad civilizada y de un Estado Constitucional de Derecho.

En iguales términos, corresponde defender y proteger los fundamentales a la información y democracia.

Amerita realizar campañas de capacitación y concientización, a efectos de rechazar y denunciar a la desinformación.

Resulta imprescindible el establecimiento de políticas públicas, conducentes al acceso de las nuevas tecnologías y redes sociales.

Dación de políticas públicas destinadas a cubrir los desafíos de los derechos fundamentales a la información y democracia.

## Referencias

BERTUCCI, Guido. *Gobierno digital y valor público*. En línea, recuperado el 30/8/23, de Política Digital: [http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102\\_multimedia.pdf](http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102_multimedia.pdf). México, 2005.

CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique. *El impacto de internet en el estado democrático*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: [https://zagan.unizar.es/record/63463/files/texto\\_completo.pdf](https://zagan.unizar.es/record/63463/files/texto_completo.pdf). Madrid, 2016.

DE LA CUADRA, Fernando y PAREDES, Juan Pablo. *Las amenazas y desafíos de la democracia*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00005.pdf>. Manizales, 2017.

GONZALO PENELA, Carlos. *¿Las redes sociales son una amenaza para la democracia?*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://www.carlogonzalo.es/redes-sociales-amenaza-para-la-democracia/>. Barcelona, 2018.

FORD, Elaine. *El reto de una democracia digital. Hacia una ciudadanía interconectada*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://www.kas.de/documents/269552/269601/El+reto+de+1>

- [a+democracia+digital+hacia+una+ciudadan%C3%ADa+interconectada.pdf/3c571428-98b1-c3b7-c47c-63cc5fb715ef?version=1.2&t=1574964153718](#). Lima, 2019.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Sinesio. *Democracia y gobernabilidad: actores, instituciones y condiciones*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: [http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd\\_20.pdf](http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd_20.pdf). Lima, 2006.
- MIRANDA SÁNCHEZ, Paula y ROMERO MANCHEÑO, Ismael. *Menos oposición y más cooperación: Aportes para el fortalecimiento de la democracia*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00039.pdf>. Santiago de Chile, 2017.
- PÉREZ DE ACHA, Gisela. *Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región*. En línea: Recuperado en fecha 30/8/23 de Derechos Digitales América Latina <https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/>. Santiago de Chile, 2015.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán. *Los desafíos sociales de la democracia en México*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0185161617300173?token=E36348560ABE703746515D27789FFFB524D3A1CFC08FBAD9818DB7A13B5C160444967045DB974BF42C7523172742D009>. Ámsterdam, 2017.
- TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?*. En línea recuperado en fecha 30/8/23 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>. Lima, 2018.
- URBINA PADILLA, Dante. *Perú y el Índice de Percepción de la Corrupción*. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://elperuano.pe/noticia-peru-y-indice-percepcion-de-corrupcion-89847.aspx>. Lima, 2020.
- VARGAS LUZA, Christian Michael. *¿Cuán importante es conocer la naturaleza del ser humano para el derecho?*. Citando a Marco Aurelio Denegri. En línea, recuperado en fecha 30/8/23 de: <https://lpderecho.pe/cuan-importante-conocer-naturaleza-ser-humano-derecho-christian-michael-vargas-luza/>. Lima, 2020.



# EXECUÇÃO PENAL E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

*João Paulo Martinelli*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Execução penal: conceito e finalidades. 3. Princípios constitucionais que regem a execução penal. 3.1. Princípio da dignidade humana. 3.2. Princípio da culpabilidade. 3.3. Princípio da intranscendência da pena. 3.4. Princípio da legalidade. 3.5. Princípio da Individualização da pena. 4. A Lei das Execuções Penais (LEP) e seu regramento. 5. Realidade dos fatos e o Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos. 6. Estado de coisas inconstitucional. 7. Separação dos poderes e aplicação da lei. 8. Conclusões.

## 1. Introdução

Um dos maiores problemas envolvendo os três Poderes da República é a execução da pena privativa de liberdade (também deve ser incluída a prisão cautelar). Apesar de todo aparato normativo que impõe condições mínimas de dignidade ao preso, a realidade é bem diferente. A começar pela falta de controle do Estado na maioria dos estabelecimentos prisionais, já que o poder ali dentro é exercido por facções criminosas.

Apesar da notória degradação do sistema prisional, pouca coisa é feita pelo Poder Executivo para corrigir o grave problema. Ou seja, aquele que deveria zelar pelo cumprimento da lei não o faz. É por isso que, cada vez mais, o Poder Judiciário é instado a interferir na resolução do conflito, determinando nada mais que a aplicação das normas legais e constitucionais.

A partir desse movimento, surgem críticas à atuação do Poder Judiciário que, supostamente, estaria invadindo a esfera do Poder Executivo

e, portanto, violando a separação dos Poderes. Acontece que a atuação do Poder Judiciário é legítima, uma vez que não atinge a discricionariedade dos atos do Poder Executivo. O que se pretende é determinar o cumprimento daquilo que o próprio Estado se comprometeu a fazer, inclusive, sob pena de responsabilidade perante a comunidade internacional.

## **2. Execução penal: conceito e finalidades**

A execução penal é o estágio seguinte à condenação. Após o réu ser condenado definitivamente, e se não houver qualquer causa de extinção da punibilidade, o Estado aplica concretamente seu poder punitivo, até então pendente de um processo de conhecimento, com todo o devido processo legal assegurado. Por meio da execução penal alguns dos direitos do condenado ficam suspensos, porém, nunca à deriva da manutenção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, durante a execução penal o sentenciado perde, temporariamente, apenas aqueles direitos determinados pela decisão condenatória.

Tão importante é a execução penal que o Poder Judiciário, por previsão legal, dedica um órgão próprio para controlar o cumprimento da sanção (arts. 65 e 66 da Lei 7.210/1984). O Ministério Público também faz parte do sistema de execução, com a designação de órgão específico (arts. 67 e 68 da Lei 7.210/1984). Ademais, o Poder Executivo possui responsabilidade pelo acompanhamento da execução por diversos órgãos, como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (vinculado ao Ministério da Justiça) e os Departamentos Penitenciários (sob o manto dos governos estaduais). O procedimento de aplicação da sanção não é mero detalhe que passa despercebido aos olhos da Constituição Federal e da legislação.

Historicamente, muito se vem discutindo sobre a(s) finalidade(s) da pena criminal. As teorias a respeito do tema concentram-se, basicamente, em dois grupos: as teorias absolutas e as teorias relativas. As teorias absolutas possuem um caráter retributivo, quer dizer, a pena teria a finalidade de retribuir o mal causado pelo criminoso. Por outro lado, as teorias relativas prezam pela prevenção. Quando a pena é aplicada ao condenado, o Estado passa uma mensagem à população em geral (prevenção geral) ou incide no indivíduo que sofre a execução (prevenção especial). No caso da prevenção especial, prevalece sua vertente positiva, que visa a ressocialização do agente.

Percebe-se que, a partir do Iluminismo, ganham força as ideias de contenção do poder punitivo estatal, pois o Estado não pode criar e aplicar normas de maneira arbitrária, nem aplicá-las nas situações concretas. Especificamente no campo das sanções penais, foi afastado o espírito vingativo, dos castigos desumanos e dos julgamentos tendenciosos. A pena deveria ser, assim, proporcional ao dano causado e não poderia ficar ao arbítrio do magistrado.

Restringindo-se a análise à pena privativa de liberdade, a mais drástica reconhecida pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, encontram-se inúmeros problemas que colocam a realidade do cárcere a uma distância abismal daquilo que as normas determinam. Privar alguém de sua liberdade não significa extrair outros direitos fundamentais. O condenado à prisão não perde sua dignidade, não está obrigado a ser tratado sem as mínimas condições existenciais e, portanto, cabe ao Estado, por meio de seus órgãos, garantir a correta aplicação da Constituição Federal e das leis.

Infelizmente, o sistema penal brasileiro optou pela ilegalidade e inconstitucionalidade da execução penal. Apesar da precariedade dos estabelecimentos prisionais, pouco ou nada se faz para melhorá-lo. O cumprimento da pena, que deveria ter um papel preventivo, torna-se um processo de degradação humana, o que é interessante para organizações criminosas, que aproveitam da situação para arregimentar novos integrantes. Já que o Estado não garante o mínimo de condições para o detento, este, por questão de sobrevivência, busca respaldo em quem pode ajudá-lo.

### **3. Princípios constitucionais que regem a execução penal**

Como deve ser em qualquer país democrático, a legislação, de qualquer tipo, deve ser interpretada de acordo com os preceitos constitucionais. Acrescenta-se, ainda, que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos complementam a Constituição Federal em suas lacunas na proteção dos direitos fundamentais. Fazer a interpretação de lei federal isoladamente, especialmente as normas anteriores a 1988, é muito arriscado. Corre-se o risco de se deixar contaminar pelo espírito inquisitório e punitivista herdado de, pelos menos, dois períodos de exceção pelos quais o país passou no Século XX.

#### **3.1. Princípio da dignidade humana**

Este é o princípio reitor da Constituição Federal. A partir daqui outros princípios emergem para garantir o mínimo de integridade ao ser hu-

mano. A dignidade humana é vista como um valor intrínseco de todas as pessoas, que devem ser reconhecidas como o núcleo do ordenamento jurídico. Isto é, nenhuma norma pode tratar o ser humano como mero objeto; ao contrário, o ser humano é um sujeito de direitos.

A pessoa tem o direito de manter sua integridade física, moral e psicológica, o que impede o Estado, em tese, de permitir condições precárias de vida. A dignidade humana deve estar presente em todas as fases do desenvolvimento do ser humano, desde sua concepção até sua morte. A execução da pena deve oferecer todas as condições para o detento cumprir a pena com dignidade, bem como seus familiares também merecem a proteção do Estado.

O reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos ocorre em nível interno e externo. Nosso ordenamento jurídico prevê os direitos civis, sociais, políticos, culturais e econômicos. Em caso de descumprimento o país pode ser responsabilizado internacionalmente, como pessoa jurídica de direito internacional público, pois se trata de imposição dos sistemas regional e global de direitos humanos.

### **3.2. Princípio da culpabilidade**

O princípio da culpabilidade traz a garantia de que cada um deve responder por seu comportamento ilícito na medida de sua culpabilidade. Em outras palavras, a pena a ser aplicada deve ser proporcional ao juízo de reprovabilidade da conduta. Assim, mesmo que tenha havido concurso de pessoas para a prática de um mesmo crime, as sanções não serão necessariamente iguais para todos. É por isso que o Código Penal impõe um procedimento de três fases para a aplicação da pena concreta, obrigando o juiz a analisar todas as circunstâncias objetivas e subjetivas dos envolvidos.

A manutenção da proporcionalidade também incide sobre o modo como a pena será cumprida. Em caso de pena privativa de liberdade, poderá o condenado iniciar seu cumprimento em regime fechado, semiaberto ou aberto; é permitido, em alguns casos, ao juiz converter a prisão em pena restritiva de direitos. Durante a execução também deve ser obedecida a proporcionalidade na concessão de benefícios e aplicação de sanções disciplinares. A gravidade das faltas disciplinares deve ser levada em consideração, bem como o mérito do detento.

### 3.3. Princípio da intranscendência da pena

A pena não pode passar da pessoa do condenado, isto é, ninguém pode cumprir sanção criminal de outrem. Diferentemente da responsabilidade civil, não é juridicamente possível que alguém responda penalmente por delito cometido por outro indivíduo. Pode parecer óbvio, no entanto, há uma polêmica desnecessária sobre alguns benefícios concedidos à família do preso, que, na maioria das vezes, nada tem a ver com o ilícito praticado. A punição ao culpado não pode impedir uma vida digna de seus familiares e é nesse caminho que se encontram alguns dispositivos legais.

A LEP deve ser interpretada em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que institui os direitos dos menores de 18 anos a um desenvolvimento saudável. O menor de 18 anos não pode sofrer prejuízos por um erro cometido por seus genitores. A legislação impõe a disponibilidade de instalações que permitam a convivência da criança com sua mãe detenta, principalmente nos primeiros anos de vida.

O Estado também deve garantir a seguridade social à família do preso que tenha contribuído com a previdência. Aqui, há dois pontos importantes. O detento precisa ter contribuído com a previdência social para ter direito ao auxílio. Outro ponto é não punir a família do preso, principalmente seus dependentes. Infelizmente, a grande maioria dos detentos não contribui com a previdência, o que reflete sobre seus familiares que nada tem a ver com o ato ilícito praticado.

### 3.4. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é a garantia de que o cumprimento da pena será efetuado de acordo com as determinações legais. Não há crime ou pena sem lei anterior que os defina. A aplicação e a execução da pena devem seguir o que está prescrito nas normas, de maneira a possibilitar o controle judicial. Em consonância, as leis que regem as sanções não podem contrariar a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Em síntese, o princípio da legalidade tem por objetivo evitar abusos do Estado na aplicação da pena, com parâmetros que devem ser seguidos pelas autoridades.

Não apenas a pena a ser aplicada no caso concreto deve obedecer à lei, mas também todo o curso de sua execução. As faltas cometidas pelo preso, que podem sujeitá-lo a uma punição administrativa, devem estar expressamente previstas em lei. Ainda que uma conduta seja reprovável, só poderá ser considerada falta se assim a legislação a reconhecer.

Há previsão expressa no art. 1º da LEP de que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Como a sentença condenatória impõe apenas a privação da liberdade e/ou outras restrições de direitos, cabe ao Estado garantir que a execução da pena não extrapole aquilo que estiver na decisão. Essa é a cláusula mais importante da LEP que, por si só, obriga, nada mais, nada menos, à observância da lei.

### **3.5. Princípio da individualização da pena**

A Constituição Federal, em seu art. 5.o, XLVI, determina que “a lei regulará a individualização da pena”. A sanção deve ser individualizada na aplicação, quando houver condenação, e na sua execução. O Código Penal traz a regra para o cálculo da pena no caso concreto em três fases, nas quais são analisadas todas as circunstâncias envolvidas, tanto positivas quanto negativas para o réu. Assim, mesmo no concurso de agentes, as penas não serão necessariamente iguais apesar de todos responderem pelo mesmo ilícito.

Este princípio se estende, inclusive, nas possibilidades legais de não haver ação penal e, conseqüentemente, isentar o acusado da pena. A justiça penal negocial cada vez ganha mais espaço para poupar o agente de um processo criminal e reduzir a demanda estatal pelo processamento e aplicação de sanção. No entanto, a substituição da ação penal por um benefício depende das circunstâncias envolvidas e da desnecessidade de eventual pena. Em síntese, tanto para o acusado quanto para o Estado, é mais eficiente exigir uma prestação como uma maneira didática de repreensão e conciliação.

A individualização da pena também se reflete em sua execução. A depender do comportamento do condenado, podem ser-lhe concedidos benefícios ou sanções. O sistema de progressão de regimes é um exemplo. Para progredir para um regime menos rigoroso, deve o apenado demonstrar que faz jus à benesse. Não bastam os requisitos objetivos, pois a análise subjetiva é exigência legal. Isso se aplica ao livramento condicional, que é a possibilidade de o preso cumprir o restante da pena em liberdade. Acrescentam-se, ainda, a remição da pena pelo estudo e pelo trabalho e o exercício do trabalho fora do estabelecimento carcerário.

O STF, em duas ocasiões, reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos legais que violavam o princípio da individualização. No HC

82.959/SP, o Tribunal afirmou que o condenado por crime hediondo não pode, automaticamente, cumprir pena integralmente em regime fechado. Deve-se, assim, analisar cada caso concreto para avaliar se o requerente merece ou não passar para regime menos severo. Já no HC 111.840/MG, foi discutida a constitucionalidade da regra de que o condenado por crime hediondo deveria iniciar sempre a pena privativa de liberdade em regime fechado. De maneira parecida, o STF impõe a avaliação do caso concreto para determinar o regime inicial de cumprimento da pena.

Em síntese, a lei não pode retirar do juiz o poder de individualizar a pena aplicada, nem sua forma de execução. Não pode haver restrições taxativas a benefícios ou imposição obrigatória de sanções sem admitir a verificação do caso específico. Não se admite tratar igualmente condenados que tenham praticado crimes em situações distintas ou cumprido a pena de forma diversa. Quem demonstra bom comportamento não pode pagar pela desídia de outros e sofrer prejuízos na execução penal.

#### **4. A Lei das Execuções Penais (LEP) e seu regramento**

A Lei 7.210/1984 apresenta claramente um viés humanista que optou pela possibilidade de recolocar o condenado em convivência social. Como exposto acima, a execução penal também deve ser regida pelo princípio da individualização da pena, pois cada condenado deve ter sua situação apreciada isoladamente. Ou seja, não se pode dispensar tratamento igual a todos os sentenciados, pois cada um viverá uma realidade diferente no curso da execução.

A LEP possui uma série de exigências para a execução da pena. Tanto o preso quanto o egresso têm direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. O preso tem direito a alimentação, vestuário e instalações higiênicas; atendimento médico, farmacêutico e odontológico; assistência jurídica para aqueles que não possuem advogado; instrução escolar e formação profissional; amparo para serem preparados para o retorno ao convívio em sociedade; liberdade de culto; entre outros. Também está previsto o direito ao trabalho e ao estudo, inclusive com remuneração, que poderá ser usada para indenizar a vítima e auxiliar a família do detento.

O cumprimento da pena privativa de liberdade segue o modelo do mérito. Como maneira de estimular o bom comportamento, a lei admite a possibilidade de progressão de regime (do mais para o menos gravoso) a

partir de uma determinada fração de tempo e da avaliação positiva do preso. Por outro lado, o cometimento de faltas autoriza, em alguns casos, a regressão de regimes. O prêmio à boa conduta pode chegar ao livramento condicional, que é a possibilidade de cumprir o restante da pena em liberdade.

Recentemente, a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, introduziu regras mais específicas para a progressão de regimes: 16% da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; 20% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; 25% da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; 30% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; 40% da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; 50% da pena, se o apenado for: (a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; 60% da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Há outras importantes considerações sobre a LEP. É obrigatória a inspeção mensal no estabelecimento prisional pelo juiz e promotor das execuções penais. Isso é uma forma de mostrar a realidade às autoridades que tomam as decisões mais importantes. Afinal, o Ministério Público é o titular da ação penal na maioria dos crimes e, ao denunciar, requer a condenação do réu. O Poder Judiciário, por seu turno, é quem condena e aplica a pena. Apesar de todo conhecimento acerca da precariedade do sistema prisional, os agentes públicos insistem na tradição do encarceramento.

Também é obrigação do Estado a assistência ao preso, ao internado e ao egresso, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Para isso, a LEP traz um rol de direitos do preso que devem ser observados: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; Previdência Social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e

a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes e atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

O trabalho é um direito e um dever do preso. Enquanto dever, constitui falta disciplinar de natureza grave a recusa injustificada à execução do trabalho, tarefas e ordens recebidas no estabelecimento prisional. Ainda, determina o art. 31 da LEP a obrigatoriedade do trabalho ao apenado condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades. Como direito, a cada três dias de trabalho, o detento tem direito a um dia de pena remido. O mesmo vale para o estudo, já que o intuito é que o preso se desenvolva enquanto pessoa.

## **5. Realidade dos fatos e o Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos**

O Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos é composto pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O principal documento que rege esse sistema é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica. Internamente, a CADH foi reconhecida em 1969 e promulgada em 1992. Portanto, o Brasil tem a obrigação de seguir seus preceitos; caso contrário, estará sujeito a julgamento pela Corte.

A CADH carrega uma série de regras para a aplicação de penas criminais e seu descumprimento pode gerar responsabilidade internacional da União. Num caso concreto, por meio da Resolução CIDH, de 22 novembro de 2018, foram impostas algumas obrigações ao Brasil. A Corte proibiu o ingresso de novos presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (RJ) e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liber-

dade cumprido no local, salvo nos casos de crime contra a vida ou a integridade física, e de crimes sexuais, em que a diminuição da pena – em 50% ou menos – depende da avaliação em perícia criminológica.

A partir dessa Resolução, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou postura favorável aos detentos, determinando a contagem em dobro dos dias de prisão. O Tribunal de Justiça de Pernambuco também impôs o cômputo em dobro para lidar com a superlotação do Complexo Prisional do Curado, no Recife. Em ambos os casos, foi reconhecida a ausência de mínimas condições para o cumprimento da pena, como a superlotação, convivência com ratos e baratas, falta de limpeza e defeitos hidráulicos, que obrigavam os presos a compartilhar espaço com o esgoto. Por mais grave que tenha sido o delito praticado pelo condenado, a sanção aplicada não lhe retira a dignidade, mas apenas a liberdade.

Em outro precedente, a Comissão Interamericana, em decisão liminar de 2014, exigiu a reestruturação do Presídio Central, em Porto Alegre, “para garantir a vida e a integridade pessoal dos detentos”. Após a conclusão da CPI do Sistema Carcerário, este estabelecimento foi considerado o pior do país. O relatório da CPI, divulgado em 2009, classificou a unidade como uma “masmorra”, um “inferno” onde pessoas amontoadas sobreviviam em meio ao lixo e ao esgoto. A situação levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base em inspeções do Mutirão Carcerário, a recomendar a desativação da unidade, que enfrenta problemas como superlotação, insalubridade, violência, atendimento médico precário e risco de incêndio.

Infelizmente, foi necessária a atitude de um órgão internacional para que fosse iniciado um processo de reestruturação no presídio gaúcho. O pior é que quase todos os outros estabelecimentos prisionais brasileiros se encontram em situação similar. Além disso, o Estado perdeu o controle interno das penitenciárias, que foi tomado pelas facções criminosas. A desumanidade das prisões incentiva os detentos a aderir a grupos que lhes possam oferecer proteção e um mínimo de dignidade.

## **6. Estado de coisas inconstitucional**

Apesar de todos os esforços do constituinte para ampliar o rol dos direitos fundamentais na Carta Magna e reconhecer a pessoa humana como o núcleo do ordenamento jurídico, é notório que o país está longe de oferecer tudo aquilo de que o indivíduo precisa para viver minimamente bem. Os compromissos firmados em pactos internacionais não são

suficientes para o cumprimento das obrigações que o próprio Estado estabeleceu no ordenamento jurídico e na Constituição Federal.

Quando há situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais, pela precariedade da estrutura do Estado e pela ausência de políticas públicas, aplica-se uma técnica decisória denominada “estado de coisas inconstitucional”. O termo foi desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana, que, ao enfrentar diversos casos de desrespeito aos direitos fundamentais, determinou a atuação conjunta dos mais variados órgãos estatais.

No Brasil, o STF reconheceu, na Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais (ADPF) 347, o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário do país. Na decisão, o Tribunal declarou que “há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Esse estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória”. Não se trata, portanto, de um ou outro caso isolado, e sim do sistema como um todo. Infelizmente, os estabelecimentos prisionais que oferecem o mínimo de dignidade ao preso são representam uma parcela pífia do total.

Na mesma ADPF, foi imposta a obrigação de União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), elaborarem planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, no prazo de seis meses, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos.

A partir da decisão, o CNJ delineou sete eixos de estudos e pesquisas para buscar melhorias ao sistema carcerário: 1) encarceramento e lotação; 2) garantia da dignidade humana e controle externo; 3) estrutura e funcionamento; 4) atenção às pessoas egressas da prisão; 5) Fundo Penitenciário Nacional; 6) articulações e parcerias; e 7) produção normativa, técnica e informativa.

Pode parecer estranho, mas houve a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, após forte pressão internacional, para que as entidades estatais responsáveis pelo sistema carcerário mudassem a postura em relação às prisões. O descaso do Estado causou sequelas difíceis de cuidar. A degradação dos estabelecimentos prisionais permitiu que facções criminosas exercessem o poder ali dentro para a autoproteção de seus inte-

grantes, formando, assim, um círculo vicioso. Quanto mais gente ingressa no cárcere, melhor para as organizações criminosas.

Um grande desafio para as autoridades é transformar radicalmente o sistema carcerário e aplicar as regras impostas na legislação. Não deveria haver a necessidade de intervenção judicial para que o Estado fizesse o óbvio: garantir o mínimo de dignidade ao detento. Essa intromissão, por meio da ADPF 347, fez-se necessária, também, para demonstrar à comunidade internacional que a precariedade das prisões não pode ser encarada pelo Brasil como algo normal.

## 7. Separação dos poderes e aplicação da lei

Diante da conhecida ineficácia do Estado em prover o mínimo existencial a todas as pessoas, por diversas situações o Poder Judiciário é provocado para decidir acerca de situações concretas em que os direitos fundamentais são desrespeitados. Nada adianta ter uma Constituição Federal repleta de valores humanistas se estes não se realizam. Não raro, os pedidos dirigidos ao magistrado são imposições de realização de políticas públicas, obrigando o Poder Executivo a fazer ou deixar de fazer aquilo que é sua atribuição<sup>301</sup>.

Esse movimento, por vezes, é duramente criticado por parte da doutrina sob o fundamento de que o Poder Judiciário não pode impor obrigações que fazem parte exclusivamente das atividades do Poder Executivo. Acontece que o Judiciário pode e deve fazer o controle da legalidade, da constitucionalidade e da convencionalidade dos atos administrativos e as políticas de segurança pública devem seguir leis e normas constitucionais. Se o próprio Estado não segue suas normas na implementação de políticas públicas, onde se insere, entre outras, a execução penal, o Poder Judiciário pode – e deve – exigir o seu cumprimento.

Há que se distinguir a discricionariedade do ato administrativo de sua legalidade. O Poder Judiciário não pode ingressar na análise da conveniência e oportunidade de um ato do Poder Executivo. Quem decide o que fazer, onde investir o orçamento, quem nomear para cargos de confiança, é o representante do Poder Executivo. No entanto, a discriciona-

---

301 Por exemplo, a ADI 5719/SP, na qual o STF declarou que o Estado de São Paulo não pode gastar menos de 25% de sua arrecadação total com investimentos em Educação.

riedade possui limites legais e constitucionais para impedir arbitrariedades do gestor público.

Quando se trata de execução penal, cabe ao Poder Executivo seguir o que determina a Constituição Federal, Lei de Execuções Penais e outras normas. Cabe, ainda, seguir os princípios impostos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e as decisões da Corte. É fato notório que a maior parte dos estabelecimentos prisionais do país não oferecem o mínimo de dignidade ao detento, o que contraria os princípios mais básicos da Carta Magna. O preso é condenado à privação de liberdade, não à retirada de sua dignidade humana.

## 8. Conclusões

A execução da pena não é instrumento de vingança, muito menos de tortura. A sanção deve ter o objetivo de ressocializar o condenado e incentivar o comportamento conforme a lei na sociedade. Para tanto, cabe ao Estado garantir o mínimo de dignidade aos presos para que haja perspectiva de retorno ao convívio social.

O Estado não se resume ao Poder Executivo. Quando este não atende aos anseios aos quais se propôs por documentos internacionais, o mesmo Estado, via Poder Judiciário, pode obrigar a implementação de políticas públicas que concretizem o que está determinado no ordenamento jurídico. No sistema de freios e contrapesos, são legítimas as determinações do Poder Judiciário para que o Poder Executivo cumpra, nada mais, nada menos, do que aquilo que o próprio Estado determina por lei e, principalmente, pela Constituição Federal.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional representa um avanço na proteção dos direitos humanos que se aplica não apenas à execução penal, mas a tudo que diz respeito à dignidade humana. Inclusive, grande parte das condenações criminais atingem pessoas marginalizadas e vulneráveis, que só recebem a atenção do Estado por meio das forças policiais.



# MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: PONDERAÇÕES SOBRE CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Adilson de Paulo de Almeida Júnior  
Marcus Wagner de Seixas*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais. 3. Ativismo judicial: notas para uma melhor compreensão. 4. Noções preliminares sobre o controle jurisdicional das políticas públicas. 5. O mínimo existencial e a reserva do possível. 6. O controle jurisdicional das políticas públicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. Considerações finais. Referências.

## 1. Introdução

As políticas públicas traduzem estratégias ou programas de ação governamental voltados à realização de objetivos política e constitucionalmente determinados. Isto é, referem-se ao “Estado em ação” para atender a questões de ordem econômica, política e social, cuja efetividade se exige à luz dos preceitos constitucionais<sup>302</sup>. É nesse sentido que a garantia de condições mínimas de existência, vinculada ao princípio da dignidade

---

302 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

da pessoa humana<sup>303</sup>, não pode lograr efetividade sem que, antes, prestações estatais imperativas sejam asseguradas – enquanto dimensão positiva do também chamado “mínimo vital”.

Para compreender as implicações de um déficit na implementação de políticas públicas – prestações estatais positivas – faz-se necessário o apontamento do nexo que relacione, no Brasil, as crises de representação e funcionalidade dos poderes políticos com o descumprimento do dever de prestar. Tal relação, após, incidirá na análise do protagonismo judicial no âmbito do controle das políticas públicas, enquanto reposta hábil à concretização dos direitos constitucionalmente assegurados. Nesse ensejo, examinam-se as transformações ocorridas na jurisprudência do STF, com o advento da Magna Carta de 1988, em cuja sistemática se observa uma alteração da postura autocontida da Corte para uma atuação manifestamente proativa, sob o escopo de tutela ao “mínimo existencial”.

De fato, uma vez provocado, o Judiciário não se pode abster de pronúncia, sob pena de incorrer em negativa de prestação jurisdicional. É precisamente na maneira como o faz que se pode, ou não, verificar a existência do ativismo judicial. Este, embora possa concretizar avanços, sobretudo com no que toca à efetividade dos direitos fundamentais, é – há muito – objeto de investigações e posicionamentos doutrinários, que, em grande parte, dispõem sobre as “contraindicações” de seu *modus operandi*. Diz-se isso, vislumbrada a sobreposição institucional do Judiciário – em contraste com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes – a partir da usurpação de atribuições próprias do Legislativo e do Executivo.

Assim, assume-se como objetivo investigar, através de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e explicativa, como a vulneração dos direitos prestacionais, oportuniza – excepcionalmente – uma resposta proativa advinda do Poder Judiciário, tendo-se em vista a salvaguarda desses direitos e a superação das falhas estatais envolvendo a formulação e a implementação de políticas públicas. Para tanto, pontuar-se-ão os aspectos dessa atuação, como o emprego do “mínimo existencial” na jurisprudência do STF – em coexistência com a “reserva do possível orçamentário” – antecedida por uma análise doutrinária sobre o controle judicial envol-

---

303 CF, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana [...].

vendo o mérito dos atos administrativos. A análise de jurisprudência, por sua vez, denota um caráter também documental da pesquisa.

Isso posto, a investigação inclui aspectos relacionados à análise conceitual, terminológica e evolutiva do ativismo judicial no Brasil, tomando-se por pressupostos tanto a competência precípua do STF, enquanto guardião da *Lex Mater*, como o cenário de falhas sistêmicas envolvendo a atuação do Poder Público. Tais premissas, em contraste com a dever de prestação do Estado – no tocante à implementação das políticas públicas – servirão para evidenciar o amoldamento da realidade experienciada à relativização, pelo STF, do princípio da separação dos Poderes. Sendo, pois, mister o apontamento das controvérsias doutrinárias sobre o ativismo judicial, cujo *modus operandi* em matéria de formulação e implementação de políticas públicas, requer análise e comentários.

## 2. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais

O ativismo judicial é passível de múltiplas definições que, em grande parte, emitem juízos de valor a seu respeito: ora com conotação positiva, enquanto meio eficaz para concretização de direitos (na hipótese de inércia legislativa, por exemplo); ora com conotação negativa, visto como fenômeno “atrelado ou a um provimento jurisdicional marcado de arbitrariedade ou a uma usurpação de competência por parte do juiz”.<sup>304</sup> A grosso modo, pode-se afirmar que o ativismo se relaciona à atuação judicial que extrapola seus limites clássicos, transcendendo as linhas demarcatórias da função jurisdicional.

Historicamente, o termo “ativismo judicial” tem primícias no artigo *The Supreme Court* do historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger, publicado na revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947. A despeito dessa origem terminológica, o ativismo judicial – enquanto fenômeno relacionado à expansão do espaço institucional ocupado pelo Poder Judiciário – encontra causalidade diversa, antecedendo em muito a criação do termo referente. Isso se dá porque, desde o início do

---

304 RAMOS, Letícia Ferreira. **Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF**. Orientador: Renato Siqueira De Pretto. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da PUC Campinas, Campinas, 2021. Disponível em: [https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa\\_direito\\_tc\\_c\\_ramos\\_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa_direito_tc_c_ramos_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 17 dez. 2023.

século XIX, sobretudo na doutrina norte-americana, já se podem encontrar discussões relacionadas ao que hoje se denomina “controle de constitucionalidade”. Este, conforme recorda Clarissa Tassinari (2012, p. 13), foi inaugurado nos EUA pelo caso *Marbury vs. Madison* (1803), no qual se afirmou o poder da Suprema Corte para declarar inconstitucional e deixar de aplicar uma lei federal incompatível com a *Lex Mater*.<sup>305</sup>

Ressalte-se que, no período citado, a Constituição do Estados Unidos da América não conferia, de forma expressa, o exercício do *judicial review* aos tribunais americanos: o controle de constitucionalidade não era uma atribuição do Judiciário. Assim, desde então, oportunizaram-se os debates sobre o assunto que, após, haveriam de ganhar maiores repercussões e aprofundamentos, sobretudo com a posterior multiforme atuação judicial em seu modo ativista. A esse respeito, ponderou o Prof. Carlos de Azevedo Campos (2016, p. 68):

[...] o ativismo judicial diz com disputas mais antigas sobre os limites de atuação da Suprema Corte norte-americana do que pode supor sua origem terminológica. Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *judicial review* e algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a própria sociedade norte-americana. Aqui me refiro às decisões *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, exemplos clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte.<sup>306</sup>

De fato, “em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de

---

305 TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Orientador: Lênio Luiz Streck. 2012. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 3 dez. 2023.

306 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, [s. l.], ed. 59-117, p. 33-59, 2016. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1272607/Carlos\\_Alexandre\\_de\\_Azevedo\\_Campos.pdf](https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023.

largo alcance”.<sup>307</sup> Todavia, é mister frisar que a gradualidade progressiva do ativismo judicial, em vista das inúmeras transformações políticas, sociais, institucionais e da própria cultura jurídica, que se deram no decorrer dos anos, conferiu àquele uma certa complexidade diagnóstica, motivo pelo qual muito se disserta, atualmente, sobre a distinção entre o fenômeno em voga e a judicialização da política<sup>308</sup>.

No Brasil, eis que a causalidade do ativismo judicial vincula-se, de modo mais expressivo, ao processo de redemocratização – em que se promulgou a Magna Carta de 1988. Com isso, não se está oferecendo uma visualização etiológica simplista, pois que já mencionada a complexidade do termo, cuja atribuição a um dado fenômeno não prescinde da observância sobre elementos teóricos relevantes – mais adiante comentados. A esse respeito, alguns autores referem-se, inclusive, à existência de um ativismo judicial de “primeira fase”, ou seja, precedente à Constituição Cidadã. Para sustentar tal hipótese, Borges, Corrêa e Villarroel (2016, p. 33) citam a Resolução nº 1841 do Tribunal Superior Eleitoral<sup>309</sup>, do ano de 1947, na qual se cassou o registro político do Partido Comunista Brasileiro – PCB, significando interferência no processo político-eleitoral.

Em que pese tal consideração, é certo e seguro afirmar que, somente com o advento do Texto Maior em vigor, é que as discussões sobre o ativismo judicial adquiriram maior relevância e corporeidade. Isso porque, após o regime militar, “criou-se um ambiente propício – democrático,

---

307 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, 22 dez. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica). Acesso em: 17 dez. 2023.

308 “A judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social” que foi provocado, no caso brasileiro e entre outros fatores, pela própria concepção de um constitucionalismo dirigente, salientando-se pelo aumento da litigiosidade; enquanto que, no caso do ativismo judicial, observa-se “uma postura do Judiciário que concebe a interpretação do direito como ato de vontade do julgador”. Ref.: PESSOA, Frederico; NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo judicial e judicialização da política: conceitos e contextos**. Consultor Jurídico, [S. l.], 2 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>. Acesso em: 10 dez. 2023.

309 Documentos do TSE originais digitalizados (processo n. 411/412 – DF), formato PDF, disponíveis em: [https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica\\_eleitoral/pdfs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf](https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-1841-cancelamento-do-registro-do-pcb/@@download/file/TSE-resolucao-1841-cancelamento-registro-pcb.pdf). Acesso em 27 de nov. 2023.

portanto – ao desenvolvimento da ideia de concretização de direitos aos cidadãos”, conforme observa Tassinari (2012, p. 15). Segundo a autora, isso equivale a dizer que “foi somente com a noção de constitucionalismo democrático – e justamente em razão disso – que se começou a pensar a atuação do Judiciário a partir de uma perspectiva ativista”.<sup>310</sup> Nessa esteira, cita-se, ainda, a evolução do controle de constitucionalidade, com a ampliação do exercício da jurisdição constitucional, sobremaneira considerando a competência precípua de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Tal aceção é acertada, motivo pelo qual se podem mencionar inúmeras decisões do STF, no pós-Constituição de 1988 – ao que alguns denominam “segunda fase” do ativismo judicial – em que se salienta uma atuação proativa da Corte Suprema:

A Corte vem, cada vez mais, expandindo seus poderes normativos em face dos demais atores, e isso em função das grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988. [...] Tem restado ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre questões cruciais e ele não tem recusado o encargo. Ao contrário, o Tribunal tem afirmado sua função de definir a vontade da Constituição nas mais diversas áreas e sobre os temas mais relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo [...]. A interpretação do Supremo Tribunal Federal tem sido onipresente. (CAMPOS, 2016, p. 59,60)<sup>311</sup>

Desse modo, tem-se que o ativismo judicial, no Brasil, possui manifestações concretamente identificáveis, à luz dos conceitos doutrinários supra, no âmbito do ordenamento jurídico inaugurado pela Cons-

---

310 TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Orientador: Lênio Luiz Streck. 2012. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 3 dez. 2023.

311 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, [s. l.], ed. 59-117, p. 33-59, 2016. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1272607/Carlos\\_Alexandre\\_de\\_Azevedo\\_Campos.pdf](https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023.

tuição de 1988. Sendo mister perceber que, no contexto brasileiro, diferentemente do norte-americano, “ocorreu uma difusão quase irrefletida no imaginário dos agentes institucionais de que um Poder Judiciário ativista seria não só vantajoso, mas também necessário para que se lograsse a concretização dos direitos fundamentais”.<sup>312</sup> Tal afirmação se constata no âmbito da judicialização de políticas públicas, de modo que a intervenção judicial é vista, em dadas circunstâncias, como meio indispensável para a efetividade das prestações estatais positivas.

### 3. Ativismo judicial: notas para uma melhor compreensão

Não se pode dar azo à pretensão de deliberar acerca da figura em voga, sem que, antes, haja observância de seu significado na ambiência do Estado Democrático de Direito. Isso porque o ideal democrático traz consigo limites para o exercício do poder (escopo da não-concentração), o que se vislumbra pela divisão de atribuições e funções estatais. Em verdade, a ordem jurídica pátria – em vista do sistema de compensações – necessita que as “engrenagens” estatais cumpram cada qual o seu propósito, sob pena de comprometimento sistêmico. Sobre as funções de Estado, leciona José Afonso da Silva (2009, p.108):

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflito de interesse.<sup>313</sup>

---

312 PESSOA, Frederico; NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo judicial e judicialização da política: conceitos e contextos**. Consultor Jurídico, [S. l.], 2 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>. Acesso em: 10 dez. 2023.

313 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Ressalte-se que a teoria da separação dos poderes foi incorporada ao constitucionalismo pela obra de Montesquieu, concebida justamente para assegurar a liberdade dos indivíduos; sendo que – no âmbito da evolução dos direitos fundamentais – houve o advento das liberdades positivas, vinculadas ao princípio da igualdade e, *ipso-facto*, ao dever prestacional do Estado. Após, oportunizou-se também a ascensão de mecanismos de tutela aos interesses difusos e coletivos, tendo-se em vista os ideais da fraternidade e da solidariedade. De todo modo, a referência feita às dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais – sem desprezo daquelas não mencionadas (4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup> e, quiçá, 6<sup>a</sup> dimensões) – é mister quando se pauta o princípio da separação dos Poderes.

De fato, a independência e a harmonia entre os Poderes do Estado, além de vincularem-se à legitimidade no exercício das funções estatais e à ideia de governo moderado, buscam garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Noutros dizeres, “o objetivo da separação dos poderes é o estabelecimento de um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral”.<sup>314</sup> Isto é, há um nexu muito claro entre a tutela desses direitos e a separação dos Poderes, motivo pelo qual o ultraje a tal separação pode significar prejuízo grave à democracia.

Insta indagar, entretanto, como fica tal acepção se o princípio da separação dos Poderes fosse deixado de lado, justamente, para – em determinadas situações – garantir-se a efetividade dos direitos fundamentais. Trata-se de uma justa provocação e a resposta evoca o risco de dominação institucional de um Poder sobre os demais, sendo premente ressaltar que – adquirindo uma espécie de proeminência institucional – aquele que se empoderou sob o escopo de concretização de direitos, pode, num dado momento, alterar seu *modus operandi*, não se condicionando à observância desse escopo. É por esse motivo a advertência: não se pode detratar os riscos de uma atuação tangente àquela de competência constitucional, visualizando apenas os efeitos imediatos do fenômeno. Deve-se, antes, visualizar as possibilidades infusas nessa postura, em vista do quanto fundamentalmente normatizado pela Constituinte.

---

314 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **A separação dos Poderes: a Doutrina e sua Concretização Constitucional**. Caderno Jurídico da Escola da Magistratura. São Paulo, n.40, p. 67-81, 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>. Acesso em 26 nov. 2023.

Nessa esteira, importa destacar que a *Lex Mater*, em seu artigo 2º, proclama o Princípio da Independência e da Harmonia entre os Poderes<sup>315</sup>, sendo a separação entre os mesmos cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, III da CF.

Ora, no limite jurídico, essa separação “significa Poderes autônomos com atribuições próprias – definidas na Constituição ou decorrentes desta – que não podem ser usurpadas por um deles, nem disfarçadamente”.<sup>316</sup> Todavia, isso não significa dizer que é vedada toda e qualquer possibilidade de interferência de um Poder sobre outro: tal princípio não é absoluto, devendo-se ater à plausibilidade constitucional, em vista do “sistema de freios e contrapesos”. Nesse sentido, tem-se assentada a possibilidade de um dos Poderes exercer funções que tangenciam aquelas de sua práxis ordinária, denominadas “atípicas”. Sobre o tema, dissertam Pinto e Zanata (2011):

[...] os poderes exercem funções típicas (ou predominantes) que são inerentes à sua natureza, como, por exemplo, o ato de legislar, que cabe, ínsitivamente, ao Poder Legislativo; e atípicas, que são de natureza típica dos outros órgãos, como a adoção de medidas provisórias (natureza legislativa) pelo Poder Executivo. O exercício de tais funções não fere o princípio da separação de Poderes, já que tais competências foram asseguradas constitucionalmente pelo constituinte originário. A atribuição de tais funções visou, primordialmente, facilitar o exercício de determinadas funções de cunho prático e administrativo que têm ligação direta com a função típica do poder.<sup>317</sup>

Cumpra observar, nesse passo, que o ativismo judicial não está imbr-

---

315 CF, Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

316 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **A separação dos Poderes: a Doutrina e sua Concretização Constitucional**. Caderno Jurídico da Escola da Magistratura. São Paulo, n.40, p. 67-81, 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>. Acesso em 26 nov. 2023.

317 PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. **Ativismo Judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais**. Publica Direito, [s. l.], 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>. Acesso em: 19 dez. 2023.

cado na relatividade do princípio supra, pois que se refere justamente à atuação transcendente mesmo aos limites do *Checks and Balances System*<sup>318</sup>. Ou seja, enquanto *modus operandi* expansivo, não só tangencia o não absolutismo da separação entre os Poderes – nele não encontrando escusabilidade – como fere, tanto a independência, como a harmonia entre os mesmos. Ora, a atividade jurisdicional sem respaldo constitucional, que em se toma as rédeas conjunturais de determinada questão, invadindo searas de atuações próprias dos outros Poderes, consubstancia uma atividade díspar à ordem jurídica.

Uma relevante crítica é feita por Lepper; Tassinari & Streck (2015, p. 59), para quem o ativismo judicial é senão um “ato de vontade” do Poder Judiciário; tornando-se um empecilho jurídico na medida em que se torna constatável a indexação do *iudicium* à vontade ou ao ideário pessoal do julgador, em detrimento da Carta Magna. “Não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento”, do contrário, conforme observam os autores, estaria ele “ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião”.<sup>319</sup> Por esse motivo, a figura em comento pode denotar obstáculo à observância das competências originalmente atribuídas pela Constituinte:

O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um

---

318 Salientam Caricati, Giublin e Torres (2018, p. 341) que “a teoria do *check and balances*, incorporada na Constituição Norte-Americana de 1787, também conhecida como sistema de freios e contrapesos, veio a somar à doutrina da separação dos poderes. *Check* se refere à função negativa ou de controle e *balance* significa harmonia entre os poderes (função positiva). Pela teoria da separação dos poderes, portanto, há um controle mútuo entre as esferas de Poderes”. Ref.: CARICATI, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. **A Separação dos Poderes e a Liberdade Jurisdicional**. Curitiba: Percurso (Anais do V Congresso Luso Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação), vol. 3, nº 26, p. 337 - 358, 2018;

319 STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, [s. l.], v. 05, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uni-ceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 15 dez. 2023.

constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga. Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. (Ibidem, p. 56-57)

Não obstante, o Poder Judiciário vem – há muito – entendendo que, em se tratando de políticas públicas, “seria distorção pensar que o princípio da separação dos Poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse justamente ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais” (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009)<sup>320</sup>. Isso porque “no campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso” (REsp 440.502/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe: 24/09/2010)<sup>321</sup>. Tal entendimento se mostra consolidado tanto na jurisprudência do STJ, como na do Supremo Tribunal Federal, mais adiante comentada.

O cerne da questão reside no debate sobre o “preço a se pagar” pela garantia do chamado *Welfare State* ou bem-estar social. Trata-se de uma discussão com inúmeros vieses, como dito. Numa perspectiva de efetivação dos direitos constitucionais, enquanto resposta à inércia legislativa ou condutivas omissivas e comissivas do Executivo que lesem direitos, podem-se elencar disposições favoráveis à atuação jurisdicional proativa – como nos casos envolvendo a judicialização da saúde e do meio ambiente,

---

320 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.041.197/MS**. Relator: Min. Humberto Martins. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, 16 set. 2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200800598307&dt\\_publicacao=16/09/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800598307&dt_publicacao=16/09/2009). Acesso em: 15 dez. 2023.

321 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 440.502/SP**. Relator: Min. Herman Benjamin. **Diário da Justiça Eletrônico (Dje)**. Brasília, 24 set. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=821168&tipo=0&nreg=200200699966&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100924&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 15 dez. 2023.

por exemplo. Isso se pode afirmar, com muita cautela e presumindo a excepcionalidade dessa atuação, em vista da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e da competência precípua do Supremo Tribunal Federal de, enquanto guardião da Constituição, assegurar os direitos fundamentais. A grande dificuldade se encontra, justamente, na imprevisibilidade do grau da interferência do Judiciário em outro Poder, sobretudo considerando ausência de respaldo na *Lex Mater*.

É nesse sentido que pondera Luís Roberto Barroso (2008): “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado”.<sup>322</sup> De fato, os efeitos da atuação judicial proativa têm sido conformes à querência do legislante originário, na medida em que, muitas vezes, significam a superação de um estado de coisas alheio aos comandos constitucionais. Todavia, não se pode analisar plenamente o fenômeno pelos seus efeitos, cuja previsibilidade é controversa, e é nesse passo que o ativismo alcança maiores problematizações. Não se pode afirmar que a garantia de direitos é antagonista à Constituição, mas – do mesmo modo – não é possível dizer que o meio empregado para tanto (ativismo ou, quiçá, decisionismo<sup>323</sup>) é acertado à luz do Estado Democrático de Direito, gerando-se um empasse entre os doutrinadores.

Assim, eis que o ativismo judicial, visto no aspecto da abertura à discricionariedade decisória, pode significar movimento antagonista ao ideal democrático, tendo-se em vista a intrínseca relação entre este e o princípio da independência e harmonia envolvo no trato entre os Poderes. Sendo, contudo, premente ressaltar a impossibilidade de detrato do vínculo atualmente estabelecido entre as manifestações do protagonismo judicial e a concretização de direitos, também caríssima ao mesmo ideal demo-

---

322 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, 22 dez. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica). Acesso em: 17 dez. 2023.

323 Conforme elucida Sarmento (2007), o decisionismo “é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela [essa prática] compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz [...]”. Ref.: SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

crático. Por esse motivo, devem-se pautar os debates – mais necessariamente – sobre a viabilidade da figura em voga em hipóteses específicas, onde o remédio, embora repleto de contraindicações, possa significar o único caminho para o alcance de soluções urgentes a problemáticas não devidamente tratadas por quem de competência ordinária, instando irradiar tais considerações por sobre o cenário envolvendo a realização dos direitos prestacionais – tópico subsequente.

#### 4. Noções preliminares sobre o controle jurisdicional das políticas públicas

As falhas no dever prestacional do Estado<sup>324</sup> são objeto de inúmeras investigações acadêmicas, sendo pauta recorrente nos trabalhos que estudam o ativismo judicial. Segundo Barroso (2008), o protagonismo do Judiciário é oportunizado por disfunções que abalam o Estado Democrático, entre as quais se destacam tanto a crise de representatividade, como a de funcionalidade do Poder Legislativo. Nesse contexto, é necessário atentar-se para a conjuntura em toda a sua complexa sistemática, pois que, nos exatos dizeres do autor: “A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”,<sup>325</sup> sendo – portanto – necessário observar uma das manifestações mais concretas desse protagonismo, enquanto consequência, entre outros, do citado déficit funcional/representativo: o controle jurisdicional das políticas públicas.

---

324 Explica o Prof. Frederico Menezes Breyner (2007) que “[...] como a nossa Constituição adota o modelo democrático de Estado de Direito (art. 1º), cumpre observar em seu texto as normas que imputam ao Poder Público o dever de oferecer prestações positivas, atribuindo aos cidadãos o direito subjetivo de exigir a atuação, de forma a garantir o pleno exercício das liberdades e faculdades jurídicas”. Ref.: BREYNER, Frederico Menezes. **Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/frederico\\_breyner.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/frederico_breyner.html). Acesso em: 03 dez. 2023.

325 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Consultor Jurídico, 22 dez. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica). Acesso em: 17 dez. 2023.

Concebendo a importância central do Poder Legislativo na positivação de novos direitos<sup>326</sup>, “não se tem observado no exercício parlamentar brasileiro a ressonância dos anseios da sociedade e o exercício de uma democracia representativa”, conforme já observavam Garcia e Zacharias (2013, p. 415)<sup>327</sup>, de modo que há um nexo entre essa conjuntura e o trato deficitário das políticas públicas.

Sobre a relação entre tal cenário e o protagonismo judicial, Peres e Silva (2020, p.570), frisam que “o Poder Legislativo, mais precisamente o Congresso Nacional, precisa assumir as suas ações, exercer suas atribuições constitucionais e arcar com suas omissões, pois, ao não criar leis está contribuindo absurdamente para o agigantamento do Poder Judiciário”.<sup>328</sup> Não obstante, é mister assinalar que não somente a inércia e a má representação do eleitorado, por parte do legiferante, oportunizam as vicissitudes em voga, como também o Poder Executivo, na esfera da ação/implementação das políticas públicas. Dizer isso envolve conceber, sistemicamente, a atuação estatal face a essas políticas: conjunto de normas (Legislativo) e atos (Executivo) que, como toda atividade política, devem compatibilizar-se com a Constituição (Judiciário).<sup>329</sup>

Nesse viés, convém salientar a dimensão também política da atuação jurisdicional, tendo-se em vista a inafastabilidade da jurisdição e, sobremaneira, a competência precípua do STF enquanto guardião da Lex Mater.<sup>330</sup> Inobstante, no âmbito da judicialização das políticas públicas, o

---

326 A estrutura orgânica e funcional do Poder Legislativo encontra-se consubstanciada na Magna Carta, em seus artigos 44 a 75, onde se depreende o papel central dessa função de Estado – com fulcro no exercício do Poder Constituinte Derivado – haja vista ser a lei fonte primária do direito.

327 GARCIA, Luciyellen Roberta Dias; ZACHARIAS, Ricardo Almeida. **Crise de Legitimidade do Poder Legislativo e Ativismo Judicial: Uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado Democrático de Direito.** Acesso à justiça II, Florianópolis: FUNJAB, ano 2013, p. 406-425. Disponível em: <http://www.publica-direito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=173> Acesso em: 19 dez. 2023.

328 PERES, Edilon Volpi; SILVA, Juvêncio Borges. **Mora do Legislativo x Ativismo Judicial na implantação das políticas públicas relativas a direitos humanos.** Periódicos Eletrônicos - UFMA, [s. l.], v. 10, ed. 28, 2020. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13451/7822>. Acesso em: 19 dez. 2023.

329 CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

330 CF. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]

que se percebe é um processo evolutivo da Jurisprudência da Suprema Corte, denotando – no pós-Constituição de 1988 – a intensificação do protagonismo judicial. Desse cenário, extrai-se uma espécie de “atribuição residual” do Judiciário no trato dessas políticas – quando vislumbra-se omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais (*Ibidem*, p. 148).

É oportuno notar que a postura do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, ao aferir a constitucionalidade das normas, era ortodoxa e, de certo modo, conservadora. Noutras palavras, na ambiência do controle de constitucionalidade, dificilmente se poderia falar em “protagonismos” passíveis de análise no plano do ativismo judicial.

De fato, até meados da década de 90, o STF não exercia o papel de “legislador positivo”, isto é, “propondo soluções normativas para as hipóteses em que declarava a inconstitucionalidade das normas, por ação ou omissão” (Vieira Júnior, 2015, p. 5).<sup>331</sup> Foi, a partir desse período – tendo em vista as razões já externadas neste trabalho – que se fizeram notar variações jurisprudenciais exibidoras de mudança no modo autocontido de atuação da Corte Suprema. No que tange às políticas públicas, essa autocontenção significava observância da autonomia dos outros Poderes quanto à sua formulação e implementação, sendo praticamente intransponível – pelo Judiciário – a esfera do mérito administrativo:

Num primeiro momento, a autocontenção do STF era a regra. Valia-se a Corte, de forma quase inflexível, do princípio da separação e harmonia dos Poderes estatuído no art. 2º da CF e tornado cláusula imodificável pelo art. 60, § 4º, inciso III, da CF. A autocontenção observava a prerrogativa da autonomia do Poder Executivo na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, na definição de prioridades na alocação de recursos orçamentários finitos e no respeito à cláusula do financeiramente possível. Nesse contexto, o mérito das políticas públicas, sua oportunidade e conveniência, eram considerados quase insindicáveis pelo Poder Judiciário. (*Ibidem*, p. 6-7)

---

331 VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**: Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, Brasília, p. 5-38, dezembro 2015. Disponível em: <https://www2.sena-do.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequenc e=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 dez. 2023.

Perceba-se que o mérito administrativo “nada mais é do que o poder conferido pela lei ao administrador para que este decida acerca da conveniência e oportunidade sobre a prática de determinado ato discricionário”.<sup>332</sup> Enquanto que, ao Judiciário, é dado apreciar a legalidade desse ato, incumbe – ordinariamente –, ao administrador público, seu juízo de oportunidade e conveniência (mérito), nos limites da lei. Noutras palavras, “o Judiciário não pode substituir o discricionarismo do administrador pelo juiz [...], não pode invalidar opções administrativas por outras que repute mais convenientes ou oportunas”, conforme assevera Hely Lopes Meirelles<sup>333</sup>, arrematando que “essa valoração é privativa da Administração”.

Ao dissertar sobre o tema, Livian Lorenz de Miranda (2021, p. 3), recorda que “a tensão persiste entre o princípio fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional de um lado e do princípio da separação de poderes de outro”.<sup>334</sup> Todavia, o atrito citado é apenas hipotético, uma vez que, nesse caso, não há risco à inafastabilidade da jurisdição. Isso porque, se eivado de ilegalidade, o ato será anulado pelo Poder Judiciário. Este, porém, não pode usurpar o mérito administrativo, de modo a impor à administração pública a feitura de uma opção específica, dentre aquelas disponíveis legalmente: o Executivo tem de atender aos comandos constitucionais, mas – para tanto – pode eleger a via mais conveniente e oportuna, dentro de seu juízo, não lhe podendo ser imposto um único caminho, específico e exclusivo, definido terminativamente pelo Judiciário. Assim sendo, conforme a melhor doutrina, o controle jurisdicional do mérito administrativo sempre foi questão por demais controversa.

A despeito do quanto exposto, desde o início dos anos 2000, a jurisprudência da Suprema Corte – sob o prisma da inafastabilidade da juris-

---

332 OLIVEIRA, Márcio Berto Alexandrino de. **A possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário**. Empório do Direito, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-possibilidade-de-controle-do-merito-do-ato-administrativo-pelo-poder-judiciario#:~:text=O%20m%C3%A9rito%20administrativo%20nada%20mais,e%20da%20oportunidade%20relativas%20%C3%A0>. Acesso em: 19 dez. 2023.

333 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 35ª ed. Malheiros Editores, 2021, p. 122.

334 MIRANDA, Livian Lorenz de. **Controle Judicial no Mérito Administrativo**. 2021. 99 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [S. l.], 2021. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/48070/1/ulfd146107\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/48070/1/ulfd146107_tese.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023.

dição – tem enfatizado a indisponibilidade do arbítrio judicial na efetivação de direitos. Para tanto, reconhece-se a possibilidade de controle e intervenção do Poder Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas, embora, nos dizeres do Min. Celso de Mello<sup>335</sup>, tal atribuição pertença a outros Poderes. Sobre essa alteração no *modus operandi* da Corte, aduz-se a ADPF 45 – MC/DF (2004), em cujo julgamento a tese do “mínimo existencial” surgiu pela primeira vez na jurisprudência do STF, em sede de decisão monocrática.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL [...] NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. DECISÃO: (...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.** <sup>336</sup>(grifo nosso)

Pela ementa resumida do julgado supra, depreende-se outro importante elemento quanto ao protagonismo judicial na seara das políticas públicas: a “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integri-

---

335 Voto proferido no âmbito da ADPF 45/DF.

336 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF de 2004. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 19 dez. 2023.

dade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’”. Este, tamanha sua importância neste estudo, merece análise e considerações.

## 5. O mínimo existencial e a reserva do possível

O direito ao “mínimo existencial” integra, nos dizeres de Hess (2010, p.18-19), “os conceitos de direitos fundamentais individuais e coletivos, nos quais o Estado deve agir positivamente para concretizá-los”, podendo ser citados – exemplificativamente – “o direito a saúde, saneamento e moradia, à educação, a assistência e previdência social e o acesso à justiça”.<sup>337</sup> Trata-se do mínimo que o Estado tem de oferecer ao indivíduo e à coletividade, em vista do princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Herrera e Machado (2010), “a teoria do “núcleo essencial” preconiza que há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal negativa, muito pelo contrário exige prestações estatais positivas.”<sup>338</sup> Nesse sentido, defende-se a atuação jurisdicional em defesa dos direitos e garantias fundamentais, com a valorização do conteúdo material das Constituições. Há, nessa perspectiva, um vínculo com a denominada corrente substancialista, segundo a qual seriam legítimas as decisões judiciais promotoras de políticas públicas, sob um ideário de compromisso com os princípios constitucionais, na contramão do chamado “procedimentalismo”<sup>339</sup>.

---

337 HESS, Heliana Maria Coutinhode. **O Ativismo Judicial no Controle de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito**. Anais do 34º Encontro Anual da ANPOCS, [s. l.], 2010. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/papers-34-encontro/st-8/st17-7/1510-hhess-o-ativismo/file>. Acesso em: 19 dez. 2023.

338 MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. **O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível: ponderação hermenéutica reveladora de um substancialismo mitigado**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.

339 Conforme lecionam Júnior e Shimamura (2011, p. 9), “formas distintas de solucionar conflitos de interesse, procedimentalismo e substancialismo divergem especialmente sobre o papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional em relação ao novo trato conferido aos direitos e princípios a partir da promulgação da Constituição de 1988. [...] surge um novo papel para o Poder Judiciário quando se torna alternativa para a efetivação de direitos fundamentais, o que desloca a tensão antes alicerçada apenas nos procedimentos políticos para ganhar novos contornos em sede judicial. A teoria substancialista, assim, defende a presença do Judiciário como ferra-

Entretanto, “na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *Checks and Balances*”<sup>340</sup>. Sendo, nesse ínterim, importante perceber a adução do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial” como parte integrante das decisões que efetuam o controle jurisdicional das políticas públicas, pois que se busca a “tutela de direitos essenciais mínimos, sob o fundamento da interpretação axiológica dos preceitos constitucionais”.<sup>341</sup>

Porém, enquanto o “mínimo existencial” se refere a um conjunto de direitos básicos atinentes à dignidade da pessoa humana, há de se pontuar a sua coexistência com o princípio da reserva do possível. Este, segundo Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236), “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”, asseverando – após – que tal reserva “significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esse direito”.<sup>342</sup>

Dissertando sobre o tema, Leite (2019), observa uma tendência do Poder Judiciário quando da ponderação entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”:

A reserva do possível jurídica tem tido pouca aplicação no âmbito judicial. É que não se dá muita atenção para a força normativa do orçamento,

---

menta para garantir que grupos hipossuficientes tenham uma oportunidade para consecução de suas expectativas e direitos em um processo judicial. A teoria procedimentalista, de seu turno, refuta as alegações da anterior, tendo posição antagônica. Duas teses centrais, portanto, contrapõem-se: a Teoria da Reserva do Possível e a Teoria da Máxima Efetividade pelo Estado do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais”.

340 STRECK, Lênio Luiz *apud* HERRERA, Luiz Henrique Martim; MACHADO, Edinilson Donisete. **O mínimo existencial e a reserva do possível: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado**. Fortaleza, 2010.

341 JÚNIOR, João Carlos Leal; SHIMAMURA, Emilim. **Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde**. Revista CEJ, Brasília, p. 12-22, 2011. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.52.02.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.52.02.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023

342 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

de modo que afirmar-se ser a lei orçamentária óbice para a atuação judicial soa vazio, tendo em vista a concepção formal do orçamento, redutora de sua materialidade. Forte é a doutrina no sentido de que alegações orçamentárias devem sucumbir-se diante da decisão judicial [...]<sup>343</sup>

Nesse ponto, é imprescindível notar a inexistência de inconciliabilidade entre as teorias supra (da “reserva do possível” e da “máxima efetividade pelo estado do núcleo essencial dos direitos fundamentais”). Isso porque, conforme observam Júnior e Shimamura (2011, p. 15) “apesar de a primeira corrente [relacionada ao procedimentalismo] alicerçar suas teses sob o fundamento contrário a uma ação ativista dos juízes, não descarta a possibilidade de serem proporcionados direitos sociais mediante demandas judiciais”, e a condição para isso reside em que tal prestação se pautar pela razoabilidade quanto ao orçamento disponível pelo Estado.<sup>344</sup> É nesse sentido que advertem Sarlet e Figueiredo (apud WANG, 2008): “a reserva do possível não impede o Poder Judiciário de zelar pela efetivação de direitos sociais, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez dos recursos”.<sup>345</sup>

Tamanha é a seriedade envolta no trato do quanto exposto, que mereceriam preocupação entendimentos jurisprudenciais de desprezo absoluto à reserva do possível, em vista do “mínimo existencial”. Nesse viés, assinalam Júnior e Shimamura (apud HERRERA, 2009, p. 84) que a coação judicial sobre o Poder Público para a liberação de verbas a patrocinar tratamentos não previstos no orçamento destinado à saúde “poderia inclusive suprimir o direito à saúde de outras pessoas ou o atendimento de um número maior com o mesmo valor do recurso”. Assim, a necessidade de equilíbrio é preconizada por Hess (2010, p. 18), para quem a decisão judicial deve se pautar pelo princípio da razoabilidade/proporcionalidade

---

343 LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p 58.

344 JÚNIOR, João Carlos Leal; SHIMAMURA, Emilim. **Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde**. Revista CEJ, Brasília, p. 12-22, 2011. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.52.02.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.52.02.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023

345 SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ao considerar, vislumbrando valores e direitos constitucionais, cláusula da reserva do possível orçamentário através de verbas públicas disponíveis para a política pública definida pela decisão judicial.<sup>346</sup>

Desse modo, eis que o direito ao mínimo existencial implica a necessidade de prestações estatais positivas, mas, segundo a doutrina, não prescinde de observância quanto à reserva do possível orçamentário – haja vista sua conciliabilidade. Esta, faz-se necessária – sobretudo – no âmbito do controle judicial, em que o sopesamento tanto de um, como de outro, é imprescindível no que tange à sintonia entre o Direito e a realidade. Tal constatação rememora uma antiga máxima, atribuída ao jurista francês Georges Ripert: “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito”.

## 6. O controle jurisdicional das políticas públicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Cumprе salientar que o controle jurisdicional das políticas públicas, desde a já citada ADPF 45/DF (2004), costuma empregar a perspectiva do “mínimo existencial”, concebendo-se que a sua tutela prevalece sobre a “reserva do possível”. Insta, nesse contexto, mencionar que a primeira decisão colegiada do STF que utilizou do princípio do “mínimo existencial” deu-se no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.175/SP<sup>347</sup>, em 2005. Também no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768-4/DF (2007) tal princípio consta do voto da Min. Carmen Lúcia (Relatora), cujo trecho se versa a seguir:

[...] A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com o condicionamento posto pelo princípio da

---

346 HESS, Heliana Maria Coutinho de. **O Ativismo Judicial no Controle de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito**. Anais do 34º Encontro Anual da ANPOCS, [s. l.], 2010. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/papers-34-encontro/st-8/st17-7/1510-hhess-o-ativismo/file>. Acesso em: 19 dez. 2023.

347 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.175/SP**. Relator: Min. Celso de Melo. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 19 dez. 2023.

reserva do possível. Aquele haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser ‘o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais [...]’.<sup>348</sup>

Alude-se, ainda, o julgamento da Suspensão da Liminar 228/CE, em 2008, em cujo voto o ministro Gilmar Mendes, com base no “mínimo existencial” do direito à saúde (mencionando a ADPF 45/DF), deferiu parcialmente o pedido – impondo, *in casu*, obrigações de fazer à União, conforme análise feita por Giovanna Malavolta da Silva (2016, p. 30).<sup>349</sup> Tratam-se de exemplos que permitem visualizar o progressivo enraizamento desse princípio na jurisprudência do STF, sobretudo no século XXI, com o entendimento de que – havendo escopo de proteção a esse direito (ao mínimo existencial) – uma postura proativa da Corte no controle jurisdicional das políticas públicas não estaria violando o princípio da separação entre os Poderes.

Extrai-se do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734.487 (2010), que, *in verbis*: “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”.<sup>350</sup>

---

348 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4/DF**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, 26 out. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 19 dez. 2023.

349 SILVA, Giovanna Malavolta da. **O Mínimo Existencial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Orientador: Milena Ginjo. 2016. 82 p. Dissertação - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/GiovannaMalavolta.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.

350 Empregada como precedente no âmbito da Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 635.679 / Goiás, de relatoria do Min. Dias Toffoli, de cuja ementa se extrai: “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes”. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>. Acesso em 27 jan. 2023.

É no mesmo sentido o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 761.127/AP, de 2014, no qual o Estado do Amapá, então agravante, acentuou que somente o Poder Executivo, dentro de seu poder discricionário, pode “escolher, levando em conta as limitações orçamentárias, onde devem ser aplicadas as verbas e em qual obra, compra ou serviço deve investir, dentro das prioridades”. A despeito disso, mais uma vez se fixou a tese de que a reserva do possível encontra limitação na oferta de condições mínimas, mediante prestações estatais; justificando-se, assim, a intervenção judicial proativa, conforme se extrai do voto proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso (Relator):

A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil ( RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal [...] A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - **encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.**<sup>351</sup> (Grifo nosso)

Ademais, no âmbito da ADPF 347 MC / DF (2015), a Suprema Corte reconheceu o denominado “estado de coisas inconstitucional”<sup>352</sup> no

---

351 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 761.127/AP**. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527605>. Acesso em: 19 dez. 2023.

352 Conforme Guimarães (2017), “estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, que visa enfrentar situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais”. Artigo completo disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>. Acesso em 12 dez. 2023.

Brasil, em vista da situação crítica envolvendo o sistema penitenciário. De fato, considerando a “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”, o reconhecimento de tal estado de coisas oportuniza, nos dizeres do Min. Marco Aurélio (Relator), uma maior interferência do Poder Judiciário – vislumbrada a omissão estatal – sem que isso implique afronta ao princípio da separação dos Poderes. Nos exatos termos do Relator:

[...] **A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal.** [...] a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. **Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.** (BRASIL, 2016, p. 31-32, grifo nosso)

Imprescindível notar que a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas significa a imposição de obrigações de fazer (e/ou de não fazer). O protagonismo da Corte na seara dos direitos prestacionais, considerando a necessidade de proteção ao “mínimo existencial”, significa – como há muito já observado (ADPF 45/DF) – a possibilidade de implementação de políticas públicas, numa usurpação das atribuições detidas pelo Poder inerte. Isto é, o STF “já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais”, vide ementa do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 877.607/MG (2017).<sup>353</sup>

Como exemplo, desta vez na seara ambiental e onde também se pleiteia o reconhecimento do ECI, tome-se a ADPF 708/DF<sup>354</sup>, em cuja de-

---

353 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 877.607/MG**. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12541115>. Acesso em: 19 dez. 2023.

354 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708** – Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília (DF), 04 de Julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPe>

cisão se determinou a abstenção da União “de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos” (BRASIL, 2020, p.4). Do mesmo modo, no voto proferido pela Relatora da ADPF 760/DF, houve a determinação para que a União formulasse e apresentasse um plano de execução efetiva do PPCDAm, bem como um “plano específico de fortalecimento institucional do Ibama, do ICMBio e da Funai”, tendo a Min. Carmen Lúcia tentado elucidar como uma ação de competência não detida pela Corte (escolha de políticas públicas) pode ser pela mesma protagonizada:

Não compete a este Supremo Tribunal a escolha da política pública mais apropriada para o combate às queimadas ilegais, ao desmatamento e à degradação ambiental. Mas, no desempenho da função precípua desta Casa de guarda da Constituição e do Estado de direito ambiental, compete a este Supremo Tribunal assegurar o cumprimento da ordem constitucional com a observância do princípio constitucional da prevenção para preservação do meio ambiente equilibrado e proibição do retrocesso. (BRASIL, 2022, p. 107- 108)<sup>355</sup>

Assim, reconhecendo-se a urgência na implementação das políticas públicas, enquanto instrumento para o exercício de direitos prestacionais inadiáveis, o ativismo judicial é oportunizado no escopo de sua tutela e garantia, logrando atender a demandas da sociedade não satisfeitas por quem de competência ordinária.

Observa-se um entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que, excepcionalmente e fundamentado pela paralisia dos poderes políticos, o protagonismo judicial não estaria violando o princípio democrático. Sobre o tema, porém, as críticas doutrinárias podem ser sintetizadas no sentido de que a mera declaração judicial de respeito à separação do Poderes não é bastante para se afastar a incorrência no ativismo judicial. Isso porque, na atuação proativa, formam-se “juízos, por exemplo, de custo-benefício sobre o que é melhor para a sociedade, trocando-se a di-

---

ca.asp?id=15353796271&ext=.pdf. Acesso em: 19 dez. 2023.

355 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto de Relator. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760 – Distrito Federal**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília (DF), 28 set. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.

menção deontológica do direito pela lógica gradual de ‘valores’”, conforme assevera Bahia (2012).<sup>356</sup>

De fato, não obstante os benefícios concretos advindos da nova tendência propagada pelo fenômeno supra – aqui enfatizado o protagonismo no tocante à implementação de políticas públicas, sob o enfoque do mínimo existencial – há-se de atentar para o fato de que, como visto, a intervenção judicial deixa de se ater ao controle de constitucionalidade em sua forma autocontida, passando a assumir uma função (quase) substitutiva em face da Administração.

No que toca à relativização da reserva do possível orçamentário, observável na jurisprudência do STF, Sarmiento (2016) explica que, de fato, o Estado “não poderá denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas das pessoas, sob a invocação de ausência de recursos, se estiver realizando despesas supérfluas”. Se o quanto judicializado refere-se a condições elementares para uma vida digna, via de regra, entende-se pela sua concessão em sede judicial. Entretanto, o mesmo autor assevera a complexidade do tema, em vista do princípio da igualdade e, *ipso facto*, da universalização prestacional:

A questão, contudo, é mais complexa em relação ao componente fático da reserva do possível, pois aqui o obstáculo não é jurídico ou ético, mas decorre da realidade econômica. [...] é altamente implausível que o atendimento ao direito de uma única pessoa tenha algum impacto significativo no universo dos recursos disponíveis de um ente público. [Entretanto,] é uma exigência inexorável do princípio da igualdade que o Estado só conceda a uma pessoa aquilo que tenha condições de dar às outras que estiverem em idêntica situação. Por isso, a reserva do possível fática deve ser compreendida como a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu.<sup>357</sup>

---

356 BAHIA, Alexandre G.M.F. **Fundamentos de Teoria da Constituição**: a dinâmica constitucional no Estado democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo H.L et al. (coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.118.

357 SARMENTO, Daniel. **O Mínimo Existencial**. *Revista de Direito da Cidade*, [s. l.], v. 08, ed. 4, p. 1644- 1689, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>. Acesso em: 11 dez. 2023.

Além disso, se comprovada a escassez orçamentária para o atendimento de determinada demanda, embora haja entendimento pela prevalência do “mínimo existencial”, o caminho aos fins pretendidos resta dificultoso, podendo o ativismo surtir consequências sistemicamente danosas. Sabe-se que, em vista do mínimo existencial, o Judiciário pode, inclusive, impor a obrigação estatal de alterar a sua política fiscal com vistas à obtenção de novos recursos.<sup>358</sup> Mas, nem sempre isso é possível, e a adoção de outras medidas – de impacto macroeconômico, a exemplo de decisões envolvendo salário mínimo, previdência social, etc. – pode implicar em vulneração de outros direitos: “um excesso ativista nessa área, ainda que muito bem-intencionado, poderia, ao final, destruir a economia nacional e, nestas crises, as maiores vítimas costumam ser exatamente os segmentos sociais mais vulneráveis”, conforme arremata Sarmiento (2016).<sup>359</sup>

## 7. Considerações finais

Vislumbra-se, na jurisprudência da Suprema Corte brasileira – sob o prisma da inafastabilidade da jurisdição e a partir da adução do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial” – uma conduta proativa no tocante à efetivação de direitos. Nesse viés, o arbítrio judicial consolida-se na possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas, margeando-se o potencial de esse cenário implicar usurpação das atribuições detidas pelos outros Poderes – motivo pelo qual se disserta sobre seu amoldamento ao conceito de “ativismo judicial”.

Oportunizado pela urgência na implementação das políticas públicas, tal ativismo lograria atender as demandas da sociedade não satisfeitas por quem de competência ordinária. Porém, cumpre reiterar que as contróversias doutrinárias incidem justamente sobre o entendimento jurisprudencial consolidado – segundo o qual essa atuação, quando excepcional e fundamentada na paralisia dos poderes políticos, não significaria violação do princípio democrático. Isso porque, logicamente, a mera declaração

---

358 TORRES, Ricardo Lobo. **O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira**. Revista de Direito Administrativo, p. 94-110, 1992.

359 SARMENTO, Daniel. **O Mínimo Existencial**. Revista de Direito da Cidade, [s. l.], v. 08, ed. 4, p. 1644- 1689, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>. Acesso em: 11 dez. 2023.

judicial de respeito à separação do Poderes não é bastante para tal conclusão.

Como evidenciado, o protagonismo concernente à abertura extrema da discricionariedade decisória, no Brasil, pode significar movimento antagônico ao ideal democrático, tendo-se em vista a intrínseca relação entre este e o princípio da independência e harmonia envolvo no trato entre os Poderes. Não se podendo, contudo, ignorar o vínculo atualmente estabelecido entre as manifestações do ativismo judicial e a concretização de direitos, também caríssima ao mesmo ideal democrático. Por esse motivo, reforça-se a necessidade de que os debates congêneres se aprofundem – mais necessariamente – sobre a viabilidade da figura em voga em hipóteses específicas, onde o remédio, embora repleto de contraindicações, possa significar o único caminho para o alcance de soluções urgentes a problemáticas não devidamente tratadas por quem de competência ordinária, instando irradiar tais considerações por sobre o cenário envolvendo a realização dos direitos prestacionais.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que se vislumbram os benefícios de tal excepcionalidade, visualiza-se um latente risco de dominação institucional de um Poder sobre os demais, de modo que o cerne da questão perpassa pelo exame lógico-conjuntural de que aquele empoderado, sob o escopo de concretização de direitos, pode, num dado momento, alterar seu *modus operandi*, não se condicionando à observância desse escopo. É por esse motivo que não se concebe razoável detratar-se os riscos de uma atuação tangente àquela de competência constitucional, visualizando apenas os efeitos imediatos do fenômeno. Deve-se, antes, visualizar as possibilidades infusas nessa postura, em vista do quanto fundamentalmente normatizado pela Constituinte, bem como a justificada necessidade de observância da reserva do possível orçamentário.

Não sendo objetivo deste trabalho esgotar as discussões sobre tema, nem tampouco aduzir uma crítica sistemática, tem-se que o aprimoramento dos debates acadêmicos, nessa esteira, é extremamente necessário para uma elucidação jurídico-conjuntural mais acertada, com ênfase no ideal democrático, no citado princípio da independência e harmonia entre os Poderes, e, isocronamente, na necessidade de concretização dos direitos prestacionais – exigindo-se, em tudo, a primazia da *Lex Mater*. De todo modo, eis que o desestímulo à judicialização de políticas públicas, mediante suas formulação e implementação adequadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, constitui passo relevante para atenuar-se a manifestação do ativismo judicial – cuja intensificação se reconhece preocupante à luz do Estado Democrático de Direito.

## Referências

- BAHIA, Alexandre G.M.F. **Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado democrático de Direito brasileiro.** In: FIGUEIREDO, Eduardo H.L et al. (coord.). *Constitucionalismo e Democracia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.118.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Consultor Jurídico, 22 dez. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica). Acesso em: 17 dez. 2023.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidente da República, 2023. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 11 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4/DF.** Relatora: Min. Carmem Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, 26 out. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.175/SP.** Relator: Min. Celso de Melo. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 877.607/MG.** Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12541115>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 761.127/AP.** Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (Dje). Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527605>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF de 2004. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília, 29 abr.

2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708** – Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília (DF), 04 de Julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto de Relator. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760** – Distrito Federal. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico (DJe). Brasília (DF), 28 set. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 440.502/SP**. Relator: Min. Herman Benjamin. **Diário da Justiça Eletrônico (Dje)**. Brasília, 24 set. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=821168&tipo=0&nreg=200200699966&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20100924&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 15 dez. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.041.197/MS**. Relator: Min. Humberto Martins. Diário da Justiça Eletrônico (Dje). Brasília, 16 set. 2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200800598307&dt\\_publicacao=16/09/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800598307&dt_publicacao=16/09/2009). Acesso em: 15 dez. 2023.
- BREYNER, Frederico Menezes. **Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais prestacionais**: mecanismos processuais e eficiência administrativa. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.20, out. 2007. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/frederico\\_breyner.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/frederico_breyner.html). Acesso em: 03 dez. 2023.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, [s. l.], ed. 59-117, p. 33-59, 2016. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos\\_Alexandre\\_de\\_Azevedo\\_Campos.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023.

- CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARICATI, Fabiana Baptista Silva; GIUBLIN, Priscila; TORRES, Rafael Lima. **A Separação dos Poderes e a Liberdade Jurisdicional**. Curitiba: Percurso (Anais do V Congresso LusoBrasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação), vol. 3, nº 26, p. 337 - 358, 2018;
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **A separação dos Poderes: a Doutrina e sua Concretização Constitucional**. Caderno Jurídico da Escola da Magistratura. São Paulo, n.40, p. 67-81, 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480>. Acesso em 26 nov. 2023.
- GARCIA, Lucyllen Roberta Dias; ZACHARIAS, Ricardo Almeida. **Crise de Legitimidade do Poder Legislativo e Ativismo Judicial: Uma análise crítica do fenômeno como fator de risco para o Estado Democrático de Direito**. Acesso à justiça II, Florianópolis: FUNJAB, ano 2013, p. 406-425. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=173> Acesso em: 19 dez. 2023.
- HESS, Heliana Maria Coutinhode. **O Ativismo Judicial no Controle de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito**. Anais do 34º Encontro Anual da ANPOCS, [s. l.], 2010. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/papers-34-encontro/st-8/st17-7/1510-hhess-o-ativismo/file>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- JÚNIOR, João Carlos Leal; SHIMAMURA, Emilim. **Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde**. Revista CEJ, Brasília, p. 12-22, 2011. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.52.02.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.52.02.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023
- LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 8 ed. Salvador: JusPO-DIVM, 2019, p 58.
- MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. **O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível: ponderação hermenéutica reveladora de um substancialismo mitigado**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 35ª ed. Malheiros Editores, 2021, p. 122.
- MIRANDA, Livian Lorenz de. **Controle Judicial no Mérito Administrativo**. 2021. 99 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, [S. l.], 2021. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/48070/1/ulfd146107\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/48070/1/ulfd146107_tese.pdf). Acesso em: 19 dez. 2023.
- OLIVEIRA, Márcio Berto Alexandrino de. **A possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário**. Empório do Direito, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-possibilidade-de-controle-do-merito-do-ato-administrativo-pelo-poder-judiciario#:~:text=O%20m%C3%A9rito%20administrativo%20nada%20mais,e%20da%20oportunidade%20relativas%20%C3%A0>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- PERES, Edilon Volpi; SILVA, Juvêncio Borges. **Mora do Legislativo x Ativismo Judicial na implantação das políticas públicas relativas a direitos humanos**. Periódicos Eletrônicos - UFMA, [s. l.], v. 10, ed. 28, 2020. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13451/7822>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- PESSOA, Frederico; NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo judicial e judicialização da política: conceitos e contextos**. Consultor Jurídico, [S. l.], 2 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>. Acesso em: 10 dez. 2023.
- PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. **Ativismo Judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais**. Publica Direito, [s. l.], 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- RAMOS, Letícia Ferreira. **Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF**. Orientador: Renato Siqueira De Pretto. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito da PUC Campinas, Campinas, 2021. Disponível em: [https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa\\_direito\\_tcc\\_ramos\\_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa_direito_tcc_ramos_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 17 dez. 2023.

- SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.
- SARMENTO, Daniel. **O Mínimo Existencial**. Revista de Direito da Cidade, [s. l.], v. 08, ed. 4, p. 1644- 1689, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>. Acesso em: 11 dez. 2023.
- SILVA, Giovanna Malavolta da. **O Mínimo Existencial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Orientador: Milena Ginjo. 2016. 82 p. Dissertação - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/GiovannaMalavolta.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial**: uma análise do caso MS3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas, [s. l.], v. 05, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 15 dez. 2023.
- STRECK, Lênio Luiz *apud* HERRERA, Luiz Henrique Martim; MACHADO, Edinilson Donisete. **O mínimo existencial e a reserva do possível**: ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. Fortaleza, 2010.
- TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Orientador: Lênio Luiz Streck. 2012. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 3 dez. 2023.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira**. Revista de Direito Administrativo, p. 94-110, 1992.
- VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado**

**de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo:** Novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, Brasília, p. 5-38, dezembro 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 dez. 2023.

# O EFEITO *PULLBACK* NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: REFERENCIAIS NORTE-AMERICANOS

*André Luiz Maluf*  
*Marco Aurélio Lagreca Casamasso*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Marbury v. Madison*: o contexto político e institucional como fomentador do controle de constitucionalidade para a defesa da Constituição. 3. *Lochner Era*, Roosevelt, *Caroline Products* e a criação dos escrutínios no controle de constitucionalidade. 4. Considerações finais. Referências

## 1. Introdução

O presente artigo busca analisar como o comportamento estratégico de uma Suprema Corte pode fortificar a proteção de direitos fundamentais em especial quando se vale de uma decisão com efeito *pullback*.

Nesse tipo de decisão ocorre um falso movimento, consistente em um recuo estratégico e institucional de autopreservação, ao mesmo tempo em que esse movimento gera uma demarcação e ampliação dos poderes constitucionais da Suprema Corte para a proteção de direitos constitucionais no médio ou longo prazo.

A relevância do trabalho se apresenta na medida em que Cortes e Tribunais Constitucionais comumente sofrem ataques institucionais e o estudo do comportamento estratégico do Judiciário perante os demais Po-

deres, em especial o Executivo, se revela essencial para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais.

Para tanto, utilizamos como marco teórico textos doutrinários focados em análise jurídico-política, envolvendo aspectos históricos e perspectivas institucionais, bem como avaliamos casos paradigmáticos decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos quais é possível conferir a ocorrência do fenômeno do *efeito pullback* na jurisdição constitucional.

## **2. *Marbury v. Madison*: o contexto político e institucional como fomentador do controle de constitucionalidade para a defesa da Constituição**

O precedente *Marbury v. Madison* decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos é pacificamente referido como o célebre caso no qual o controle de constitucionalidade foi originalmente afirmado no constitucionalismo moderno. Talvez seja o precedente mais citado nos livros e textos de Direito Constitucional, pela sua relevância histórica, considerando a consagração da possibilidade do *judicial review* de leis e atos normativos.

O caso é relevante não só pelas consequências imediatas - eis que inaugurou o controle de constitucionalidade e sedimentou o princípio da supremacia da Constituição, colocando todas as demais normas do ordenamento sob a sua vigilância<sup>360</sup> -, mas, igualmente, porque consolidou a possibilidade de o Judiciário realizar o controle dos atos dos demais Poderes, dando à luz o modelo *concreto/incidental* de defesa da Constituição<sup>361</sup>, como manifestação dos mecanismos de *checks and balances*.

Tais fatores já seriam mais do que suficientes para que *Marbury v. Madison* fosse colocado na prateleira dos julgados mais importantes da história do constitucionalismo moderno. Contudo, o contexto político e a estratégia adotada pela Suprema Corte naquele julgamento evidenciam mais do que podemos constatar em um primeiro olhar. Para que possamos entender a dimensão do caso, é preciso, antes disso, examinar o contexto político e social daquele período.

---

360 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

361 TAVARES, André Ramos **Curso de direito constitucional**. 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 415.

Após a Declaração de Independência americana de 04 de julho de 1776, o país recém estabelecido, mediante a aliança das 13 colônias contra a Inglaterra, viveu um período peculiar no qual era necessário estabelecer as instituições da nova república para que as atividades estatais fossem realizadas, debelar conflitos internos e evitar rompimentos políticos que pudessem ameaçar a frágil união estabelecida. Destaca-se que o receio de violência e contendas entre facções internas já era alertado por Hamilton, Madison e Jay em os Artigos Federalistas, em especial no título 10 (X)<sup>362</sup>.

O primeiro Presidente dos Estados Unidos, George Washington, foi eleito pelo Colégio Eleitoral, por duas vezes (1788-1789 e 1792-1797). Na primeira eleição, Washington foi eleito como candidato independente (sem partido) praticamente escolhido por aclamação. Na segunda eleição já se mostrava inclinado às ideias do Partido Federalista, fundado por seu Secretário de Tesouro, Alexander Hamilton, em 1792<sup>363</sup>, embora o sistema partidário nos Estados Unidos só viesse a se estruturar nos idos de 1839<sup>364</sup>.

A partir da segunda eleição de Washington começou a despontar intensamente um movimento de disputa interna entre federalistas e anti-federalistas (ou democráticos-republicanos) tendo sido criado o Partido Democrata-Republicano em 1792, como oposição ao primeiro. O Partido Federalista, era encabeçado por Alexander Hamilton e John Adams e o Democrata-Republicano (também chamado de Republicano em diversas obras<sup>365</sup>) por Thomas Jefferson e James Madison<sup>366</sup>. Na eleição de 1792,

---

362 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY; Jonh. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Nova fronteira, 1993.

363 NÚÑES, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. **Repúblicas em conflito: a separação dos poderes *made in America***. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 157.

364 ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-104.

365 Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p. 25; JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11ª ed. Ver. Amp. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2022, p. 77 ; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 44; CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 19, n. 76,

George Washington foi eleito Presidente e o federalista John Adams foi eleito seu Vice-Presidente. Já nas eleições de 1796, Adams foi eleito Presidente, para mandato de 4 anos, e Thomas Jefferson foi eleito Vice-Presidente, embora pertencessem a partidos opostos, eis que os candidatos concorriam individualmente e eram eleitos aqueles com mais votos. O mandato de John Adams, portanto, duraria de 04 de março de 1797 a 04 de março de 1801, podendo ser reeleito caso lograsse êxito nas eleições de 1800.

Para além de uma disputa de poder e influência envolvendo nomeações para Judiciário, a contenda entre democratas-republicanos (republicanos) e federalistas era relevante porque os partidos opostos defendiam visões institucionais diferentes que poderiam guiar o Estado Americano para uma direção ou outra nas próximas gerações, impactando profundamente o futuro da nação. Enquanto os republicanos entendiam que os Estados abriram mão de muito poder para a União na Revolução, o que exigiria uma descentralização do poder central, e defendiam que as eleições firmavam a vontade do povo; os federalistas faziam uma defesa forte da centralização de poder na União e da Constituição como norma suprema contra maiorias transitórias<sup>367</sup>. Em outras palavras: estava em jogo a disputa sobre a visão de República que os Estados Unidos se tornariam e o papel constitucional de cada instituição<sup>368</sup>.

As eleições de 1800 foram determinantes para o Poder Judiciário e para a jurisdição constitucional dos Estados Unidos. O Presidente John Adams e seus aliados Federalistas foram derrotado pela oposição de Thomas Jefferson, além disso, o Partido Republicano obteve maioria para o

---

p. 199-224, abr./jun. 2019, p. 200; ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 03.

366 CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019, p. 200.

367 Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 43/44; NÚÑES, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. **Repúblicas em conflito: a separação dos poderes *made in America***. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 146/147.

368 ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 05/07.

Poder Legislativo, controlando, assim, a chefia do Executivo e o Congresso Nacional<sup>369</sup>. A partir da grave derrota sofrida, Adams e seus aliados no Congresso passam a aprovar medidas políticas para assegurar sua influência política no Poder Judiciário.

Em 1801 foi aprovado o *Judiciary Act* que criava 18 cargos judiciais no âmbito federal<sup>370</sup> e poucos dias antes do fim de seu mandato Adams aprovou a lei de organização do novo Distrito de Columbia (*The Organic Act of District of Columbia*) criando mais 42 cargos de juizes de paz que foram preenchidos rapidamente graças ao apoio do Secretário de Estado de Adams, John Marshall, influente político federalista<sup>371</sup> (os juizes nomeados foram apelidados de juizes da meia-noite “*midnight judges*” pela oposição “Jeffersoniana”<sup>372</sup>). O episódio envolvia uma clara tentativa de entrincheiramento de federalistas no Poder Judiciário<sup>373</sup>. Um dos argumentos principais para a criação de tais cargos era a necessidade de juizes da Suprema Corte (*Justices*) passarem por estafantes viagens com grandes deslocamentos pelo país para funcionarem como Juizes de Circuito (*circuit judges*) em Cortes inferiores, acumulando tais atribuições com as funções na Suprema Corte<sup>374</sup>.

Marshall foi o encarregado de atos de investidura dos novos juizes e, inusitadamente, foi nomeado como Juiz Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) pelo próprio Adams<sup>375</sup> em razão da renúncia por motivos de saúde do *Chief Justice* Oliver Ellsworth no final de 1800<sup>376</sup>, ficando no

---

369 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p. 25.

370 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 42.

371 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 42.

372 CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política**. Op. Cit., p. 201.

373 NÚÑES, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. **Repúblicas em conflito: a separação dos poderes *made in America***. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 158.

374 CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política**. Op. Cit., p. 207; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 42.

375 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p. 26.

cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de John Adams. Contudo, Marshall não conseguiu entregar todos os atos de investidura (*comissions*) – por esquecimento ou falta de tempo<sup>377</sup> - e alguns dos nomeados não lograram assumir os cargos de juízes federais nem de juízes de paz<sup>378</sup>.

Após Thomas Jefferson assumir como Presidente, nomeou James Madison como Secretário de Estado, o qual, seguindo orientações de Jefferson se recusou a entregar os atos de nomeação àqueles que não os haviam recebido; entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury<sup>379</sup>.

Marbury era banqueiro e grande proprietário de terras de uma tradicional família de Maryland e fora designado para um cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia<sup>380</sup>. Para Jefferson e seus aliados, a nomeação dos juízes da meia-noite era uma afronta ao povo americano<sup>381</sup> e tinha por finalidade mitigar a grande vitória do seu partido democrata-republicano nas eleições presidenciais e congressuais, mediante a perpetuação dos federalistas no Poder Judiciário<sup>382</sup>. Diante da negativa de Madison a sua nomeação, em dezembro de 1801, Marbury propôs uma ação judicial (*writ of mandamus*) para ver reconhecido seu direito ao cargo de juiz de paz<sup>383</sup> com a entrega da sua *commission* que estava sendo recusada<sup>384</sup>.

---

376 CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política.** Op. Cit., p. 206.

377 HORTA, Raul Machado. **O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar.** Imprensa: Belo Horizonte, Gráfica Santa Maria, 1953. Descrição Física: p. 163, p. 54, *apud*, JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado.** Op. Cit., p. 78.

378 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Op. Cit. p. 26.

379 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Op. Cit. p. 26.

380 CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política.** A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019, p. 201.

381 ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 07.

382 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 42.

383 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Op. Cit. p. 26.

Nesse cenário bélico e hostil, o Congresso, agora de maioria republicana, após a grande vitória nas eleições de 1800, revogou o *Judiciary Act* em fevereiro/março de 1802 o que levou à extinção dos cargos criados e a remoção dos juízes que haviam sido empossados<sup>385</sup>. Ademais, para impedir questionamentos, o Congresso suprimiu a sessão da Corte que ocorreria em 1802, o que fez com que a Suprema Corte apenas se reunisse novamente em fevereiro de 1803<sup>386</sup>.

Além de Marbury, outros dois casos também foram judicializados: Joseph Reed, um *circuit judge* removido do cargo, que buscava a manutenção do pagamento de seus salários; e Hugh Stuart, outro *circuit judge* afastado, mas que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade o Ato do Congresso de 1802 que havia revogado o *Judiciary Act* de 1801<sup>387</sup>.

Diante de todo esse contexto partidário e político, em fevereiro de 1803 a Suprema Corte dos Estados Unidos se reuniu para decidir o caso *Marbury v. Madison*. De plano, indaga-se: por que a Corte escolheu o caso *Marbury* em vez de *Stuart* ou *Reed*? Reed desistiu da ação e o caso Stuart, pelo seu pedido ser mais arrojado e importante (já que envolvia um cargo de juiz vitalício e não juiz de paz, o qual tinha mandato de apenas 5 anos), acabou sendo deixado para depois já que a Corte americana possui um método caprichoso e aberto para seleção dos casos que irá decidir<sup>388</sup>.

O caso *Marbury v. Madison* envolvia uma série de discussões: i) a possibilidade da Corte Suprema declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, embora a Constituição não previsse explicitamente essa competência<sup>389</sup>; ii) a possibilidade de o Congresso aprovar uma Lei

---

384 CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. Op. Cit., p. 209.

385 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit. p. 42; CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. Op. Cit., p. 208.

386 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. Cit. p. 27.

387 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit. p. 44/45.

388 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. Cit. p. 45.

389 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. Cit. p. 27.

extinguindo cargos judiciais vitalícios (dos *circuit judges*) sob o argumento de ilegitimidade das nomeações feitas por um Presidente derrotado nas urnas que buscava supostamente aparelhar o Judiciário com correligionários federalistas<sup>390</sup>; iii) a possibilidade da Corte Suprema julgar o *writ of mandamus* em questão de forma originária; iv) se *Marbury* possuía direito à investidura no cargo de juiz de paz.

Iniciado o julgamento em fevereiro de 1803, o *Chief Justice* Marshall subverteu a lógica processual e decidiu o mérito antes das questões preliminares<sup>391</sup> adotando uma habilidosa estratégia de decisão judicial<sup>392</sup>. Em outras palavras, inicialmente, decidiu que *Marbury* possuía direito à investidura no cargo, sob o argumento de que a discricionariedade para escolha do Executivo se encerraria no momento da nomeação, de modo que, a partir da escolha feita anteriormente por Adams, o ato não poderia ser negado, o que fazia com que a conduta do Secretário de Estado de Jefferson, Madison, fosse ilegal, havendo direito de *Marbury* a assumir o cargo de juiz de paz<sup>393</sup>.

Contudo, a “vitória” de *Marbury* parou por aí. A Corte Suprema entendeu que a lei que lhe atribuía competência originária para julgar diretamente o *writ of mandamus* era inconstitucional (art. 13 do *Judiciary Act* de 1789), pois tal competência só poderia ser prevista pela Constituição dos Estados Unidos e não por lei ordinária<sup>394</sup>. Desse modo, como a Corte Suprema não teria competência para julgar o caso, a vitória de *Marbury* não se concretizou, não sendo ordenado nada a Thomas Jefferson, tampouco a Madison<sup>395</sup>.

---

390 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 45.

391 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 45.

392 JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11ª ed. Ver. Amp. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2022, p. 78.

393 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 46; JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11ª ed. Ver. Amp. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2022, p. 78/79; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p. 29.

394 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 46;

395 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasilei-**

O ponto mais relevante do julgado envolvia questão preliminar sobre a possibilidade da Corte Suprema realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos o que daria a ela legitimidade para derrubar a lei que havia estabelecido sua competência originária para julgar o *writ of mandamus* impetrado. Ao enfrentar esse argumento Marshall projetou a Suprema Corte dos Estados Unidos e o caso *Marbury v. Madison* para a história do constitucionalismo moderno ao afirmar a *supremacia da Constituição* como lei fundamental suprema da nação, a *nullidade da lei* que contrarie a Constituição e a *competência do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade* de leis e atos normativos e afastar sua aplicação ao caso concreto<sup>396</sup>. A ideia de supremacia da Constituição, embora não expressa no texto constitucional americano, foi extraída do artigo VI (*Article VI*), cláusula 2<sup>a</sup><sup>397</sup> e sustentada pelo aporte teórico de Hamilton em *Os Federalistas*, título 78 (LXXVIII)<sup>398</sup>.

Em que pese a decisão em *Marbury v. Madison* tenha atendido ao governo republicano de Jefferson, não deixou de sofrer críticas: i) a atuação de Marshall foi questionada, eis que era intimamente ligado aos fatos do caso, por ter atuado como Secretário de Estado de Adams e não ter entregado as *commissions* para posse em tempo, motivo pelo qual deveria ter se declarado impedido<sup>399</sup>; ii) o próprio Jefferson fez pronunciamentos questionando o papel do Judiciário como interprete final da Constituição<sup>400</sup>; iii) o direito ao cargo somente seria adquirido com a entrega efetiva do ato e não anteriormente tal como afirmado pela Suprema Corte<sup>401</sup>.

---

ro. Op. Cit. p. 31.

396 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p. 30;

397 “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

398 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY; Jonh. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Nova fronteira, 1993, p. 480.

399 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p.31.

400 GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*, 1985, p. 21 e s., *apud*, BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p.28.

401 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p.31.

No caso *Stuart*, julgado apenas uma semana após *Marbury v. Madison*, é possível conferir, ainda, que a Corte ignorou os fundamentos de *Marbury* (havia direito subjetivo à nomeação, ainda mais no caso de um juiz vatacílio como Stuart e considerando que já havia tomado posse e encontrava-se no exercício do cargo antes da extinção do *Judiciary Act*) ao entender que o Ato do Congresso que extinguiu os cargos de juiz de paz e juizes federais vitalícios, forçando os *Justices* da Suprema Corte a novamente funcionarem como *circuit judges*, era constitucional<sup>402</sup>.

Destaca-se que aqui Marshall se declarou impedido para participar do julgamento por ter atuado como *circuit judge* no juízo inferior<sup>403</sup>. O Tribunal, obviamente, não tinha condições de determinar uma ordem para atender ao pedido em *Stuart* (declaração de inconstitucionalidade do *Judiciary Act* e a reversão ao cargo extinto), o que levaria ao seu suicídio naquele momento político<sup>404</sup>.

A contenda entre Judiciário e o Presidente, juntamente com o Congresso, porém, não findou no julgamento realizado pela Suprema Corte. Ainda em 1802 a Câmara deflagrou processo de *impeachment* contra um juiz federalista de New Hampshire, John Pickering e o Senado declarou sua destituição em março de 1804. Mais grave ainda foi a abertura de *impeachment* contra o *Justice* da Suprema Corte Samuel Chase, um dia após o julgamento de Pickering, em março de 1804; mas o Senado, em 1805, não reuniu maioria de dois terços para seu afastamento e destituição, o que se deu por apenas 4 votos<sup>405</sup>.

Chase, um grande adepto dos ideais federalistas, foi acusado, perante o Senado, de conduta imprópria por conta de um discurso inflamado contra o *Judiciary Act* de 1802, no qual “de forma indireta Chase imputara a Thomas Jefferson a pecha chefe de facção criminosa”<sup>406</sup>. Provavelmente

---

402 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 47.

403 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 48.

404 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 47.

405 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Op. Cit. p.27; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 50; CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política.** Op. Cit., p. 220.

406 CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison:**

o resultado do *impeachment* de Chase seria outro se a Suprema Corte tivesse decidido favoravelmente a Marbury ou a Stuart.

Após o caso *Marbury*, na sequência histórica a Suprema Corte estabeleceu sua competência para exercer, também, o controle sobre leis e atos estaduais em face da Constituição (por exemplo em *Fletcher v. Peck*, 10 (U.S. (6 Cranch) 87 - 1810) e somente em 1819 no caso *McCulloch v. Maryland* voltou a analisar a constitucionalidade de uma lei federal, no entanto decidiu pela sua constitucionalidade; apenas vindo a declarar novamente uma lei inconstitucional (*Missouri Compromise*) mais de 50 anos após *Marbury*, em 1857, no malsinado caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>407</sup>.

Fato é que a decisão de Marshall foi extremamente sagaz e politicamente inteligente, pois afirmou o poder constitucional da Suprema Corte, mas, ao revés, não obrigou o governo a tomar nenhuma medida, o que não gerou descumprimento da decisão<sup>408</sup>. *Mais do que isso: pode ser considerada como uma decisão ambivalente na qual ao mesmo tempo rejeitou e assumiu poder para a Suprema Corte*<sup>409</sup>.

É ilusório pensar que a decisão de *Marbury v. Madison* foi recebida positivamente pelo Legislativo e Executivo. Ao contrário: a Suprema Corte sofreu forte pressão nos anos e acontecimentos seguintes, e durante o julgamento do caso, de modo que imaginar *Marbury* como um superprecedente inquestionável é fechar os olhos para a realidade política do período e ignorar que a Corte precisou agir estrategicamente em uma verdadeira *dança institucional*<sup>410</sup>.

---

uma decisão política de manter a Corte fora da política. Op. Cit., p. 220.

407 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p.31/32. *No caso em questão a Corte denegou liberdade ao escravo Dred Scott e negou cidadania a todo o negro dos Estados Unidos o que somente foi revertido nos anos 60 com a aprovação das Emendas 13 e 14*. Cf. MATTOS, Karina Denari Gomes de. *“E se assim não fosse?”: Uma breve reflexão sobre as implicações do caso Dred Scott nos estudos sobre Ativismo Judicial*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 5, p. 241-262, 2014, p. 249 e 257.

408 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. Cit. p.31.

409 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p. 46/47.

410 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. Cit. p.50.

A análise conjunta dos casos *Marbury, Stuart e Reed*, dos processos de *impeachment* de Pickering e Chase e do complexo contexto político e institucional entre republicanos e federalistas demonstra que em determinadas situações é preciso que o Judiciário, em especial a Suprema Corte, dê um passo para trás para criar as condições favoráveis de modo a conseguir, no futuro, dar dois para a frente: trata-se do que podemos chamar de *efeito pullback*<sup>411</sup> da jurisdição constitucional, no qual ocorre um falso movimento, consistente em um recuo estratégico e institucional de autopreservação, ao mesmo tempo em que esse movimento gera uma demarcação e ampliação dos poderes constitucionais da Suprema Corte.

A afirmação da supremacia da Constituição foi essencial para o florescimento de uma jurisprudência do controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes e da sedimentação do papel do Judiciário como Poder guardião da Constituição, sobretudo na figura da Suprema Corte, para no futuro ter condições institucionais, políticas e jurídicas de avançar sobre os demais Poderes (dentro de uma lógica republicana) para a proteção de direitos fundamentais e fundamentos da democracia. A doutrina do controle de constitucionalidade de Marshall se espalhou para outras repúblicas e democracias ocidentais sendo consagrada especialmente na Constituição brasileira de 1891.

Pode-se dizer que além de um recuo estratégico, a Suprema Corte adotou uma *virtude passiva* no qual decidiu o que era necessário, revelando uma forma de *minimalismo judicial* que ajuda a minimizar o conflito do contencioso, tornando possível o desenvolvimento do direito constitucional e da sociedade: *em dadas situações o que se diz e o que se resolve pode não ser mais importante do que o que se deixa de dizer ou decidir*<sup>412</sup>.

### **3. *Lochner Era*, Roosevelt, *Caroline Products* e a criação dos escrutínios no controle de constitucionalidade**

Outro caso no qual podemos verificar uma atuação estratégica da Suprema Corte dos Estados Unidos pode ser verificado no contexto envol-

---

411 Na teoria econômica efeito pullback é um movimento de curta duração de uma ativo contra uma tendência que após um ponto de inflexão retoma a tendência anterior. DEBASTIANI, Carlos Alberto. *Análise Técnica de Ações*. 1ª Ed. Editora Novatec. 2008, 232p, p. 44.

412 MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de constitucionalidade e diálogo institucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 171 e 193.

vendo o governo Roosevelt e o *New Deal*. Para que possamos entender o conflito, é preciso que voltemos um pouco no tempo para compreender o desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte e a chamada *Lochner Era*.

O caso que deu origem a chamada *Lochner Era* foi julgado em 1905, 40 anos após o fim da Guerra Civil dos Estados Unidos – Guerra de Secessão - (1865). A *Lochner Era* é um período no tempo que a doutrina utiliza para definir certa estabilidade jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo direitos sociais e livre iniciativa que durou de 1905 até 1937<sup>413</sup>.

O contexto se insere em um período de reconstrução e reunificação do país intensamente dividido após o fim da Guerra Civil, somado à chegada massiva de imigrantes europeus, a expansão ferroviária para o oeste e o aumento da massa de trabalhadores nas zonas urbanas, o que desencadeou um movimento por melhorias nas condições de trabalho, culminando com a edição do *Bakeshop Act* de 1895 do Estado de Nova Iorque como um dos primeiros diplomas que tratava de direitos trabalhistas nos Estados Unidos – com limitação de jornada -, isto porque as padarias da época funcionavam em porões, sem ventilação ou iluminação, o que gerava graves problemas de saúde e salubridade com cargas de trabalho de mais de 100 horas por semana e elevado número de mortes de jovens<sup>414</sup>.

A constitucionalidade do *Bakeshop Act* de 1895 foi questionada por Joseph Lochner, proprietário de uma padaria em Utica, Estado de Nova Iorque, após ser condenado ao pagamento de multa e prisão em demanda trabalhista proposta por seu funcionário Aman Schmitter, por ter violado a jornada estabelecida no *Bakeshop Act*<sup>415</sup>. Antes de ir à Suprema Corte dos Estados Unidos, Locher recorreu à Suprema Corte do Estado de Nova Iorque e à Corte de Apelação do Estado; o precedente firmado em *Lochner* deu nome à chamada *Lochner Era* (1905-1937)<sup>416</sup>.

---

413 AZEVEDO, Cláudia Regina de. **Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto**. In: BECKER, Rodrigo Frantz. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 186/187.

414 AZEVEDO, Cláudia Regina de. **Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto**. Op. Cit. p 188.

415 AZEVEDO, Cláudia Regina de. **Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto**. Op. Cit. p 189.

416 AZEVEDO, Cláudia Regina de. **Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto**. Op. Cit. p 189.

Lochner sustentou que tratava-se de uma legislação de classe inconstitucional que se aplicava a alguns padeiros e não a outros (como os que trabalhavam em estabelecimentos como restaurantes, clubes e hotéis), além disso, destacou que a lei não estava dentro do poder de polícia, não havendo motivo para regulação especial de padeiros e que a lei violava a liberdade de contratação dos proprietários; por outro lado, o Procurador do Estado de Nova Iorque defendeu a autonomia do Estado para legislar sobre saúde pública e dos padeiros, estando dentro do poder de polícia do Estado tratar de saúde pública<sup>417</sup>.

A Suprema Corte ouviu os argumentos em 23 de fevereiro de 1905 e proferiu decisão apertada (5x4) em 17 de abril daquele ano declarando inconstitucional o *Bakeshop Act* por entender que a lei violava o direito de liberdade de contratação dos proprietários, protegida pela cláusula do devido processo legal da 14<sup>a</sup> Emenda à Constituição<sup>418</sup> dos Estados Unidos<sup>419</sup>. Segundo o Justice que redigiu a decisão (*opinion of the Court*), Rufus Peckham, a lei não configurou justo e razoável o exercício do poder de polícia estatal, criando arbitrariedade e interferência ao direito de liberdade do livre contrato entre proprietário e empregado, ressaltando que o direito de contratar é inerente à liberdade individual contida na 14<sup>a</sup> Emenda<sup>420</sup>, por isso não caberia ao legislador interferir na liberdade de contratação<sup>421</sup>.

Com o fim do caso *Lochner*, cerca de 200 normas regulatórias foram anuladas com base na violação da cláusula do devido processo legal prevista na 14<sup>a</sup> Emenda<sup>422</sup>. Desenvolveu-se nesse período um constituciona-

---

417 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 190/191.

418 *Amendment XIV - Section 1 - All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

419 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 191/192.

420 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 192.

421 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 192/194.

422 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 195.

lismo de laissez-faire caracterizado pela imposição, por parte de cortes estaduais e federais, de fortes limites às tentativas do Estado de garantir certos direitos trabalhistas<sup>423</sup>. Alguns autores criticam que a Corte teria realizado uma leitura heterodoxa – para dizer o mínimo – do devido processo legal substantivo, em uma postura de caráter marcadamente ativista com viés conservador, a qual teria impedido que o Parlamento se movesse dentro de sua margem natural de escolha política<sup>424</sup>.

Quase 30 anos após a decisão, em 1933, já eleito, com uma maioria sólida no Congresso – sendo que durante o processo eleitoral, nada mencionou sobre um eventual plano de expandir a Corte<sup>425</sup> -, Roosevelt começou a atacar a decisão da Suprema Corte proferida em *Lochner* alegando que ela teria prejudicado o bem-estar do público em geral<sup>426</sup>.

Isso se deu, sobretudo, em razão do posicionamento da Suprema Corte na década de 30 ao declarar inconstitucionais atos que faziam parte do *New Deal* (e.g. *Schechter Poultry Corporation v. United States* (1935) - nesse período, entre outros diplomas legais e regulamentos administrativos, ela julgou inconstitucionais as seguintes leis propostas pelo governo Roosevelt: o *National Industrial Recovery Act*, o *Agricultural Adjustment Act*, o *Railroad Retirement Act*, o *Bituminous Coal Conservation Act* e a legislação do estado de Nova Iorque sobre salário mínimo<sup>427</sup>), programa de governo com forte intervenção econômica estatal – com reformas que impactavam o setor industrial, agrícola, regulava o sistema financeiro, conferia assistência social e criava obras públicas - que tinha como objetivo recuperar a economia social dos Estados Unidos após a quebra da Bolsa de Valores de 1929 que havia gerado desemprego em 25% da população americana economicamente ativa<sup>428</sup>.

---

423 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 06.

424 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 06.

425 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 06.

426 AZEVEDO, Cláudia Regina de. **Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto**. Op. Cit. p 195/196.

427 SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA**. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p. 76.

A primeira proposta de New Deal ocorreu em 1933 e 1934 e sofreu enorme controle da Suprema Corte, que declarou inconstitucionais inúmeras leis promulgadas pelo Congresso no período. Ainda assim, algumas leis importantes dessa primeira fase foram efetivamente aprovadas e mantidas, como o *Securities Act of 1933*<sup>429</sup>.

A postura da Suprema Corte, apegada ao entendimento individual firmado em *Lochner*, que na prática inviabilizava o *New Deal*, gerou inevitável atrito entre a cúpula do Judiciário e o Chefe do Poder Executivo<sup>430</sup>. Ocorre que as eleições de 1936 intensificaram a força do Executivo com amplo apoio popular, já que Roosevelt passou a ter o apoio de 331 democratas na Câmara dos Representantes (*House of Representatives*) e 76 democratas no Senado<sup>431</sup>.

Diante disso, em 1937 Roosevelt propôs um chamado “*Court Packing Plan*”<sup>432</sup> (para alguns “empacotamento”) por meio de um projeto de lei para alterar o número de componentes da Suprema Corte, aumentando a quantidade de *Justices* de 9 para 15 membros<sup>433</sup>, com isso, podendo formar maioria para derrubar o entendimento de *Lochner* que estava inviabilizando a plena efetividade do *New Deal*<sup>434</sup>.

Havia paralelamente a tentativa de alguns parlamentares de encontrar outro mecanismo para mudar de absoluto para relativo o poder de

---

428 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 196.

429 SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. *O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA*. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p. 73.

430 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 197.

431 SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. *O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA*. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p. 78.

432 “Em sentido mais estrito, *court-packing* refere-se à alteração do número de magistrados ou mesmo da estrutura de uma suprema corte para permitir a nomeação de ministros adicionais ou mudar o processo de nomeação dos ministros. Não se deve confundir a legítima discricionariedade política exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo no processo de nomeação de ministros de uma suprema corte com a efetiva manipulação desse processo para a mera obtenção de ganhos político-partidários”. SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. *O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA*. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p 67.

433 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. *Domesticando a Justiça*. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 06.

434 AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto*. Op. Cit. p 197.

veto *de facto* da Corte sobre leis promulgadas democraticamente, além disso, o senador de Montana Burton Wheeler, antigo defensor de Roosevelt e um dos líderes do New Deal, e o senador de Washington Homer Bone apresentaram em 17/2/1937 uma PEC para permitir ao Congresso revisar (especialmente revogar) decisões de inconstitucionalidade preferidas pela Corte<sup>435</sup>.

A medida de Roosevelt, embora tenha sofrido críticas tanto do Congresso quanto da própria Suprema Corte<sup>436</sup>, surtiu efeito: sob debates no Congresso envolvendo o *Court Packing Plan* com apoio do Senador Robinson, encarregado de costurar e buscar apoio para a proposta de Roosevelt<sup>437</sup>, em março de 1937 a Suprema Corte decidiu o caso *West Coast Hotel v. Parrish*, de modo alinhado com as políticas governamentais do *New Deal*, entendendo como constitucional da lei objeto de discussão - o Tribunal reconheceu a validade de uma lei do Estado de Washington que estabelecia um salário mínimo para mulheres<sup>438</sup> -, em uma manobra que ficou conhecida historicamente como *a switch in time that saved nine* que selou a jurisprudência da *Lochner Era*<sup>439</sup>. Em abril do mesmo ano (1937), a Suprema Corte decidiu, em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, que a cláusula de comércio da Constituição garantia ao Congresso o poder de regular relações de trabalho, de modo que essa guinada na postura da Corte deveu-se à mudança de posição do Justice Owen Roberts, que costumava integrar a maioria de cinco votos contra as medidas do *New Deal*<sup>440</sup>. A *virada* veio do ministro Roberts, que se juntou aos ministros Hughes, Brandeis, Cardozo e Stone na

---

435 SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA**. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p. 81.

436 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 07.

437 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 07.

438 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 07.

439 AZEVEDO, Cláudia Regina de. **Lochner v. New York, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto**. Op. Cit. p 198.

440 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 07.

formação de maioria a favor do *New Deal* na Corte; o *Chief Justice* Hughes foi o ministro relator e declarou que a Corte não mais fecharia os olhos para os fatos mais evidentes da vida nacional<sup>441</sup>.

A análise das dificuldades políticas e institucionais é um aspecto que deve ser elevadamente considerado pelas Cortes e Tribunais Constitucionais de modo estratégico a fim de efetivar a Constituição, sem gerar conflitos e travamentos da engenharia constitucional, preservando o capital político do Tribunal ao prestigiar soluções dialógicas<sup>442</sup>.

Curiosamente a partir de 1937 a Suprema Corte passou a sofrer modificações “naturais” em sua composição: o ministro Van Devanter aposentou-se naquele ano, sendo substituído por Hugo L. Black, Sutherland aposentou-se em 1938 e Stanley F. Reed assumiu a vaga, Butler faleceu em 1939 e McReynolds aposentou-se em 1941<sup>443</sup>, em 1939 Roosevelt nomeou e Felix Frankfurter e William O. Douglas, Frank Murphy, em 1940, James F. Byrnes Jr., e Robert H. Jackson, em 1941 e em 1941 Roosevelt escolheu Harlan Fiske Stone como Presidente da Corte<sup>444</sup>.

Assim como os republicanos em 1800, no período do confronto entre federalistas e anti-federalistas, os *New Deal*-Democratas de 1932 iniciaram um desafio constitucional que catalisou um confronto de uma década com a Suprema Corte<sup>445</sup>. Embora o Senador Robinson tenha falecido em julho de 1937 e a ideia de *empacotamento* tenha perdido força ainda em 1937<sup>446</sup> - com a Comissão do Senado sobre o Judiciário (*Senate Judiciary Committee*) dado fim ao projeto de lei de *court-packing* ao recomendar ao Plenário que ele fosse enfaticamente rejeitado (o que ocorreu em

---

441 SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA**. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p. 82.

442 MALUF, André Luiz. **Omissão Inconstitucional e Sentenças Normativas: limites e possibilidades para a atuação criativa do STF**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 193 e 224.

443 SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA**. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p. 82.

444 SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA**. RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023, p. 82.

445 ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 248.

446 SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Domesticando a Justiça**. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023, p. 07.

julho de 1937) -, a decisão em *West Coast* e a mudança estratégica da Corte que *salvou os nove*, não encerrou o conflito entre Judiciário e Executivo.

A série de decisões tomadas na década de 30 que encerraram a Era Lochner precisam ser avaliadas juntamente com o caso *United States v. Carolene Products Company* (1938)<sup>447</sup>, eis que assume particular importância a nota de *rodapé número 4*, lavrada pelo Justice Stone, do precedente que provocou uma revolução no direito constitucional americano<sup>448</sup>. Em um só tempo o Tribunal passou a mudar o paradigma da Corte em relação ao seu ativismo anterior da Era Lochner e apresentar um conjunto de “limites” que norteariam os momentos em que esta adotaria uma postura contramajoritária por meio de escrutínios<sup>449</sup> de controle de constitucionalidade: *minimum scrutiny* ou *rational basis review*, *intermediate scrutiny* e *strict scrutiny*<sup>450</sup>. O *último nível de controle (strict scrutiny)* é utilizado especialmente em situações nas quais ocorre restrição de direitos fundamentais como direito ao voto e não discriminação, submetendo as leis a um teste mais rigoroso de constitucionalidade.

---

447 “O caso que ensejou a decisão contendo a famosa nota envolvia o questionamento a respeito da constitucionalidade de uma Lei de 1923 (Filled Milk Act), que havia tornado ilegal o transporte de “leite modificado” (Milnut) de um Estado para outro. O caso tinha como precedente a decisão de *Nebbia v. New York* (1934), em que o Estado de Nova York criou um conselho com poder de regular o preço do leite. *Nebbia*, dono de uma mercearia, foi condenado por vender leite fora dos preços estabelecidos e defendeu seu direito de fazê-lo perante a Suprema Corte com base na Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, eis que o governo não poderia violar seu direito de fazer contratos sem a garantia ao devido processo legal (*due process*). Por maioria a Suprema Corte afirmou que nem o direito de propriedade nem o direito dos contratos era absoluto. Ainda, adotou postura deferente, afirmou que os Estados eram livres para adotar políticas para promover o bem-estar público”. CLÈVE, Clemerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, Governo Democrático e níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional**. *RJLB*, Ano 1 (2015), nº 2, p. 414.

448 CLÈVE, Clemerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, Governo Democrático e níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional**. Op. Cit., p. 414.

449 CLÈVE, Clemerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, Governo Democrático e níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional**. Op. Cit., p. 419.

450 “Na circunstância, envolvendo o caso violação a um direito fundamental, mais rigoroso será o controle, ou seja, quanto mais importante o direito, mais ativa será a atuação por parte da Corte em sua tutela”. CLÈVE, Clemerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, Governo Democrático e níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional**. Op. Cit., p. 453/454.

Embora tenha aplicado o escrutínio mais leve no caso *Carolene Products (minimal)*, a Suprema Corte criou os parâmetros e os engavetou em sua jurisprudência para que pudesse utilizar tais ferramentas no futuro.

A clássica *nota de rodapé 4* estabeleceu um marco na história da Suprema Corte: ao sugerir que a presunção de constitucionalidade pode ter menos força em relação às medidas que afetam garantias específicas como liberdade de expressão, desfavorecendo "*Minorias discretas e insulares*" ou obstruindo "*aquelas processos políticos que normalmente podem ser esperados sobre a revogação da legislação indesejável*", o Justice Stone estabeleceu a agenda do tribunal pelos próximos cinquenta anos<sup>451</sup> impactando diretamente nos avanços da jurisdição constitucional sobretudo, e de forma mais proeminente, durante a *Corte Warren*<sup>452</sup> ao estabelecer parâmetros jurisprudenciais-normativos de controle de constitucionalidade<sup>453</sup>, o que culminou no julgamento de casos como *Brown v. Board of Education* (1954), que derrubou a segregação racial em escolas públicas; *Baker v. Carr* (1962), que afirmou que o Judiciário poderia rever o "redistribuição eleitoral" e a redistribuição dos distritos legislativos; e *Reynolds v. Sims* (1964), que estabeleceu a regra *one person, one vote* – permitindo ao Judiciário intervir para reequilibrar o número de eleitores.

A *nota de rodapé 4* em *Carolene Products* apesar de parecer uma derrota para a Suprema Corte - ao consolidar o abandono da jurisprudência de *Lochner*, como forma de evitar embates com o governo e um possível *court packing* -, foi uma vitória judicial em um contexto macro estabelecendo mais poderes à Corte para exercer o controle de constitucionalidade e proteger direitos fundamentais nos Estados Unidos<sup>454</sup>. O *efeito pull-back* sobretudo no caso *Carolene* revela um comportamento estratégico

---

451 CURRIE, David P. **The Constitution in the Supreme Court: the New Deal, 1931-1940.** *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 54, n. 2, p. 504-555, 1987 (1987, p. 553-555), *apud*, SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA.** RIL Brasília a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023., p. 82.

452 O *modus operandi* da Corte Warren foi inspirado pela nota de rodapé número 4, que dispunha que a função da Corte seria a de manter a máquina do governo democrático funcionando, garantindo a abertura dos canais de participação e comunicação política. CLÈVE, Clemerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, Governo Democrático e níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional.** Op. Cit., p. 422.

453 ACKERMAN, Bruce. **Beyond Carolene Products.** *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985, p. 740.

454 ACKERMAN, Bruce. **Beyond Carolene Products.** Op. Cit., p. 714/715.

do Tribunal no qual se proteger dos ataques institucionais e ao mesmo tempo semeou o terreno para a criação de uma jurisprudência revolucionária nas décadas seguintes em termos de proteção de direitos civis e políticos.

#### 4. Considerações finais

A leitura do contexto histórico, político e institucional dos precedentes avaliados permite jogar novas luzes sobre o estudo de casos clássicos da jurisdição constitucional e os efeitos de decisões estratégicas da Suprema Corte.

O *efeito pullback* na jurisdição constitucional encontrado nos célebres julgados *Marbury v. Madison*, *Caroline Products* e *West Coast Hotel v. Parrish*, à luz do contexto de *Roosevelt* e do *New Deal* pós-*Lochner*, com o desencadeamento jurisprudencial em *Brown v. Board of Education* (1954), *Baker v. Carr* (1962) e *Reynolds v. Sims* (1964) não é fruto do acaso. O comportamento estratégico do Tribunal em momentos de conflitos e ataques institucionais foi fundamental para a sedimentação do seu poder, garantindo, no futuro, sua legitimidade para interferir em questões morais complexas de forma contramajoritária para proteger direitos civis, políticos e sociais.

O estudo do tema não se encerra neste artigo: o *efeito pullback* ocorre na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF? Em quais casos? Quando a Corte pode e/ou deve se valer do *efeito pullback* em suas decisões como forma de se proteger de ataques e proteger direitos fundamentais? Quando estamos diante de um mero recuo ou de um recuo com *efeito pullback*? Se o *efeito pullback* não for possível para o Tribunal, quais outras medidas ele pode utilizar?

Essas e outras inúmeras indagações pertinentes merecem respostas.

#### Referências

ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Beyond *Caroline Products***. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, 1985.

- AZEVEDO, Cláudia Regina de. *Lochner v. New York*, 1905: Direitos Sociais e Livre Iniciativa em confronto. In: BECKER, Rodrigo Frantz. **Suprema Corte dos Estados Unidos: Casos Históricos**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 186-202.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. **Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.
- CLÈVE, Clemerson; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, Governo Democrático e níveis de Intensidade do Controle Jurisdicional**. *RJLB*, Ano 1 (2015), nº 2, p. 409-471.
- DEBASTIANI, Carlos Alberto. **Análise Técnica de Ações**. 1ª Ed. Editora Novatec. 2008, 232p.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY; Jonh. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Nova fronteira, 1993.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11ª ed. Ver. Amp. e atual. São Paulo: Jus-PODIVM, 2022.
- MALUF, André Luiz. **Omissão Inconstitucional e Sentenças Normativas: limites e possibilidades para a atuação criativa do STF**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MATTOS, Karina Denari Gomes de. **“E se assim não fosse?”: Uma breve reflexão sobre as implicações do caso Dred Scott nos estudos sobre Ativismo Judicial**. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 5, p. 241-262, 2014.
- NÚÑES, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. **Repúblicas em conflito: a separação dos poderes *made in America***. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014.
- SILVEIRA, Andre Bueno da; FALCÃO, Daniel. **O conflito entre o New Deal e o Poder Judiciário nos EUA**. *RIL Brasília* a. 60 n. 240 p. 63-87 out./dez. 2023.

SOBREIRA, David; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Domesticando a Justiça. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 10, n. 2, e242, maio/ago. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.



# DO FEDERALISMO COOPERATIVO AO FEDERALISMO SANITÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO PÓS-1988

*William Paiva Marques Júnior*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do federalismo clássico estadunidense ao federalismo de cooperação no texto constitucional de 1988. 3. Sistemática do federalismo brasileiro na ordem jurídico-constitucional de 1988 e o reconhecimento do federalismo sanitário no contexto pós-covid. 4. Considerações finais. Referências

## **1. Introdução**

Na evolução do constitucionalismo brasileiro, observa-se que a Constituição de 1946 consolidou a estrutura cooperativa no federalismo brasileiro, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar de reforçar o poder federal, a cooperação e a integração nacional.

A passagem do federalismo clássico estadunidense para o federalismo balizado pela solidariedade presente na Constituição de 1988, é fruto das contingências que, superando uma conduta meramente negativa a ser assumida em termos de liberdades públicas, faz surgir um modelo de Estado deveria atuante, promotor de igualdade material, na mitigação das problemáticas sociais e atento aos clamores das complexidades socioeconômicas emergentes. A igualdade jurídico-formal apreçoada nos textos constitucionais clássicos necessitava da necessária concretização oriunda do constitucionalismo social a reverberar no modelo de federalismo.

Nessa ordem de ideias, não se deve analisar a Constituição Federal de 1988 somente sob a ótica da restauração do federalismo no seu aspecto financeiro uma vez que Estados e Municípios recuperam sua participação, mas também na forma de atribuições e encargos.

Outro ponto fundamental é que Texto Constitucional de 1988 elevou o Município à condição de ente federado, estabelecendo uma descentralização e a existência de soberania, para União, Estados e Municípios, já em seu art. 1º.

Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, decisões judiciais e da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória, com ênfase nas obras de Paulo Bonavides e Gilberto Bercovici, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## **2. Do federalismo clássico estadunidense ao federalismo de cooperação no texto constitucional de 1988**

O federalismo clássico tem origem nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787. No sistema federalista, o Estado Federal possui personalidade jurídica de direito público internacional e é detentor de soberania. Pelo arcabouço brasileiro, a União, formada pela reunião das partes componentes, possui personalidade jurídica de direito público interno, dispõe de autonomia e exerce as prerrogativas da soberania do Estado federal. O federalismo cooperativo nacional, engloba os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal como membros ativos, possuindo personalidade jurídica de direito público interno, autonomia e competências próprias.

No caso brasileiro, a Constituição de 1946 consolidou a estrutura cooperativa no federalismo, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar de reforçar o poder federal, a cooperação e a integração nacional.

O regime das competências é essencial na compleição do sistema entre os entes federativos. Sob a égide do federalismo de cooperação, se exige maior coordenação, solidariedade e cooperação entre União, Estados membros e Municípios. A cooperação passa a ser um mecanismo de maior aproximação entre as esferas do poder central em concatenação aos poderes regionais e locais, tendo o princípio da subsidiariedade como balizador da formulação de políticas públicas entre os entes federativos.

Aos Poderes Estaduais e Municipais, compete o enfrentamento das questões regionais e locais, diante das especificidades encontradas em suas regiões. De fato, o legislador constitucional, tendo como parâmetro o Federalismo cooperativo, ao estabelecer a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), bem como a legitimidade dos municípios em legislar sobre questões afetas ao interesse local (art. 30, I), podendo suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II), com base no critério constitucional da predominância do interesse local, com o escopo de tutelar os interesses locais, plasmados na saúde da população, principalmente em períodos de emergência sanitária, conforme vivenciado no período pandêmico de Covid-19.

Para Norberto Bobbio<sup>455</sup>, a constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu por meio de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo o poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado “constitucionalismo”). Por separação dos poderes, entende-se em sentido lato – não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos nas várias formas de autogoverno, que vão da descentralização político-administrativa até o federalismo. O segundo processo foi o que deu lugar à figura – verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado – do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam a competência e orientam (ainda que frequentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional, fundado em relações pessoais e patrimoniais, num poder legal e racional, essencialmente impessoal, processo que foi escrito com muita penetração por Max Weber. Exprime o autor que não se deu atenção ao fato de que a teorização mais completa desse tipo de Estado é a doutrina kelseniana do ordenamento jurídico por *degraus*.

É intrínseca a relação entre a solidariedade que visa ao desenvolvimento regional e o federalismo cooperativo, consoante adverte Gilberto Bercovici<sup>456</sup>: o Federalismo Cooperativo está em estreita relação com o

---

455 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 1ª ed. 13ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 136.

456 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2.005, pág. 91.

chamado Estado intervencionista (o chamado Estado Social), que tem por objetivos, entre outros, a igualação das condições sociais de vida e a redução das desigualdades socioeconômicas em todo o território nacional (no nosso caso, inclusive, por determinação expressa do art. 3º- da CF, conforme veremos adiante). É justamente a exigência de solidariedade do Estado Social que fez com que fosse formulado um princípio de fidelidade federal que vincula a União e os entes federados, condicionando e orientando suas políticas na direção da diminuição das desigualdades sociais. Não é possível, porém, a uniformização das condições sociais de vida entre os vários entes federados se estes não tiverem capacidade suficiente (e não apenas econômica, mas também, política) para satisfazer plenamente todas as suas funções. Assim, a forma cooperativa de federalismo tem por objetivo fundamental a igualação da capacidade dos membros da Federação.

Para Éric Canal-Forgues e Patrick Rambaud<sup>457</sup>, no caso de Estados com uma estrutura federal, a repartição de competências pode ser reservada a uma competência legislativa que restringe os poderes da federação. No entanto, este é um assunto interno, como, no plano internacional, o Estado Federal é responsável pela execução ou pela não execução das suas obrigações.

Na sistemática adotada pela ordem jurídico-constitucional de 1988, observa-se que os princípios da República e da Federação apresentam-se como estruturantes da ordem jurídica, política e social brasileira.

Para Karl Loewenstein<sup>458</sup>, junto com a constituição escrita e do esta-

---

457 CANAL-FORGUES, Éric. RAMBAUD, Patrick. **Droit international public**. 2e-édition. Paris: Champs Université, 2011, p. 57. Tradução livre: "*Dans le cas des États à structure fédérale, la répartition des compétences peut réserver aux États fédérés une compétence législative qui limite les pouvoirs de la fédération. Il s'agit toutefois d'une question d'ordre interne, car sur le plan international, l'État fédéral reste responsable de l'exécution o de la non-exécution de ses engagements.*"

458 LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Tradución: Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 354/355. Tradução livre: "*Junto a la constitución escrita y el establecimiento de la forma "republicana" de gobierno, esto es, no monárquica, en Estados con un extenso territorio, el federalismo es la aportación americana más importante a la teoría y a la práctica del Estado moderno. Uniones de Estados de tipo federal habían existido anteriormente: en la antigua Grecia, las ligas o sinoikias délica, anfictiónica, helénica y aquea; la "alianza eterna" (ewige Bund) de los cantones suizos desde el siglo XIV y XV, la Unión de Utrecht (1569) entre las siete provincias norteañas e los Países Bajos. Pero ninguna de estas formaciones constituyeron un auténtico Estado federal, en parte por la ausencia de órganos comunes*"

belecimento de forma "republicana" do governo, isto é, não monárquica, em Estados com um grande território, o federalismo é a contribuição americana para a teoria mais importante e prática do Estado moderno. Uniões de Estados do tipo federal havia existido anteriormente: na Grécia Antiga, as ligas ou *sinoikias délica, anfictiônica, helênica e aquea*, a "aliança eterna" (*ewige Bund*) dos cantões suíços desde os séculos XIV e XV, a União de Utrecht (1569) entre as sete províncias do norte e nos Países Baixos. Mas nenhuma dessas formações foram um verdadeiro estado federal, em parte pela ausência de instituições comuns com jurisdição direta sobre os nacionais de países parceiros e em parte por uma preponderância de um dos membros. Associações de outros estados, como o Sacro Império Romano da nação alemã, ou eram associações baseadas na vassalagem em ou relações feudais, bem, no melhor dos casos, de natureza, semiconfederal. Após o período de transição dos *Articles of Confederation*, os treze estados norte-americanos formaram com a Constituição Federal de 1787 e pela primeira vez na história, um estado federal totalmente estruturado.

A ordem constitucional de 1988 adotou como forma de Estado o *federalismo*, que é uma aliança ou união de Estados, baseada em uma Constituição, e, onde os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo uma autonomia política limitada. Dessa forma difere do *Estado Unitário* (o Reino Unido ostenta esta forma de organização estatal, bem como o Estado Unitário Imperial Brasileiro, que perdurou da Independência até a Proclamação da República adotou a aludida modalidade organizacional do Estado), que é, por conseguinte, rigorosamente centralizado, no seu limiar, e identifica um mesmo poder, para um mesmo povo, num mesmo território, caracterizando-se pela centralização político-administrativa em um só centro produtor de decisões. Igualmente, difere da *Confederação* (exemplo: Suíça), que consiste na união de Estados- soberanos, através de um tratado internacional.

---

con jurisdicción directa sobre los ciudadanos de los Estados asociados y en parte por la preponderancia de uno de los miembros. Otras asociaciones estatales, como el Sacro Imperio Romano de la nación alemana, fueron, bien asociaciones basadas em relaciones de vassallaje o feudales, bien, el mejor de los casos, de naturaleza, semiconfederal. Tras el periodo transitorio de los *Articles of Confederation*, los trece Estados americanos formaron con la Constitución federal de 1787 y, por primera vez en la historia, un Estado federal completamente estructurado.”.

O Estado Federal consiste em fenômeno relativamente recente, surgido após a histórica a junção das treze ex-colônias inglesas na América do Norte, inicialmente em Confederação, no ano de 1776, atingindo o pacto indissolúvel onze anos depois, em 1787, nascendo os Estados Unidos da América e inaugurando a forma de Estado caracterizada pela descentralização político-administrativa, constituindo entes parciais autônomos, aliados à União e formando o todo, que é o Estado Federal soberano.

Ao comentar o Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América, em torno do federalismo, averba Seth Lipsky<sup>459</sup>, dentre as imperfeições do sindicato formado nos termos dos Artigos da Confederação estavam a ausência de um executivo e a fragilidade do Congresso federal. A legislatura não poderia cobrar impostos, impor tarifas uniformes, formar um exército ou fazer concessões de terras. As legislaturas estaduais estavam esgotando a paciência dos fundadores.

Tem-se, portanto, que o sistema federal dos Estados Unidos da América surgiu da união de treze colônias inglesas preexistentes na formação de um governo geral ulterior. Por conseguinte, trata-se de federalismo por agregação. A luta pela liberdade de autogoverno, entendida como mecanismo de determinação do próprio destino político, serviu de supedâneo para a união entre as treze colônias na luta por independência em face da Inglaterra.

A visão federalista, como forma de convivência entre Estados, é uma criação de fins do século XVIII; referente à experiência estadunidense, se desenvolve a partir dos primeiros passos que deram as treze colônias inglesas da América do Norte como continuação natural da sua declaração de seu processo de independência iniciado em 1774 e concluído em 1776, contemporâneo à Guerra da Independência dos Estados Unidos da América (1775–1783). A experiência estadunidense demonstrou que, por parte dos Estados o efeito jurídico de maior relevo foi a perda da soberania que detinham a qual passou a pertencer à União, restando-lhes a autonomia de entes federados. Vale dizer, que as decisões do poder autônomo devem ser tomadas dentro dos limites fixados na Constituição Federal e sujeitas ao controle de constitucionalidade por um órgão da União.

---

459 LIPSKY, Seth. **The citizen's constitution**. New York: Basic Books, 2011, p. 2. Tradução livre: "Among the imperfections in the union formed under the Articles of Confederation were the absence of an executive and the weakness of the federal Congress. The legislature couldn't levy taxes, impose uniform tariffs, raise an army, or make land grants. State legislatures were straining the patience of the founders."

Consoante o escólio de Paulo Bonavides<sup>460</sup>: o espírito da Constituição estadunidense e seu federalismo não poderia ser outro, àquela altura, se não o de adesão fervorosa aos postulados da sociedade livre. A ideologia do século entende como tal uma sociedade composta de homens dotados, por obra do direito natural, de certos direitos subjetivos, homens que se constituem num centro autônomo de faculdades, que participam na formação da vontade política graças ao exercício do sufrágio, que legitimam o poder do governante pelo consentimento dos governados e que se consideram valores morais, espirituais e políticos, prioritários e invulneráveis a todo ordenamento estatal. Aparece então o indivíduo como sujeito da ordem política, o Estado como objeto. As origens federativas se acham pois nesse quadro de ideias, na moldura do Estado liberal-burguês, no espírito de suas instituições, no combate indefesso ao intervencionismo do Estado.

Por seu turno, Luigi Ferrajoli<sup>461</sup> assevera que podemos caracterizar as federações ou as instituições federais por dois elementos: a repartição de competências entre as instituições federais e instituições federadas e produção, através de ações tomadas pelas primeiras, das regras que entram em vigor diretamente nos ordenamentos das instituições federadas, definidas por sua vez como as instituições políticas originárias que compõem as instituições federais. Por outro lado, as confederações ou instituições confederadas são instituições originalmente formadas por um conjunto de instituições políticas, unidas por normas válidas que se aplicam para todas as instituições contratantes.

Observa-se que o *Federalismo dual* foi a denominação da divisão de poder entre o Estado Federal e os Estados- membros foi, em razão da

---

460 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10<sup>a</sup>- edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 210.

461 FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 886. Tradução livre: “Podemos caracterizar a las federaciones o instituciones federales mediante dos elementos: la distribución de las competencias entre instituciones federales e instituciones federadas y la producción, mediante actos realizados por las primeras, de normas que directamente entran en vigor en los ordenamientos de las instituciones federadas, definidas a su vez como las instituciones políticas originarias de las que se componen las instituciones federales. A la inversa, las confederaciones o instituciones confederadas son instituciones políticas, también ellas originarias, unidas por normas válidas para todas las instituciones contratantes.”.

coexistência de dois campos de poder mutuamente exclusivos, dividido entre a União e os Estados e reciprocamente imitadores, o que tornaria quase inevitável os conflitos entre ambos. Afora o contexto do federalismo norte-americano, necessárias se fazem algumas explicações acerca do conceito de Confederação. Ao contrário da Federação, que, na medida em que se nega a soberania nacional, substituída por uma certa autonomia, nega-se também o Estado nacional, na Confederação, os Estados conservam a sua soberania e, baseada em Tratado, realiza-se uma aliança de nações para a consecução de metas comuns.

Segundo Gilberto Bercovici<sup>462</sup>: desde o modelo original estadunidense, as definições e características dos vários tipos de federalismo, todavia, nunca poder ser consideradas como absolutas. Afinal, o federalismo norte-americano caracteriza-se pela decisiva atuação da Suprema Corte na sua configuração no decorrer da evolução histórica. Assim, nos primórdios da República Americana, a Suprema Corte, liderada por Marshall, buscou consolidar a União, reforçando seus poderes frente às ex-Colônias, agora Estados-Membros: era o *national federalism*. Após a Guerra Civil (1861-1865), a interpretação da Suprema Corte buscou ressaltar os poderes estaduais frente à União, enfatizando a separação rígida de competências (*dual federalism*). A tendência a uma maior cooperação entre as duas esferas e à preponderância federal vem desde o final do século XIX, mas a ruptura definitiva com o federalismo dualista só ocorre com o *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt (1932-1945). Foi a necessidade de intervenção do Estado para solucionar os problemas gerados com a depressão na década de 1930 que levou ao abandono do federalismo dualista nos Estados Unidos.

Observa-se que a Teoria da Federação apresenta facetas variáveis conforme os dilemas a serem enfrentados nos Estados onde se verificam, de acordo com critérios de historicidade.

Para Hans Kelsen<sup>463</sup>, a centralização ou a descentralização de uma ordem jurídica podem ser de graus quantitativamente variáveis. O grau de centralização ou descentralização é determinado pela proporção relativa do número e da importância das normas centrais e locais da ordem. Consequentemente, pode-se fazer distinção entre descentralização e centra-

---

462 BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, págs. 20 e 21.

463 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 4ª- edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, págs. 436 e 437.

lização totais e parciais. A centralização é total se todas as normas forem válidas para o território inteiro. A descentralização é total se todas as normas forem válidas apenas para partes diferentes do território, para subdivisões territoriais.

Konrad Hesse<sup>464</sup> traça um perfil do federalismo alemão a partir da atuação do Tribunal Constitucional Alemão: de grande importância é a segunda circunstância que vemos: a inesperada atualização e extensão do princípio da confiança federal, por meio de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que elevou o conceito para torná-lo uma das peças centrais do ordenamento do Estado Federal. Esta tendência tem sido caracterizada pela tese de W. Geiger, ao afirmar que tal princípio, pela jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, "ganhou um significado profundo e formação de todos os elementos da Constituição", "tem mais sentido hoje do que antes" e tem "um significado prático e teórico mais forte que o princípio federativo. "

Jorge Miranda<sup>465</sup> faz uma análise do atual estágio do federalismo estadunidense no sentido de que este não se reduziu, porém, a mero regionalismo. Juridicamente, porque se mantêm as faculdades de intervenção dos Estados na União. Politicamente, porque também, ao mesmo tempo, se desenvolveram as funções dos poderes estaduais (os mais próximos do cotidiano das pessoas) e porque os partidos, as carreiras dos homens públicos e a vida política em geral são dominados ou influenciados (muito mais que na Europa) pelos condicionalismos locais. Administrativamente, porque, a par da centralização, se tem operado um processo de coordenação entre os serviços federais e estaduais. Nos últimos anos, aliás,

---

464 HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Selección y traducción: Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, p. 194/195. Tradução livre: "De mayor significado es la segunda circunstancia que observamos: la inesperada actualización y extensión del principio de confianza federal, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que ha elevado el concepto hasta convertirlo en una de las piezas centrales del ordenamiento del Estado federal. Esta tendencia ha sido caracterizada por la tesis de W. Geiger, cuando afirma que tal principio, mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, "ha ganado un significado profundo y conformador del conjunto de los elementos de la Constitución", "que hoy tiene más significado que antes", y que tiene "un significado práctico y teórico más intenso que el principio federal".

465 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais**. 8ª- edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 138.

tem-se procurado afirmar uma tendência inversa, de diminuição das atribuições e dos encargos federais (ligada quase sempre a uma reação contra o *Welfare State*).

Conforme aduz José Joaquim Gomes Canotilho<sup>466</sup>, o federalismo é considerado um elemento central do esquema constitucional de separação de poderes. Na discussão entre os “federalistas” e os “antifederalistas”, no momento da Convenção de Filadélfia, ou seja, da feitura da Constituição Americana de 1787, a existência de “Estados” dotados de poderes auto-organizatórios e competências próprias (“momento anti-federalista”) revelou-se como a condição ineliminável para a aceitação de um “executivo forte” (“momento federalista”) indispensável a “an extended commercial republic”.

A principal consequência de pertencer a uma federação é, certamente, ostentar competências constitucionais, exclusivas e comuns, materiais ou legislativas, sem intermediários, soerguendo-se uma paridade federativa que admite raras exceções, a exemplos das intervenções federais e estaduais, e do controle de constitucionalidade das leis municipais, distritais, estaduais e federais.

### **3. Sistemática do federalismo brasileiro na ordem jurídico-constitucional de 1988 e o reconhecimento do federalismo sanitário no contexto pós-covid**

O federalismo clássico tem origem nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787. No sistema federalista, o Estado Federal possui personalidade jurídica de direito público internacional e é detentor de soberania. Pelo arcabouço brasileiro, a União, formada pela reunião das partes componentes, possui personalidade jurídica de direito público interno, dispõe de autonomia e exerce as prerrogativas da soberania do Estado federal. O federalismo cooperativo nacional, engloba os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal como membros ativos, possuindo personalidade jurídica de direito público interno, autonomia e competências próprias.

O federalismo implantado no Brasil a partir do Decreto n.º. 01, de 15 de novembro de 1889, inspirou-se no modelo estadunidense com a trans-

---

466 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª- edição. 2ª- Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 587.

formação das antigas Províncias em Estados, restou conhecido como federalismo dual (consagrado pela Constituição de 1891), uma vez que ofertou excessiva autonomia (mesmo que formal) aos Estados membros, atribuindo boa parte das competências à União. Durante a fase da Proclamação da República e por toda a República Velha, o Federalismo brasileiro se sustentou na Política dos Governadores, estruturada em torno de acordos informais que dividiam o poder nos Estados e na União. Poder que as elites regionais conseguiam ao controlar as eleições estaduais e federais. O Federalismo funcionava, na prática, como catalisador das oligarquias regionais que limitavam o desenvolvimento econômico e social.

Conforme o diagnóstico de Victor Nunes Leal<sup>467</sup>, na Constituinte instalada em 1890, uma das maiores batalhas sobre a organização do regime federativo, que se inaugurava, veio a ferir-se no terreno da discriminação tributária. Em contraste com a grande celeuma provocada pela divisão tributária entre a União e os Estados, os constituintes da Primeira República não se preocuparam, especialmente, com a receita municipal, como problema independente do das rendas municipais.

Na Revolução de 1930, Getúlio Vargas derruba o Federalismo “oligárquico” e reduz a autonomia dos Estados. Em 1932, São Paulo luta por autonomia por meio da Revolução Constitucionalista. No Estado Novo (1937 – 1945), aumenta a concentração de poder no governo central. Simbolizando a centralização e o fim do regime federativo, o Estado Novo queima as bandeiras dos Estados e nomeia os interventores. Em 1945 o Regime Federativo é retomado como um sistema representativo efetivo e partidos competitivos em âmbito nacional.

Conforme aduzido por Paulo Bonavides<sup>468</sup>, o federalismo do século XX se liga inarredavelmente a fatores intervencionistas. Com isso, coloca-se, de certo modo, diante de um paradoxo, violando sem dúvida a linha clássica do princípio e a alta inspiração doutrinária em que as primeiras gerações republicanas fizeram o tirocínio da liberdade constitucional.

Para Gilberto Bercovici<sup>469</sup>, a Constituição de 1946 consolidou a es-

---

467 LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil**. 7ª- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 147 e 148.

468 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 211.

469 BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, págs. 42 e 43.

estrutura cooperativa no federalismo brasileiro, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar do reforço do poder federal, a cooperação e a integração nacional. Foi sob a vigência desta Constituição, na década de 1950, que a Questão Regional ganhou importância no debate político nacional, com a concepção de que a atuação estatal e o planejamento eram elementos essenciais para o desenvolvimento, de acordo com as diretrizes elaboradas pela recém-criada CEPAL (Comissão Econômica para América Latina). Desde então, todas as constituições brasileiras têm a preocupação de consagrar instrumentos para a superação das desigualdades regionais.

A Constituição Federal de 1988 não modificou apenas a base Democrática do Estado, mas também as vigas mestras do Federalismo. A grande inovação verificada na República Federativa do Brasil, a partir de 1988, é a inclusão dos Municípios, entes locais situados no interior dos entes parciais (Estados), no rol dos integrantes do pacto federativo brasileiro. Neste sentido, regra geral, os Municípios geralmente não são considerados entes federados, à exceção do Brasil, muito embora desfrutem de razoável autonomia e competências constitucionais, na maioria dos casos. Resta indubitável a opção do legislador constituinte originário brasileiro. Os municípios integram a nossa federação, conforme visualização dos artigos 1º e 18, do Texto Constitucional de 1988; a autonomia local foi elevada ao patamar de *princípio constitucional sensível*, consoante leitura do artigo 34, VII, c<sup>470</sup>, da mesma Carta, e seu afrontamento poderá ensejar a mais grave sanção existente no sistema ora em análise, qual seja: intervenção federal no Estado desrespeitoso. Observe-se que a Constituição de 1946 já havia ampliado a autonomia deste ente federativo, embora não houvesse consagrado de forma tão ostensiva e contundente como o fez a Carta de 1988, sendo ali disciplinados artigos específicos (29 a 31 da CF/88) e sobrelevando o mesmo no quesito disciplinamento da organização político, financeira e administrativa da Federação Brasileira, com expressa menção na repartição de competências.

De acordo com Victor Nunes Leal<sup>471</sup>, quem compara os minguidos produtos da campanha municipalista na Assembleia de 1933-34 com o

---

470 “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...)c) autonomia municipal;”

471 LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil**. 7ª- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 167.

êxito que essa mesma campanha obteve em 1946 não deixa de experimentar certa surpresa ante a relativa rapidez com que a ideia de fortalecer as finanças das comunas amadureceu e frutificou.

Segundo Paulo Bonavides<sup>472</sup>, não se conhece uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia. Nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosas parcelas de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988.

Com o novo delineamento atribuído pela Constituinte de 1988 e de acordo com o citado artigo 29, o Município detém a tríplice capacidade (norteadora da autonomia dos entes federativos): de *auto-organização* – por meio de suas Leis Orgânicas; de *autogoverno* – por intermédio de eleições próprias para os cargos do Poder Executivo municipal – Prefeito e vice e para o Poder Legislativo local – Câmara dos Vereadores, sem ingerência dos outros entes da federação; e o *poder normativo próprio ou de autolegislação* – mediante elaboração de leis municipais circunscritas às suas competências atinentes aos assuntos de interesse local, consoante determina o art. 30, inciso I da CF/88.

Gilberto Bercovici<sup>473</sup> averba que a Constituição de 1988 institui expressamente, em seu artigo 23, o Federalismo Cooperativo, elencando uma série de matérias cuja competência é comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O Federalismo Cooperativo se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de

---

472 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006, pág. 347.

473 BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, págs. 56 e 57.

planejamento e direção. Antes, portanto, de o Estado Social estar em contradição com o Estado Federal, o Estado Social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado Social.

Para Paulo Bonavides<sup>474</sup>, o Art. 30, discriminando a matéria de competência dos municípios, tem uma latitude de reconhecimento constitucional desconhecida nos textos antecedentes de nosso constitucionalismo.

A forma federativa do Estado Brasileiro está protegida no artigo 60, § 4º, inciso I, que versa sobre as proibições de deliberação por emenda constitucional. Apresenta a qualificação de cláusula pétrea. Mesmo que haja certa facilidade de promover emendas à Constituição Brasileira, no caso específico da forma federativa de Estado não há possibilidade de modificação.

O STF utilizou-se da questão atinente à federação nos seguintes casos: (1) ao analisar o art. 18, §3º- da CF/88 consignou que a utilização de termos distintos para as hipóteses de desmembramento de estados-membros e de municípios não pode resultar na conclusão de que cada um teria um significado diverso, sob pena de se admitir maior facilidade para o desmembramento de um estado do que para o desmembramento de um município. Esse problema hermenêutico deve ser evitado por intermédio de interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, sob pena de, caso contrário, se ferir, inclusive, a isonomia entre os entes da federação, bem como que O desmembramento dos entes federativos, além de reduzir seu espaço territorial e sua população, pode resultar, ainda, na cisão da unidade sociocultural, econômica e financeira do Estado, razão pela qual a vontade da população do território remanescente não deve ser desconsiderada, nem deve ser essa população rotulada como indiretamente interessada. Indiretamente interessada - e, por isso, consultada apenas indiretamente, via seus representantes eleitos no Congresso Nacional - é a população dos demais estados da Federação, uma vez que a redefinição territorial de determinado estado-membro interessa não apenas ao respectivo ente federativo, mas a todo o Estado Federal (STF- ADI 2650 / DF, Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento: 24/08/2011); (2) o

---

474 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006, pág. 346.

controle abstrato de lei ou de ato normativo do Poder Público não pode ser o objeto principal da ação cível originária. Necessidade de demonstração de conflito federativo entre os entes da federação (art. 102, inc. I, alínea f, da Constituição da República) – STF- ACO 1574 AgR / CE, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgamento: 19/05/2011; (3) a Constituição da República confere ao Supremo Tribunal Federal a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, “f”), atribuindo-lhe, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A regra de competência inscrita no art. 102, I, “f”, não incide em virtude da mera oposição de interesses entre unidades da Federação (STF- ACO 2713 AgR/RR, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 19/11/2018); (4) responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de direito à saúde (STF- RE 1451895 AgR/AL, Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgamento: 21/11/2023); (5) Distinção entre “conflito entre entes federativos” e “conflito federativo”. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que a simples presença da União e de estado federado em polos distintos da ação não é suficiente para instaurar automaticamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal inserta no art. 102, I, f, da Constituição Federal de 1988. Inexistência de conflito federativo. Demanda versante sobre interpretação de cláusula de convênio celebrado entre entes federados (no caso, entre o Estado de Santa Catarina e a União), relativa, tão somente, à forma de atualização monetária dos valores recebidos por força do ajuste, tem natureza patrimonial, sem potencialidade ofensiva apta a vulnerar os valores que informam o Pacto da Federação, gera a incompetência do STF para processar e julgar o feito (STF- ACO 2101 AgR / SC, Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento: 25/11/2015); (6) “ 1. Agravo regimental em Ação Cível Originária. 2. Fixação de fronteira. Disputa territorial entre Estados da Federação. Art. 12, caput, e § 4º, do ADCT. Prazo de três anos, a contar da data da promulgação da Constituição, para demarcação administrativa entre os envolvidos. Ação proposta antes de findo o prazo constitucional. Judicialização indevida. 3. Falta de interesse de agir. 4. Agravo

regimental a que se nega provimento.” (STF- ACO 445 AgR / ES, Relator: Min. Edson Fachin, julgamento: 22/10/2015).

A adoção da espécie federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade, pois a simples federação pura é tão irrealizável quanto um sistema unitário, pois é uma aliança e estas tendem a não perdurar.

Exsurge a Federação como a associação de Estados (*foedus, foederis*) cujo escopo é a formação de novo Estado, qual seja, o Federal, com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal, caracterizadora dessa igualdade jurídica, considerando que ambos extraem suas competências da mesma norma. Daí cada qual ser supremo em sua esfera, consoante disposto no pacto federal.

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma Constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo federal supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais. Essa decisão está consubstanciada nos arts. 1º a 18 da Carta Política de 1988.

Outrossim, a Constituição deve estabelecer os seguintes princípios: (a) os cidadãos dos diversos estados-membros aderentes Federação devem possuir a nacionalidade única dessa; (b) repartição constitucional de competências entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; (c) necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária para que possua renda própria (autonomia orçamentária); (d) poder de auto-organização dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional; (e) possibilidade constitucional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo, em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis; (f) participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal; (g) possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado; (h) a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da supremacia da Consti-

tuição Federal; (i) soberania da federação; (j) indissolubilidade do vínculo federativo; (l) intervenção estadual nos respectivos municípios de forma excepcional e limitada.

O federalismo salvaguarda o ideário da preservação da unidade em um contexto de diversidade, sendo esse um fator determinante, essa forma de governo foi adotada em países de grandes dimensões territoriais, e conseguiu ordenar políticas econômicas uniformes, além de garantir uma divisão da soberania pela coexistência de muitas ordens de governo sob o manto de idêntica ordem jurídico-política solidária.

O princípio da indissolubilidade em nosso estado federal foi consagrado em nossas constituições republicanas desde 1.891 (art. 1º) e tem duas finalidades básicas: a unidade nacional e a necessidade descentralizadora.

O art. 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; sendo completado pelo art. 18 que prevê que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende *a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*, todos autônomos e possuidores de tríplice capacidade de auto-organização, normatização autóctone, autogoverno e auto-administração.

Com ampla inspiração no modelo estadunidense, o federalismo brasileiro converteu as antigas Províncias em Estados-Membros. Inculpiu o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, para resguardar a unidade nacional e a necessidade descentralizadora o Estado Unitário se caracteriza pela centralização político-administrativa em um único centro de poder produtor da tomada de decisões.

Segundo Gilberto Bercovici<sup>475</sup>, a materialização da coordenação na repartição de poderes são as competências concorrentes. A União e os entes federados concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos. Cada entidade decide, dentro de sua esfera de poderes, de maneira separada e independente, com a ressalva da prevalência do direito federal. Este tipo de repartição é o previsto pelo art. 24 da Constituição de 1988.

Dessa forma, inadmissível qualquer pretensão de separação de um Estado-membro, do Distrito Federal ou de qualquer Município da Fede-

---

475 BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, págs. 59 e 60.

ração, inexistindo no ordenamento jurídico brasileiro o denominado *direito de secessão*. A mera tentativa de secessão do Estado-membro permitirá a decretação de intervenção federal (art. 34, inciso I), devendo sempre a Constituição ser interpretada de sorte que não ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados e Municípios.

Gilberto Bercovici<sup>476</sup> faz uma análise crítica do atual estágio do federalismo brasileiro: é a falta de uma política nacional coordenada, e não a repartição de competências concorrentes e comuns, que faz com que determinados programas e políticas públicas sejam realizados por mais de uma esfera governamental e outros por nenhuma. Falta de coordenação e cooperação, esta que, emblematicamente se revela na ausência da lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 23 da Constituição, que deve regulamentar as normas para a cooperação entre a União e os entes federados. A guerra fiscal, a questão do endividamento dos Estados, a “descentralização por ausência” de políticas sociais e a reconcentração de receitas tributárias na esfera federal demonstram a existência de uma crise no federalismo brasileiro. O discurso oficial de que a Constituição de 1988 descentralizou receitas, mas não encargos ou deveres é falso. A crise fiscal é, hoje, vista como o elemento central dos problemas do federalismo no país. Realmente, o problema fiscal é de fundamental importância, mas ele não explica nem resolve, por si só, os impasses do federalismo brasileiro. O real problema da descentralização ocorrida após 1988 é a falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes federados e a União, ou seja, falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto.

Também Paulo Bonavides<sup>477</sup> critica o federalismo das Regiões brasileiro: faz-se mister introduzir, quanto antes, profunda reforma no sistema republicano federativo, ou seja, acabar com a falsa Federação, que ora existe, preservando, porém, nas instituições o substantivo, e suprimindo o adjetivo por via de uma reforma institucional profunda. Quando se apontam as mazelas estruturais do federalismo brasileiro, o que se deve acabar não é com a Federação em si; esta é perpétua e indissolúvel, con-

---

476 BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, pág. 72.

477 BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 338 e 339.

forme se deduz do §4º- do art. 60 da Constituição, onde se aloja, de maneira explícita e ostensiva, a garantia suprema de sua continuidade. Deve-se acabar, sim, com a composição formalmente dualista do sistema, a dualidade União- Estado- Membro, por estivar-lhe os mecanismos funcionais debaixo do constante açoite de uma realidade nacional perante a qual o modelo, já exaurido, se curva impotente, contraditório, ultrapassado. Em outras palavras, realidade de que o País federal se acha de todo divorciado.

Como corolário da adoção do federalismo cooperativo adotado pela CF/88 que, a par da existência de competências privativas e exclusivas, possuem competência concorrente ou comum para executar tarefas de interesse geral. A nova sistemática significou um importante avanço na execução das tarefas de interesse público, deixando de lado o obsoleto modelo de poder compartimentado, estanque e centralizado, para um modelo que prioriza à cooperação, a ajuda, o mutualismo entre os entes federativos. A Constituição Brasileira de 1988 evidencia o federalismo cooperativo em alguns momentos: competência comum e competência legislativa concorrente.

No modelo de federalismo estadunidense, observa-se que a autonomia dos Estados-Membros é evidente. E, é ela que alimenta os ideais de descentralização e democracia nas Nações centralizadas e autoritárias. Arquétipo que permite a criação de um Estado forte sem o ônus da grande concentração de poder, combinando princípios de representação popular e divisão do poder.

A partir de sua clássica sistemática, o Federalismo consiste na união (ou pacto) de vários Estados em um único, cada qual com certa independência e autonomia interna, porém, submetidos a uma Constituição única que enumera e limita suas competências (art. 25, § 1º da Carta de 1988). Baseia-se, fundamentalmente, na distribuição e exercício do poder político, resultante da necessidade de preservação da diversidade existente nos Estados-membros. Nesse contexto, possui íntima relação com as concepções de soberania e autonomia; sendo a primeira a nota caracterizadora do Estado na ordem internacional, representativa do “poder” e da autoridade suprema, ao passo que a segunda, por seu turno, refere-se à ordem jurídica dividida em domínios particulares internos, ou seja, aos Estados-membros.

O grande desafio do federalismo do Século XXI não está em legitimar a centralização do poder, mas em ampliar e fortalecer todos os entes federativos, ou seja, a necessidade de inclusão e democracia deve ser en-

carada como uma realidade federativa e não como mero recurso, reverberando em todas as esferas da soberania, realidade existente principalmente a partir do contexto dos conflitos surgidos no momento de transpandemia de Covid-19, ou seja, a formalidade cede espaço à materialidade democrática no federalismo, gerando uma extensão que ultrapasse o político e abarque todas as relações sociojurídicas na compleição do Estado de Direito, a fragilização das entidades federativas cede espaço à cooperação, especialmente em sede de políticas públicas.

Normalmente, o direito à saúde é frequentemente demandado na esfera judicial, entretanto, tanto as lides individuais como as coletivas levam à desarticulação das políticas públicas do Estado, as quais são propostas e aprovadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, valorizando o direito de poucos – os que têm acesso ao Judiciário – em detrimento da coletividade. No caso do combate à Covid-19, entretanto, ante a inércia ou falta de atendimento às recomendações da OMS e do próprio Ministério da Saúde, o STF assumiu o protagonismo no atendimento das medidas sanitárias mínimas, conforme as recomendações científicas na preservação da vida humana digna.

A partir da análise de decisões selecionadas proferidas pelo STF observa-se que a concretização do direito fundamental social à saúde no enfrentamento à Covid-19 tem se pautado por critérios de sensibilidade e racionalidade, ausentes na conduta do Presidente da República, respeitados os parâmetros de preservação do federalismo brasileiro, da democracia brasileira e dos freios e contrapesos, conforme propugnado pelo Texto Constitucional de 1988, havendo justo motivo objetivamente aferível.

Ante essa complexa e desafiadora realidade imposta pela Covid-19, Boaventura de Sousa Santos<sup>478</sup> (2020) defende: “Só com uma nova articulação entre os processos políticos e os processos civilizatórios será possível começar a pensar uma sociedade em que a humanidade assuma uma posição mais humilde no planeta que habita”.

Na presente crise humanitária, o Poder Executivo Federal assumiu uma conduta errática e tem mostrado mais falhas que outros governos na luta contra a pandemia. Verifica-se ocultação e falseamento de informações, desprestígio da comunidade científica, minimização dos efeitos potenciais deletérios da pandemia, manipulação da crise humanitária para a

---

478 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. São Paulo: Boitempo, 2020.

criação de crises políticas com modificação arbitrária de ministros e construção de um discurso falacioso, irresponsável e manipulador, como se saúde e economia fossem instâncias antitéticas. Sob o pretexto de salvar a economia, foram geradas políticas públicas sanitárias equivocadas, que geram a necessidade de revisão e o controle pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da ADPF nº. 568/PR, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou a imediata destinação de R\$ 1,6 bilhão ao Ministério da Saúde para custeio de ações de combate ao coronavírus (Covid-19). Conforme diagnóstico do magistrado: “O desafio que a situação atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas é da mais elevada gravidade, e não pode ser minimizado. A pandemia de COVID-19 (Coronavírus) é uma ameaça real e iminente, que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato.” Em julgamento ocorrido no dia 15.04.2020, o STF de forma unânime, reiterou o entendimento do ministro Marco Aurélio Mello de que estados e municípios têm competência para adoção de atitudes que julgarem adequadas diante da crise sanitária, até mesmo porque existem impactos diferenciados em número de casos e mortes por Coronavírus em diversos estados da Federação na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 6341 para explicitar que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) nº. 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

Por outro lado, o relator da ADPF nº. 671, Ministro Ricardo Lewandowski, em 03.04.2020, em decisão monocrática, indeferiu a aludida Ação sob o argumento de que não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19.

A partir da análise de decisões selecionadas proferidas pelo STF no período de pandemia, observa-se que a concretização do direito fundamental social à saúde no enfrentamento à Covid-19 pautou-se por critérios de sensibilidade e racionalidade, ausentes na conduta do então Presidente da República, respeitados os parâmetros de preservação do federalismo brasileiro, da democracia brasileira e dos freios e contrapesos, con-

forme propugnado pelo Texto Constitucional de 1988, havendo justo motivo objetivamente aferível, imprimindo o reconhecimento e fortalecimento do federalismo sanitário.

Afinal, consoante diagnosticado por Luigi Ferrajoli<sup>479</sup>, de fato, a grande conquista do constitucionalismo do século XX foi atacada pelos cortes nos gastos sociais: a dimensão substancial da democracia gerada pelas obrigações de serviços vitais impostas pelos direitos sociais, como fontes de legitimação substancial do sistema político, além de a velha dimensão e legitimação puramente formal expressa pela representação política.

A formação de um genuíno e efetivo federalismo cooperativo, portanto, perpassa pela legitimidade e aprofundamento dos direitos humanos na verticalização da democracia, dos direitos humanos e da cidadania, especialmente em matéria sanitária, vital à sobrevivência da humanidade.

#### 4. Considerações finais

A passagem do federalismo clássico estadunidense para o federalismo balizado pela solidariedade presente na Constituição de 1988, é fruto das contingências que, superando uma conduta meramente negativa a ser assumida em termos de liberdades públicas, faz surgir um modelo de Estado deveria atuante, promotor de igualdade material, na mitigação das problemáticas sociais e atento aos clamores das complexidades socioeconômicas emergentes.

O federalismo clássico tem origem nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787. No sistema federalista, o Estado Federal possui personalidade jurídica de direito público internacional e é detentor de soberania. Pelo arcabouço brasileiro, a União, formada pela reunião das partes componentes, possui personalidade jurídica de direito público interno, dispõe de autonomia e exerce as prerrogativas da soberania do Estado federal. A experiência estadunidense demonstrou que, por parte dos Estados o efeito jurídico de maior relevo foi a perda da soberania.

---

479 FERRAJOLI, Luigi. **Manifesto per l'uguaglianza**. Seconda edizione. Roma: Editori Laterza, 2019, p. 91. Tradução livre: "È stata infatti aggredita, dai tagli alle spese sociali, la conquista maggiore del costituzionalismo novecentesco: la dimensione sostanziale della democrazia generata dagli obblighi di prestazioni vitali imposti dai diritti sociali, quali fonti di legittimazione sostanziale del sistema politico, in aggiunta alla vecchia dimensione e legittimazione puramente formale espressa dalla rappresentanza politica.."

nia que detinham a qual passou a pertencer à União, restando-lhes a autonomia de entes federados. Vale dizer, que as decisões do poder autônomo devem ser tomadas dentro dos limites fixados na Constituição Federal e sujeitas ao controle de constitucionalidade por um órgão da União.

O federalismo cooperativo nacional, engloba os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal como membros ativos, possuindo personalidade jurídica de direito público interno, autonomia e competências próprias. Desde o modelo original estadunidense, as definições e características dos vários tipos de federalismo, todavia, nunca poder ser consideradas como absolutas. Observa-se que a Teoria da Federação apresenta facetas variáveis conforme os dilemas a serem enfrentados nos Estados onde se verifiquem, de acordo com critérios de historicidade.

No caso brasileiro, a Constituição de 1946 consolidou a estrutura cooperativa no federalismo, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar de reforçar o poder federal, a cooperação e a integração nacional.

Sob a égide do federalismo de cooperação, se exige maior coordenação, solidariedade e cooperação entre União, Estados membros e Municípios. A cooperação passa a ser um mecanismo de maior aproximação entre as esferas do poder central em concatenação aos poderes regionais e locais, tendo o princípio da subsidiariedade como balizador da formulação de políticas públicas entre os entes federativos, especialmente em sede de Direito Sanitário.

A principal consequência de pertencer a uma federação é, certamente, ostentar competências constitucionais, exclusivas e comuns, materiais ou legislativas, sem intermediários, soerguendo-se uma paridade federativa que admite raras exceções, a exemplos das intervenções federais e estaduais, e do controle de constitucionalidade das leis municipais, distritais, estaduais e federais.

A Constituição Federal de 1988 não modificou apenas a base Democrática do Estado, mas também as vigas mestras do Federalismo. A grande inovação verificada na República Federativa do Brasil, a partir de 1988, é a inclusão dos Municípios, entes locais situados no interior dos entes parciais (Estados), no rol dos integrantes do pacto federativo brasileiro. Neste sentido, regra geral, os Municípios geralmente não são considerados entes federados, à exceção do Brasil, muito embora desfrutem de razoável autonomia e competências constitucionais, na maioria dos casos. Resta indubitável a opção do legislador constituinte originário brasileiro.

A adoção da espécie federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade, pois a simples federação pura é tão irrealizável quanto um sistema unitário, pois é uma aliança e estas tendem a não perdurar.

O federalismo salvaguarda o ideário da preservação da unidade em um contexto de diversidade, sendo esse um fator determinante, essa forma de governo foi adotada em países de grandes dimensões territoriais, e conseguiu ordenar políticas econômicas uniformes, além de garantir uma divisão da soberania pela coexistência de muitas ordens de governo sob o manto de idêntica ordem jurídico-política solidária.

O real problema da descentralização ocorrida após 1988 é a falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes federados e a União, ou seja, falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto. O grande desafio do federalismo do Século XXI não está em legitimar a centralização do poder, mas em ampliar e fortalecer todos os entes federativos, ou seja, a necessidade de inclusão e democracia deve ser encarada como uma realidade federativa e não como mero recurso, reverberando em todas as esferas da soberania, realidade existente principalmente a partir do contexto dos conflitos surgidos no momento de transpandemia de Covid-19, ou seja, a formalidade cede espaço à materialidade democrática no federalismo, gerando uma extensão que ultrapasse o político e abarque todas as relações sociojurídicas na compleição do Estado de Direito, a fragilização das entidades federativas cede espaço à cooperação, especialmente em sede de políticas públicas.

Considerando a complexa realidade oriunda do contexto de transpandemia, é intrínseca a relação entre a solidariedade que visa ao desenvolvimento regional e o federalismo cooperativo, democrático e inclusivo na construção e reconhecimento de um genuíno federalismo sanitário.

## Referências

- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. 1ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 1ª ed. 13ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões.** 3<sup>a</sup>- edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18<sup>a</sup>- edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado.** 10<sup>a</sup>- edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CANAL-FORGUES, Éric. RAMBAUD, Patrick. **Droit international public.** 2e- édition. Paris: Champs Université, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7<sup>a</sup>- edição. 2<sup>a</sup>- Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Manifesto per l'uguaglianza.** Seconda edizione. Roma: Editori Laterza, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia.** Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** Selección y traducción: Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. 4<sup>a</sup>- edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil.** 7<sup>a</sup>- edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LIPSKY, Seth. **The citizen's constitution.** New York: Basic Books, 2011.
- LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución.** Tradución: Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo Coronavírus (Covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, p. 76-100, 2020.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais.** 8<sup>a</sup>- edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus.** São Paulo: Boitempo, 2020.



# OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM COTEJO COM A EXTENSÃO DA IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES

*Ana Alice De Carli  
Nathália de Oliveira Sampaio do Nascimento*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A liberdade de expressão como valor constitucional amparado na dignidade da pessoa humana 3. A liberdade de expressão: princípio e direitos fundamentais 4. A liberdade de expressão nos discursos parlamentares e o princípio da imunidade parlamentar. 5. As prerrogativas parlamentares e seus limites. 6. Considerações finais. Referências.

## 1. Introdução

O direito constitucional tem papel relevante quando se busca a efetividade dos direitos fundamentais e, bem assim, das garantias, pois estas têm por finalidade assegurar o exercício dos direitos, cujas características são - em especial - a fundamentalidade e a essencialidade na vida dos seres vivos em geral.

Desse modo, este ramo do direito encontra em uma Constituição o seu abrigo maior, pois é nela que ficam, em regra, albergados o rol de direitos e garantias fundamentais. A Carta Maior Brasileira de 1988, por exemplo, além de prever expressamente extenso catálogo de direitos fundamentais, contempla ainda aqueles de correntes de Tratados Inter-

nacionais sobre Direitos Humanos. Com efeito, considera-se também certos direitos, que a despeito de não estarem formalmente previstos na referida Constituição, são materialmente fundamentais, à guisa de ilustração pode-se trazer à baila: o direito às honras do sepultamento, já defendido por Sófocles, em sua obra *Antígona*, escrita em 442 a. C.<sup>480</sup>. Também importante destacar o direito ao casamento homoafetivo, e, bem assim, os direitos ao acesso à água segura e ao saneamento básico.

Sem dúvida, a Constituição de um país, além de contemplar a estrutura de poder, diz muito sobre a sociedade estatal, sendo relevante em um Estado Democrático, no qual se busca o respeito e o cumprimento das normas garantidoras de direitos.

A concepção de um Estado Democrático de Direito pressupõe a eficácia da aplicabilidade de valores fundamentais, como mínimo existencial para preservar a dignidade da pessoa humana, que por sua vez legitima o próprio sistema constitucional pelos seus mecanismos de democracia participativa. Sob esta óptica, deve-se conceber as concepções de supremacia da Constituição e sua força normativa, de jurisdição constitucional e do Direito Constitucional, como sistema normativo composto por princípios e regras jurídicas<sup>481</sup>.

Assim, neste ensaio acadêmico busca-se perfilar aspectos relevantes sobre o direito/garantia à liberdade de expressão no contexto da imunidade material dos parlamentares.

Após a constitucionalização e redemocratização do Brasil, a liberdade de expressão ganhou importante destaque no processo de concretude dos direitos fundamentais, porquanto os cidadãos em geral começaram viver seu direito à livre manifestação de suas opiniões. Vale acrescentar que a liberdade de expressão está vinculada à garantia de liberdade, consagrada no *caput* do art. 5º, da CF/88<sup>482</sup>.

Todo direito fundamental e - ou - garantia fundamental encontram na Constituição os limites para o seu exercício. Embora a liberdade de expressão, em regra, não estar sujeita a censura prévia, há de se conside-

---

480 SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de J. B. de Mello e Souza. Disponível em <https://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.

481 CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: O papel do poder judiciário na sua efetivação**. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p.10. 2011.

482 *Ibidem*. *Idem*.

rar que qualquer ato externalizado que possa trazer danos a alguém ou a alguma instituição será passível de sanções. Com efeito, mas as responsabilidades ulteriores devem ser expressamente fixadas no ordenamento jurídico, com vistas a assegurar o devido processo legal – este plasmado na Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental.

No âmbito das manifestações dos parlamentares, este texto tem por desiderato cotejar os limites da liberdade de expressão com a extensão da imunidade material que eles possuem como prerrogativa inserta na Constituição Federal de 1988.

## **2. A liberdade de expressão como valor constitucional amparado na dignidade da pessoa humana**

No que diz respeito à noção de liberdade, José Afonso da Silva<sup>483</sup> faz distinção entre princípio da liberdade e direito de liberdade. Segundo o constitucionalista, o princípio da liberdade manifesta-se por meio de outros valores, como a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão.

Já ao trazer a noção de direito de liberdade, Silva desdobra a liberdade em: 1. *interna* – “liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença”), ou seja, trata da liberdade de cada indivíduo de pensar ou sentir qualquer coisa no âmbito de seu universo interior; e 2. *externa* – “liberdade objetiva” – é a liberdade “de expressão externa do querer individual”<sup>484</sup>, que, se não levar em conta outros valores constitucionais pode violar a esfera de outras pessoas, havendo, portanto, possível responsabilização.

Quanto ao alcance e limites da liberdade de expressão pode-se dizer que não existe consenso na literatura do tema, especialmente no que se refere aos parlamentares no exercício de suas funções. Ou seja, no tocante ao seu *freedom of speech*, a sua liberdade de opinião.

Há de se ter em conta, seja em qualquer momento, ou qualquer forma de manifestação de pensamento que a República Federativa do Brasil de 1988 elevou ao patamar de princípio a dignidade da pessoa humana, *ex vi* art. 1º, inciso III, o que implica dizer que se trata de uma norma diretriz de todo o ordenamento jurídico e das ações públicas e privadas.

---

483 SILVA, José Afonso da. A liberdade no mundo contemporâneo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol. 8, n. 14, jan.jun.2016, p. 99-111. Curitiba. Acesso em: 24 jan. 2024.

484 *Ibid.* p. 106.

O aspecto semântico, bem como a extensão do princípio da dignidade humana é um tanto subjetivo, sendo um conceito o de contornos vagos e imprecisos<sup>485</sup>. Ainda, no que diz respeito à *ratio* subjacente ao princípio da dignidade da pessoa humana, merecem realce as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, que, no exercício do ofício de magistrado, assim se pronunciou<sup>486</sup>:

(...) este princípio proíbe a utilização ou transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas e humilhações.

Em outras palavras, ao assumir compromisso com a dignidade humana, a Constituição define os princípios que orientam o agir da coletividade, estabelecendo premissa de natureza antropológico-cultural<sup>487</sup>. Dessa forma, o respeito à dignidade humana, como corolário das relações jurídicas, fundamenta a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída, devendo o Estado fornecer proteção pluridimensional contra todo e qualquer perigo que possa ameaçar os direitos fundamentais, por meio de um aperfeiçoamento *jus*-fundamental.

É possível extrair da Constituição Federal de 1988, já em seu art. 1º e em seu preâmbulo, a clara conexão entre dignidade humana e democracia liberal, observando do ponto de vista do cidadão. Existe neste contexto irrevogável requisito para o exercício dos direitos políticos, com a participação direta dos cidadãos, consagrada no direito de sufrágio universal. Assim, entende-se que a dignidade humana também encontra uma dimensão no direito de participação e conformação política, constituindo um pilar fundamental da democracia<sup>488</sup>.

---

485 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 1, Edição. Livraria do Advogado Editora LTDA. 2005.

486 BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.969-4/PR**, publicado em 30.09.2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2024.

487 Ibidem. Idem.

488 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 133.

### 3. A liberdade de expressão: princípio e direitos fundamentais

Retomando lições de José Afonso da Silva, “a liberdade no mundo contemporâneo tem conteúdo de princípio e de regras de direito da liberdade e sua vinculação intrínseca com o princípio da igualdade que se conjugam para a realização plena da justiça para todos”<sup>489</sup>.

Para André Lalande, a liberdade é “o estado daquele que faz aquilo que quer e não aquilo que outrem pretende que ele faça; é a ausência de constrangimento alheio”<sup>490</sup>. Por conseguinte, tem-se uma ideia de liberdade atrelada a uma independência interior do homem em um sentido amplo. Quando consideradas as liberdades individuais em um contexto cultural, ocorre uma única aplicação do sentido político e social<sup>491</sup>. Logo, a ausência de restrição e limites ao cidadão enseja a existência de qualquer comportamento que não esteja expressamente proibido pela lei. Com efeito, conforme estabelece o princípio da legalidade aplicada aos indivíduos, os mesmos podem fazer tudo que não esteja vedado em alguma norma jurídica.

Em alguns países da Europa predomina ainda o entendimento de que a liberdade de expressão, como direito fundamental do indivíduo, abrange não apenas a liberdade de expressão em sentido estrito, mas também a liberdade de informação<sup>492</sup>. Isto ocorre pois o exercício da liberdade de expressão está fundamentalmente vinculado à possibilidade de alcance de notícias verdadeiras, com relevância pública. Vale realçar que essas liberdades não devem ser confundidas, dado que a liberdade de expressão em sentido estrito está no plano de exposição de ideias, opiniões e pensamentos, não necessariamente atrelada a veracidade de algum fato<sup>493</sup>. Por outro lado, a liberdade de informação exige fidelidade na divulgação de fatos de relevância pública, na medida em que o seu receptor seja capaz de formular suas opiniões a partir dela<sup>494</sup>.

À guisa de ilustração, nos Estados Unidos, a maioria de seus estados

---

489 SILVA, op. cit. p. 110.

490 LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 3, Edição. Livraria Martins Fontes, 1999, p. 625.

491 FIORILLO, Celso; FERREIRA, Renata. **Liberdade de expressão e direito resposta na Sociedade da Informação**. 1, Edição. Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2017.

492 CHEQUER, Claudio. *Op. Cit.* p. 11.

493 Decisão do Tribunal Constitucional da Espanha - STC 107/88.

494 CHEQUER, Claudio. *Op. Cit.* p. 12.

aplica a defesa do fair comment<sup>495</sup> quando ocorre a mera manifestação de opiniões acerca de fatos públicos, não discorrendo sobre enganos com relação a fatos e notícias.

Oportunas neste momento são as palavras de Luís Roberto Barroso<sup>496</sup>:

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade - ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível [...] pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério de sua veracidade.

Nessa perspectiva é importante realçar que a análise e a observação críticas devem integrar a relação entre informação e liberdade de expressão. No tocante à liberdade de expressão como direito fundamental, Eric Barendt justifica tal concepção a partir da ideia de que se trata de premissa necessária ao pleno desenvolvimento dos indivíduos<sup>497</sup>.

O exame da liberdade de expressão como garantia de autossatisfação pessoal pode ser fundamentada no pensamento kantiano, de que “o homem é um fim em si mesmo”<sup>498</sup>, ou seja, a sua satisfação, e o próprio desenvolvimento de suas capacidades como ser humano compreendem a

---

495 É um termo utilizado por advogados de defesa em casos sobre difamação, alegando que o posicionamento do réu era apenas uma opinião e não uma manifestação da verdade crua dos fatos.

496 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, p. 18, jan./mar. 2004.

497 *Ibidem. Idem.* p. 17.

498 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

finalidade de sua existência. Tal concepção encontra ainda outros simpatizantes, tais como Ronald Dworking, C. Edwin Baker, Robert C. Post e Martin Redish<sup>499</sup>.

A liberdade de expressão também consubstancia a garantia de mudanças da sociedade, de forma que racionaliza tais transformações, com vistas a permitir que a humanidade aprimore as suas potencialidades<sup>500</sup>.

#### **4.A liberdade de expressão nos discursos parlamentares e o princípio da imunidade parlamentar**

As imunidades parlamentares possuem papel central na manutenção do Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção conferida aos parlamentares, quanto aos votos e opiniões deve ser concebida de maneira a compatibilizá-la com a ordem democrática vigente, definindo os seus limites. Ou seja, os eleitos pelo povo não podem falar tudo que acham que podem, sob pena de violar a própria garantia de expressão inserta na norma da imunidade conferida a eles pela Constituição Federal de 1988.

Desde os tempos remotos, a exemplo da Grécia e Roma Antigas, as sociedades buscam proteger seus parlamentares. Tal realidade podia ser constatada a partir da maneira como os cidadãos se reuniam na cidade-Estado de Atenas, por meio de assembleias para discutir e votar leis. Para o uso da palavra, o cidadão usava uma coroa na cabeça, conhecida como Coroa de Mirto, que conferia a ele proteção em suas opiniões e votos, tornando a tribuna um local sagrado e inviolável<sup>501</sup>.

As noções de liberdade de discurso e a garantia contra a prisão são originadas do sistema constitucional inglês durante o final do Sec. XVII, momento em que se considerava de extrema importância afastar quaisquer acusações quanto às palavras proferidas por autoridades em debates acalorados nos parlamentos ou fora deles. Nesse sentido pontua Alexandre de Moraes<sup>502</sup>:

a criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitu-

---

499 CHEQUER, Claudio. *Op Cit.* p. 18.

500 *Ibidem. Idem.* p. 344.

501 KURANAKA, Jorge. **Imunidades Parlamentares.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. pp. 92-93.

502 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 465.

cional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade da palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária) no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento.

As imunidades parlamentares encontram na Europa destaque importante, o que pode ser inferido no período entre o final do século XVI e o início do século XVII, no qual o rei e os seus parlamentares tinham diversos empasses, especialmente no que tange à dinastia de Stuart. À guisa de ilustração, vale lembrar que o monarca Jaime I desmanchou seu segundo parlamento, prendendo 14 deputados<sup>503</sup>. Assim, diante da clara perseguição aos congressistas, que possuíam divergências com a monarquia, foi necessário que o rol de proteção às suas prerrogativas fosse ampliado.

Posteriormente, outros países começaram a pensar sobre o instituto da imunidade parlamentar. Na Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, por exemplo<sup>504</sup>:

Em nenhum caso, exceto traição, felonias e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua frequência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara” (art. 1º, seção 6).

Em junho de 1789 a Assembleia Nacional Francesa também fez menção às imunidades parlamentares, haja vista o debate entre os congressistas e os monarcas, com a sua constitucionalização em 1791, conforme se observa<sup>505</sup>:

Os representantes da nação são invioláveis, não poderão ser processados, acusados nem julgados, em tempo algum, pelo que tiverem proferido, escrito ou praticado no exercício de suas funções de representantes.

Somente poderão ser presos, por fato criminoso, em flagrante delito ou em virtude de mandado de prisão, dando-se ciência imediata ao Corpo

---

503 GUIMARÃES, Abel Balbino. *Op. Cit.* p. 27.

504 MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 457.

505 KURANAKA, Jorge. *Op. Cit.* p. 97.

Legislativo. O processo somente poderá continuar depois que o corpo Legislativo houver decidido sobre a procedência da acusação.

Atualmente grande parte das constituições preveem as garantias de livre exercício do Poder Legislativo. Como nos informa Alexandre de Moraes<sup>506</sup>, a imunidade parlamentar foi tema tratado primeiramente na Constituição Imperial de 1824, em que era concedido aos membros do Parlamento as inviolabilidades pelas suas opiniões, votos e palavras que fossem declaradas no exercício de suas funções, assim como a garantia do parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Também foi estipulado que o prosseguimento da ação penal dependeria de licença da casa respectiva do parlamentar acusado, conforme pode ser observado abaixo<sup>507</sup>:

Art. 26. Os membros de cada uma das Camaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital.

Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Camara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções.

Com a proclamação da república brasileira surgiu nova Constituição em 1891, a qual faz menção às imunidades materiais e formais, sendo previsto que os deputados e senadores seriam invioláveis durante todo o exercício de seu mandato por suas palavras, opiniões e votos. Ademais, os parlamentares também não poderiam ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, exceto em casos de flagrante de crime inafiançável.

A Constituição Federal de 1934 manteve a essência das imunidades concedidas aos parlamentares, estendo-as ao suplente imediato do Depu-

---

506 MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 457.

507 BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Rio de Janeiro/RJ. Conselho de Estado, 1824.

tado em exercício<sup>508</sup>. Posteriormente o texto foi modificado na íntegra, com a publicação da Constituição Federal de 1937 os deputados e senadores passaram a ser responder por calúnia, difamação, injúria ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

A Constituição Federal de 1946, por sua vez, trouxe certas regras para a deliberação da Câmara quanto ao seu parlamentar, no caso a decisão seria tomada pelo voto da maioria, sendo que em caso de crime comum, se a licença para o processo criminal não estivesse resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, este seria incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (EC 9<sup>o</sup>)<sup>509</sup>. Na carta de 1967 as imunidades mantiveram-se, no entanto em 1969 uma emenda constitucional autorizou que os deputados e senadores fossem penalizados em caso de crimes contra a Segurança Nacional.

Em 1988, com a promulgação da denominada “Constituição Cidadã”, as imunidades material e formal estão previstas no art. 53:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

Vale dizer que a Carta Constitucional de 1988 assegura aos parlamentares a liberdade de fala, no entanto cabe realçar que nenhuma prerrogativa está isenta de responsabilização, haja vista que não há direito e/ou garantia absoluta.

Consoante o dicionário Houssais<sup>510</sup>, as imunidades parlamentares

---

508 MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 458.

509 *Ibidem. Idem.* p. 459.

510 HOUAISS, Antônio.; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1059.

consubstanciam um conjunto de privilégios, vantagens ou isenções de ônus ou encargos concedidos a certas pessoas em função de cargo ou função exercida. A *ratio essendi* dessas imunidades está fundada no princípio da independência dos Poderes.

Segundo lições de Carlos Maximiliano a “imunidade parlamentar é a prerrogativa que assegura aos membros do Congresso a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violências por parte dos outros poderes”<sup>511</sup>. Nas palavras de Wilson Accioli tais imunidades se tratam de “prerrogativas e garantias de que gozam os membros dos órgãos legislativos, tendo por escopo a proteção do exercício amplo de seus mandatos”<sup>512</sup>.

Alexandre de Moraes considera que “as imunidades são garantias funcionais, normalmente divididas em material e formal, são admitidas nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e para evitar desfalques na integração do respectivo quórum necessário para deliberação”<sup>513</sup>. Com efeito, Pedro Lenza considera que as “Imunidades parlamentares são prerrogativas inerentes à função parlamentar, garantidoras do exercício do mandato, com plena liberdade. Não se trata de direito pessoal ou subjetivo do Parlamentar, na medida em que, como se disse, decorre do efetivo exercício da função parlamentar. Assim, não podemos confundir prerrogativa com privilégio.”<sup>514</sup>.

Da análise dos conceitos acima expostos, percebe-se que as imunidades possuem por escopo a preservação do exercício pleno dos mandatos de seus parlamentares, assegurando a independência do Poder Legislativo perante os demais poderes, ou seja, o que se busca é a liberdade de expressão em teoria plena dentro do exercício do mandato, de maneira que os outros poderes não venham a restringir sua execução por perseguições políticas e partidárias.

A existência das imunidades possui finalidade clara, o que fundamenta a razão de sua existência, servindo como um dos pilares da democracia e da observância do princípio constitucional da separação dos poderes, conforme preconiza Alexandre de Moraes,

---

511 KURANAKA, Jorge. *Op. Cit.* p. 90.

512 *Ibidem.* *Idem.*

513 MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.460.

514 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 937.

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação dos Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Vale acrescentar que as imunidades não são individuais, tanto é que elas não passíveis de renúncias, pois protegem um bem público<sup>515</sup>. Não se olvide que o parlamentar é um mero precursor da vontade de seus eleitores, sua figura pertence ao próprio povo, com as prerrogativas inerentes apenas a função que exerce. Suzana de Toledo Barros pontua que as prerrogativas parlamentares se estendem tão somente ao mandato, haja vista a necessidade de preservação de sua representação popular, logo, elas serão aplicadas utilizando o princípio da razoabilidade, evitando o endeusamento de políticos, para que possa atingir o seu objetivo<sup>516</sup>.

As imunidades parlamentares se dividem em duas espécies. Enquanto a imunidade material tem o propósito de assegurar ao parlamentar no exercício de seu mandato ou em conexão com ele, expressar suas opiniões, palavras e votos. Já a imunidade formal está relacionada à prisão por crimes inafiançáveis e aos processos criminais que eventualmente possam ser movidos contra o parlamentar, de acordo com o que está previsto nos parágrafos 2º ao 5º, do artigo 53, da Constituição Federal de 1988.

Segundo Gilmar Mendes, a imunidade material, prevista no art. 53, *caput*, da CFRB/88, possui um alcance limitado pela própria finalidade que a enseja. Cobra-se que o ato, para ser tido como imune à censura penal e cível, tenha sido praticado pelo congressista em conexão com o exercício do seu mandato, após aferir se de fato o ato está inserido no âmbito da imunidade material, não é necessário indagar se o ocorrido poderia ser tido como crime<sup>517</sup>.

---

515 MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 414.

516 BARROS, Suzana de Toledo. **Jurisdição Constitucional em Movimento**. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (org). *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 357.

517 MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1237.

Oportunas também são as palavras de Cezar Roberto Bitencourt<sup>518</sup>:

Por outro lado, embora a locução quaisquer de suas opiniões possa sugerir que todas as manifestações do parlamentar estariam acolhidas pela inviolabilidade penal, inclusive quando proferidas fora do exercício funcional, não se lhe pode atribuir tamanha abrangência; conflitativa, com efeito, com os princípios éticos orientadores de um Estado Democrático de Direito, no qual a igualdade assume o status de princípio dos princípios, além de divorciar-se de sua verdadeira finalidade, qual seja, a de assegurar o exercício pleno e independente da função parlamentar. Assim, conquanto o nexó funcional não se encontre expresso, quer-nos parecer que se trata de pressuposto básico legitimador da inviolabilidade parlamentar, cuja ausência transformaria a inviolabilidade em privilégio odioso.

As imunidades parlamentares não podem servir de escudo para liberdades que extrapolem o interesse público, conquanto devem somente proteger o parlamentar enquanto ele representa a vontade popular em seu ofício no parlamento.

Vale destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil destina aos congressistas as imunidades parlamentares acima descritas, entretanto, impõe aos vereadores tratamento diferenciado. Na condição de parlamentares municipais não lhes é dada a prerrogativa de ter os seus processos sustados pela Câmara Municipal, pois, consoante art. 29, inciso VIII, da CRFB/88, sua imunidade material está restrita aos limites territoriais de seu município. Como preconiza Pedro Lenza<sup>519</sup>:

De acordo com o art. 29, VIII, como já visto, os municípios reger-se-ão por lei orgânica, que deverá obedecer, dentre outras regras, a da inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município. Ou seja, o vereador municipal somente terá imunidade material e na circunscrição municipal, não lhe tendo sido atribuída a imunidade formal ou processual.

---

518 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v1. 11 ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 185.

519 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 329.

Por sua vez, os deputados estaduais possuem o mesmo tratamento dispensado aos deputados federais, nos termos do art. 27, § 1º, da CRFB/88.

De fato, as imunidades parlamentares são institutos importantes para assegurar a liberdade de atuação dos representantes do povo, uma vez que possuem o propósito finalístico de impedir a perseguição política e a dependência do poder legislativo dos demais órgãos. No entanto, pontua Suzana de Toledo Barros que se deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade para a caracterização da imunidade parlamentar, haja vista a proibição dos excessos e das insuficiências, com vistas a não enfraquecer a democracia<sup>520</sup>.

Tais excessos podem ser descritos como a proteção indiscriminada a qualquer discurso proferido por congressistas no exercício de seu mandato, pois ainda que a imunidade material afaste qualquer tutela penal quanto a temática, o controle político ainda poderá ser exercido, como ocorre em casos de quebra decoro parlamentar<sup>521</sup>.

## 5. As prerrogativas parlamentares e seus limites

O Constituinte Originário brasileiro de 1988 reservou ao parlamento o direito de cassar e penalizar os congressistas se eles agirem de modo incompatível com o decoro parlamentar. Nesse sentido esclarece Carla Costa Teixeira<sup>522</sup>, que o decoro resulta da:

compreensão de que, no universo da honra, a conduta desonrada não se esgota no indivíduo que a cometeu, mas compromete todo o coletivo a que ele pertence. Pois se um membro partilha da honra de seu grupo, e com este se identifica predominantemente, a sua desonra se reflete sobre a honra de todos. Havia, assim, uma honra coletiva a ser preservada, que encontrou expressão na noção de decoro parlamentar.

---

520 BARROS, Suzana de Toledo. *Op Cit.* pp. 357-358.

521 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 9165**. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgamento em: 22/03/2021, órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444365/false>, p. 3

522 TEIXEIRA, Carla Costa. **Decoro parlamentar: a legitimidade da esfera privada no mundo público?**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 30, p.110-127, 1996.

Em outras palavras, o decoro parlamentar é consequência de um padrão de agir esperado dos parlamentares, sejam eles vereadores, deputados estaduais, federais ou senadores. Assim, aquele que se encontra na posição de representante do povo deve ter a sua conduta baseada em um procedimento ético-moral que se revela nas suas falas e imagens.

Sua principal finalidade seria a possibilidade de excluir qualquer um que pudesse comprometer a imagem do Estado e do Órgão Legislativo, com vistas a preservar a confiança depositada pelo povo nas instituições. Se um único membro do parlamento se comporta indignamente, toda a Casa dos Representantes é exposta ao ridículo. Miguel Reale assevera que “no fundo, falta de decoro parlamentar é a falta de decência no comportamento pessoal, capaz de desmerecer a Casa dos Representantes (incontinência de conduta, embriaguez, etc.) e falta de respeito à dignidade do Poder Legislativo, de modo a expô-lo a críticas infundadas, injustas e irremediáveis, de forma inconveniente”<sup>523</sup>. Assim, a questão não se assenta sobre a possibilidade de o parlamentar ferir a moral ou a ética comuns - que não poderiam ser apreciados por meio de critérios subjetivos -, mas sim sobre a possibilidade de ele manchar a imagem da sua Casa Legislativa.

Entretanto, ainda que a Constituição discrimine os casos passíveis de violação do decoro parlamentar, o seu entendimento é considerado indeterminado por conta de sua carga axiológica e de sua descrição aberta do tipo disposto no regimento<sup>524</sup>. Não obstante, tal indeterminação é necessária para que ele atinja os seus propósitos. Nessa trilha, Carla Costa Teixeira compreende “o decoro parlamentar, como um código de honra, precisa se referir aos valores de uma época e de um grupo. Vem daí sua necessária imprecisão, sua natureza avessa à plena tradução em atos especificados juridicamente”<sup>525</sup>.

A seguir, para ilustrar a realidade brasileira quanto à concepção acerca das manifestações que teriam o condão de se caracterizar como quebra de decoro parlamentar, examinar-se-á um caso emblemático de um deputado federal que teve seu mandado suspenso pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

---

523 REALE, Miguel. **Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 10, p. 87-93, out./dez. 1969.

524 BOM, Eduardo Fortunato. **A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar**. Revista de Informação Legislativa, 2006. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/43/169/ri\\_l\\_v43\\_n169\\_p65.pdf](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/43/169/ri_l_v43_n169_p65.pdf). Acesso em: 10 de nov. de 2023.

525 TEIXEIRA, Carla Costa. *Op. Cit.* p.124.

Quanto aos limites da imunidade parlamentar, oportuno trazer à baila julgado marcante do STF, quanto à possibilidade de caracterizar a fala de um parlamentar como discurso de ódio. Trata-se do Inquérito 4.694/DF, em que a Primeira Turma decidiu rejeitar denúncia em face de deputado federal por suposto delito de incitar ou induzir discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, nos termos do art. 70 do Código Penal. O Relator Ministro Marco Aurélio, ao proferir o seu voto, ponderou se o pronunciamento feito pelo parlamentar possuía conexão com o exercício de seu mandato, concluindo pela não violação aos limites da imunidade material, uma vez que o teor de seu discurso exemplificava sua visão geopolítica e econômica do país.

Também estão enquadradas no âmbito da atuação parlamentar as falas alusivas à política de imigração nacional, consoante se percebe da leitura de discursos na Câmara, respectivamente, em 12 de agosto de 2015, 26 de outubro e 6 de dezembro de 2016, 14 de abril e 17 de maio de 2017

[...]

Tem-se, uma vez existente o nexo de causalidade entre o que veiculado e o mandato, a imunidade parlamentar. Declarações, ainda que ocorridas fora das dependências do Congresso Nacional e eventualmente sujeitas a censura moral, quando retratam o exercício do cargo eletivo, a atuação do congressista, estão cobertas pela imunidade prevista no artigo 53, cabeça, da Constituição Federal, a implicar a exclusão da tipicidade. Precedentes: inquérito nº 3.817 e petição nº 6.005, ambos examinados na Primeira Turma, de minha relatoria, e inquérito nº 510, Pleno, relator ministro Celso de Mello<sup>526</sup>.

Quanto ao suposto delito por comportamentos discriminatórios, o Min. Marco Aurélio ressalta a necessidade de proceder à interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal. Assim se utilizaria a doutrina de Norberto Bobbio para identificação do discurso discrimina-

---

526 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, **Inq. 4.694/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de: 11 de set. de 2018. Disponível em: <https://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>. Acesso em: 10 de nov. de 2023.

tório que possui três requisitos, a saber: (I) a constatação da diferença entre dois indivíduos; (II) o juízo de valor sobre tal diferença, determinando que um é superior ao outro; (III) a afirmação de que o superior deve governar e subjugar o inferior<sup>527</sup>. Isto posto, ao averiguar o conteúdo do discurso proferido pelo parlamentar, entendeu que elas não possuíam como finalidade a opressão de uma determinada comunidade, resguardando apenas mera concepção de superioridade, cujo perigo é abstrato e insere-se na liberdade de manifestação de pensamento.

Entretanto, sob o viés do Min. Luís Roberto Barroso, a manifestação proferida pelo parlamentar se configuraria como discurso de ódio, por revelar nitidamente a sua aversão quanto aos grupos minoritários, historicamente violentados e vulneráveis. Logo, a permissão de discursos assim na esfera social deve ser rechaçada, com vistas a preservar a dignidade humana das comunidades marginalizadas.

A proteção dos direitos fundamentais das minorias é um dos papéis e, talvez, um dos papéis mais importantes de um Tribunal Constitucional. Eu bem diria para as pessoas que podem se sentir afetadas na sua autoestima por declarações tão contundentes, lembro de uma passagem da Eleanor Roosevelt, em que ela dizia que ninguém nesse mundo pode fazer você se sentir inferior sem a sua colaboração. Portanto, para não aceitar o preconceito e a discriminação, basta não aceitar, mas eu penso que as instituições devem inaceitar esse tipo de manifestação.

A Min. Rosa Weber diverge quanto ao Min. Luis Roberto Barroso e entende que as manifestações do deputado se tratam de meras expressões de sua liberdade de expressão. Não obstante, estas manifestações ofensivas não guardaram relação com a atividade parlamentar, razão pela qual ela considera inaplicável a imunidade do art. 53, da CRFB/88.

A atividade parlamentar, como se sabe, tem no uso da palavra sua expressão mais significativa. Por outro lado, o abuso da palavra pode ter implicações civis e criminais. Dentre os interesses públicos em conflito, quais sejam, a repressão aos delitos de opinião, punição do abuso e a ampla liberdade no uso da palavra pelos parlamentares, optou o constituinte por assegurar esta última realidade, dada a relevância da atividade

---

527 BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 108/110.

parlamentar.

Entretanto, como enfatizado, o que a Constituição visa a proteger é a ampla liberdade no exercício da atividade parlamentar. Bem por isso, este Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao art. 53 da Constituição Federal interpretação no sentido de que só estará presente a imunidade material se as supostas ofensas irrogadas guardarem conexão com o exercício da atividade parlamentar<sup>528</sup>.

O Min. Luiz Fux em concordância com o Min. Marco Aurelio, também se utiliza da doutrina de Norberto Bobbio para a caracterização do discurso discriminatório, considerando que as manifestações do parlamentar apesar de terem um teor preconceituoso, não deveriam estar sujeitas à censura da lei penal.

Considerando a íntegra dos votos dos ministros para rejeitar as denúncias em face do parlamentar, pode-se extrair a atual posição acerca do reconhecimento de um discurso de ódio no Supremo Tribunal Federal, evidenciando a falta de um conceito específico quanto ao tema, restando como referência os ensinamentos do filósofo Norberto Bobbio. Neste diapasão, a doutrina se mostra insuficiente para proteger a dignidade dos grupos minoritários, uma vez que a falta de definição de um discurso discriminatório faculta ao Poder Judiciário a sua caracterização por meio de critérios subjetivos, possibilitando a disseminação de manifestações de caráter preconceituoso entre os parlamentares. Por conseguinte, permite-se que grupos marginalizados sejam sistematicamente atacados ao viabilizar a existência de discursos em que os coloca como inferiores a outros indivíduos.

## 6. Considerações finais

Longe de esgotar a temática trazida à luz neste ensaio acadêmico, reconhece-se que as imunidades parlamentares, para além do seu papel fundamental no equilíbrio entre os três poderes, são uma das expressões do Estado Democrático de Direito. Entretanto, seus limites, quando ultrapassados, podem ser passíveis de responsabilização, especialmente no tocante aos abusos da liberdade de expressão, uma vez que o elo entre o teor de suas falas e o exercício de seu mandato é fundamental para a aplicabilidade do instituto.

---

528 Ibidem. Idem.

O que se observa na *práxis* é certa confusão quanto ao exercício do instituto das imunidades parlamentares, porquanto diversos congressistas acham que podem utilizá-las como um escudo para afastar toda e qualquer responsabilidade pelos seus discursos.

À guisa de conclusão, as imunidades parlamentares são garantias constitucionais que viabilizam um Estado Democrático de Direito, permitindo por meio da democracia deliberativa a efetividade dos direitos fundamentais, restringindo-se somente diante de manifestações que violem o decoro parlamentar, e, bem assim, os valores fundamentais amparados pela dignidade da pessoa humana e pelos princípios republicanos.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Andre. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial**. Revista da EMERJ, v.6, n.23, 2003. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_316.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf). Acesso em: 29 de jun. de 2023.
- BARROS, Suzana de Toledo. **Jurisdição Constitucional em Movimento**. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (org). Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235. 2004.
- BITTENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v1. 11 ed. São Paulo : Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais**. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 26. Edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.
- CHEQUER, Cláudio Márcio de Carvalho. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. 2010. 340 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) - Universida-

- de do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/artigos-de-procuradores/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamental-preferencial-prima-facie>. Acesso em: 30 de mai. de 2023.
- COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **A prevalência da democracia em tempos de provação**. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: Acesso em: 10 de nov. de 2023.
- CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: O papel do poder judiciário na sua efetivação**. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DEWEY, John. **Liberalismo, Liberdade e Cultura**, títulos originais: Liberalism and Social Action e Freedom and Culture, Trad. Anísio Teixeira, São Paulo, Editora Nacional/EDUSP.1970.
- FIORILLO, Celso; FERREIRA, Renata. **Liberdade de expressão e direito resposta na Sociedade da Informação**. 1, Edição. Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012a.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- HOUAISS, Antônio.; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JESUS, Damásio E. **Questões criminais**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. Salvador: Juspodvm, 2012.
- KURANAKA, Jorge. **Imunidades Parlamentares**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LALANDE, Andre. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. 3, Edição. Livraria Martins Fontes, 1999.
- LEITÃO, J. M. Silva. **Constituição e direito de oposição**. Coimbra: Almedina, 1987.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MACIEL, Adhemar Ferreira (Coord.), et al. **Estudos de Direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- MELLO FILHO, José Celso. **A imunidade dos deputados estaduais**. Justitia, São Paulo, 1981, v.43.
- MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- OLIVEIRA, Murilo Kerche; MISAILIDIS, Mirta Lerena. **A democracia participativa como um direito fundamental no neoconstitucionalismo sulamericano**. Disponível em:[http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9cadffd77e30ae45#:~:text=Segundo%20CANOTILHO%20\(2002%2C%20p.,%2Dsocial%20de%20uma%20comunidade%E2%80%9D..](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9cadffd77e30ae45#:~:text=Segundo%20CANOTILHO%20(2002%2C%20p.,%2Dsocial%20de%20uma%20comunidade%E2%80%9D..) Acesso em: 05 de out. de 2023.
- PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, v. II.
- POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1974. v.1.
- PORTILHO, Sergio. **Imunidade parlamentar e sua relação com a impunidade**. Instituto Legislativo Brasileiro, 2016. Disponível em:[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/534711/TCC\\_Sergio%20Portilho%20Simao.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/534711/TCC_Sergio%20Portilho%20Simao.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 20 de mai. de 2023.
- REALE, Miguel. **Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo**. Revista de Direito Público, São Paulo, out./dez. 1969.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. [S.d.]. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/view/12839939/a-liberdade-de-expressao-eo--problema-do-hate-daniel-sarmento>. Acesso em: 02 de nov. de 2023.
- SILVA, César Dario Mariano da. **Afinal, o que são os tais crimes contra o Estado democrático de Direito?** Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: Acesso em: 10 de nov. de 2023.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.
- \_\_\_\_\_. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 1, Edição. Livraria do Advogado Editora LTDA. 2005.

- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.
- SÓFOCLES. **Antigone.** Tradução de J. B. de Mello e Souza. Disponível em <https://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.
- TEIXEIRA, Carla Costa. **Decoro parlamentar: a legitimidade da esfera privada no mundo público?**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 30, p.110-127, 1996.
- ZUCCHINI, Giampaolo. Oposição. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola;

## PENSANDO O CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA ECOLÓGICA

*Tônia Andrea Horbatiuk Dutra*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da necessidade de repensar o constitucionalismo ecológicamente. 3. O Constitucionalismo Andino – um constitucionalismo ecológico transformador. 4. Constitucionalismo, Democracia e Justiça Ecológica. 5. Considerações Finais. Referências

### 1. Introdução

É imprescindível que se promova uma mudança profunda no modo de vida que a humanidade tem adotado, especialmente desde o início da era industrial, baseado na produção e consumo irrefreados e ecologicamente insustentáveis. Essa urgência fica clara diante dos limites planetários<sup>529</sup>, identificados em estudos realizados nas últimas décadas, assim como do risco da sexta grande extinção da biodiversidade<sup>530</sup> e das alterações geofísicas provocadas pelo ser humano no planeta Terra, que definem o Antropoceno<sup>531</sup>.

---

529 Vide ROCKSTRÖM, J; STEFFEN, WL et al. Planetary Boundaries: exploring the safe operating space of humanity. In: **Ecology and society**, vol. 14, n. 2, 2009, 32 p.

530 Vide KOLBERT, Elizabeth. **A sexta extinção: uma história não natural**. Tradução Mauro Pinheiro. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

531 Vide CRUTZEN, P.J. and STOERMER, E.F. **The “Anthropocene”**. Global Change Newsletter, 41, 17, 2000.

As múltiplas crises – de caráter ecológico-climática, econômica, ética, política e social – que assomam neste início de século, colocam a humanidade diante do desafio de repensar importantes concepções e formas de organização social, inclusive no campo jurídico. Nesse sentido, vêm-se desenhando várias abordagens teóricas considerando que o constitucionalismo deveria ser revisitado de modo a tornar-se um instrumento de proteção ecológica planetária.

Soma-se ao quadro, o fato de que a própria concepção de “justo” e de quem deve ser considerado como legítimo interessado integrante da comunidade de justiça, passa por um processo criterioso de revisão, apontando a necessidade de se acolher nessa comunidade os seres não humanos da natureza. Uma justiça “ecológica” que se aplique entre humanos e humanos e não humanos da natureza, nas suas relações, considerados os aspectos da interdependência e da ecodependência.

Há, portanto, que se compatibilizar os institutos e instrumentos jurídicos com o anseio de uma Justiça Ecológica, e é em torno dessa questão que se desenvolve o presente artigo, abordando especificamente o constitucionalismo. A hipótese com a qual se trabalha é a de que a Justiça Ecológica requer um constitucionalismo ecológico democrático, transformador. Assim, utilizando o método hipotético-dedutivo e a metodologia de pesquisa bibliográfica, tratar-se-á do problema proposto a partir dos seguintes tópicos: 1. Da necessidade de repensar o constitucionalismo ecológicamente; 2. O Constitucionalismo andino – um constitucionalismo ecológico transformador; 3. Constitucionalismo, Democracia e Justiça Ecológica.

## **2. Da necessidade de repensar o constitucionalismo ecológicamente**

Embora nos dias de hoje a maior parte das Constituições dos países ao redor do mundo tragam dispositivos referentes à matéria ambiental<sup>532</sup>, que correspondem a aspectos destacados do tema, a necessidade de dar à proteção constitucional da natureza um caráter global torna-se cada vez mais clara. O entendimento que atualmente prevalece é o de que dispo-

---

532 Na atualidade, cerca de 150 Constituições abordam a questão ambiental, sendo 92 (ao menos) – afirmando noventa e duas, um direito ao meio ambiente equilibrado (Sampaio, 2021). SAMPAIO, José A. L. **Os ciclos do constitucionalismo ecológico**. Revista Jurídica FA7, vol. 13, n.2, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6415914>. Acesso em: 10 out/2023.

sitivos constitucionais que estabeleçam genericamente o dever de proteção do meio ambiente, ou mesmo o direito ao ambiente sadio e equilibrado, que valerem em outros períodos, já não atendem às questões relativas ao meio ambiente, as quais têm dimensões globais. Ao mesmo tempo, o caráter ecológico vem à tona, exigindo rever os possíveis sujeitos interessados a quem se voltam os direitos, bem como o alcance da proteção desses direitos.<sup>533</sup> O constitucionalismo desse viés tende a transbordar, assim, tanto os limites da lógica do direito moderno com relação aos sujeitos de direito quanto aos da soberania restrita às fronteiras estatais.

Diferentes motivações surgem no sentido de um constitucionalismo global comprometido com a proteção ecológica, envolvendo desde aspectos relacionados à governança, ao reconhecimento da existência de uma “cultura constitucional” à qual a temática se adequa – o que viria a facilitar a ampliação do tema à esfera supranacional –, até o reconhecimento da urgência de se tratar conjuntamente de forma coordenada os problemas sociais, políticos, econômicos e ambientais, amparando-se na força normativa constitucional.<sup>534</sup> Não se trata, contudo, de um movimento uniforme, ao contrário, há várias correntes de pensamento com proposições voltadas ao tema, que de alguma forma concorrem quando se pretende definir o modelo mais adequado.

O caráter constitucional confere proeminência à matéria ambiental, permite que as soluções em litígios sigam um determinado padrão ao serem orientados pela palavra final da Corte Constitucional – facilitando a governança, além de, em determinados casos – como ocorre no Brasil – ao serem acolhidas internamente as normas internacionais ambientais, receberem status de norma supralegal<sup>535</sup>. Contudo, como bem observa Bookman<sup>536</sup>, enquanto, por um lado, o constitucionalismo tem um potencial relevante em termos de promover a proteção ambiental em termos pla-

---

533 Ibidem.

534 BOOKMAN, Sam. **Demystifying Environmental Constitutionalism**. *Forthcoming, Environmental Law*. Vol. 54. n.1, 2024. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4386508](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4386508). Acesso em: 08 out/2023.

535 SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel Tedesco; FENSTERSEIFER, Tiago. **A equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos**. *CONJUR*. 15/07/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/direitos-fundamentais-equiparacao-tratados-ambientais-aos-direitos-humanos/>. Acesso em: 01 mar/2024.

536 Bookman, op. cit., 2024.

netários, por outro, é necessário levar em conta se a condução dessa governança envolve democraticamente os cidadãos implicados e como isso acontece. Resguardar esse caráter democrático tem sido um ponto nevrálgico das abordagens desse constitucionalismo.

O “Constitucionalismo global ambiental”<sup>537</sup>, como adverte Sampaio<sup>538</sup>, pode ser compreendido como: a expansão da discussão ambiental para a esfera constitucional; como um constitucionalismo global que estabelece instituições e normas ambientais de governança para além dos Estados-nação; uma espécie de constitucionalismo que se estabelece por meio das normas internacionais de matéria ambiental, as quais repercutem nos ordenamentos jurídicos dos países; e, mesmo, como um modo de aproximação e troca no sentido interno/externo entre países, entabulando um diálogo e permitindo definir uma forma de institucionalidade relacionada à matéria ambiental. É, em suma, um modo de fazer convergir o direito constitucional com o direito internacional, os direitos humanos e o direito ambiental.<sup>539</sup>

Segundo o Constitucionalismo Global, de Carducci e Castillo Amaya<sup>540</sup>, por exemplo, a natureza deve ser a “grande norma”, referência para que seja definido em que deve consistir a “boa vida” e o futuro da espécie humana, amparada na prática diária da democracia participativa. É preciso perceber a natureza como um “principio de vida y movimiento” a exemplo da compreensão que expressam os povos originários. Devemos buscar alternativas para a promoção do equilíbrio ecológico sanando as injustiças para a comunidade planetária, levando em conta o déficit ecológico e os limites do modelo civilizatório. Segundo essa proposta, o constitucionalismo deve envolver as relações entre a natureza e a espécie humana, pois o benefício comum não negociável reside na biodiversidade da natureza, que garante a sobrevivência humana. É preciso adotar a democracia, como forma universal de governo das relações humanas, para a sobrevivência global da espécie.

---

537 Há uma série de variantes e denominações para esse constitucionalismo, que é adjetivado como “ambiental”, “verde”, “ecológico”, “ecocêntrico”, “mundial”, “globalizado”, ou uma combinação desses termos, por exemplo. Vide Sampaio, op. cit, 2021.

538 Ibidem.

539 Ibidem.

540 CARDUCCI, Michele; CASTILLO AMAYA, Lidia Patricia. **La Naturaleza como “Grundnorm” y “Tertium comparationis” del constitucionalismo global**. Conference Paper - January 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/301419132>. Acesso em: 10 set/2022.

O Constitucionalismo da Terra, de que tratam Leite e Ayala<sup>541</sup> é um constitucionalismo global que requer transformações envolvendo os valores a serem resguardados pelo Direito, relativos à cultura e identidade, bem como, quanto à função do Estado. Deve desenvolver-se a partir de um diálogo, compreendendo valores plurais e agregando as contribuições de diferentes experiências jurídicas, e exige novas estruturas institucionais, compatíveis com uma maior proteção da natureza como um interesse global, a partir do sistema jurídico. Demanda um Direito receptivo às diferentes identidades coexistentes, permitindo que se estabeleçam os valores comuns a serem protegidos. A natureza deve estar entre seus valores principais, para resguardar os processos ecológicos indispensáveis à sustentação de todas as formas de vida. Compreende a atuação do Estado de Direito (um Estado de Direito para a Natureza) para proteger a vida, respeitando as leis da natureza (processos e sistemas ecológicos), de modo a promover a justiça e a sustentabilidade em termos globais.

Jaria y Manzano<sup>542</sup>, quando propõe a Constituição do Antropoceno, por sua vez, sugere pensar a Constituição como “cultura”. Um diálogo aberto capaz de fazer frente aos desafios do Antropoceno, contemplando múltiplos níveis de governo e de caráter transnacional. É um constitucionalismo voltado à evolução, que leva em conta as práticas sociais e valores partilhados pela comunidade global. Comprometida com um modelo de reprodução social mais justo e sustentável, essa proposta defende um Direito Constitucional receptivo a fontes de ordem internacional, supranacional e infranacional – um conjunto normativo de caráter constitucional que forneça legitimidade e sirva ao controle do poder político. Trata-se de um constitucionalismo flexível e aberto a diferentes atores sociais, não se limitando ao poder político formal, superando assim as restrições do discurso positivista dogmático. Nesse modelo a Constituição exerce a função de aproximar direito e política, sendo referência interpretativa e base que sustenta o autogoverno da sociedade.

É possível detectar as preocupações e proposições que fazem parte desse movimento de ampliação do escopo constitucional nas abordagens

---

541 LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Global environmental constitutionalism as a constitutionalism of the Earth**. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana. *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. Cheltenham/UK; Northampton/USA: EE Elgar, 2019.

542 JARIA y MANZANO, Jordi. **La Constitución del Antropoceno**. Valencia: Tirana Humanidades, 2020.

de Carducci e Castillo Amaya com o “Constitucionalismo Global”, de Ayala e Leite em “Constitucionalismo da Terra”, e de Jaria y Manzano com a “Constituição do Antropoceno”, que trazemos a título de exemplo. As propostas desses autores, que se voltam para um constitucionalismo global orientado pelas questões ecológicas, seguem distintas vias, embora se possam identificar aspectos compartilhados. Com diferentes desenhos, elas destacam a necessidade de que sejam consideradas as compreensões e valores relacionados à natureza, respeitando-se as cosmovisões, culturas, perspectivas “outras” que não correspondem à visão hegemônica ocidental. Por outro lado, cada uma delas sugere um caminho próprio para que o cuidado ecológico planetário seja compatibilizado com a referida diversidade de valores e mundos habitados.

### **3. O Constitucionalismo Andino – um constitucionalismo ecológico transformador**

É a partir dos conflitos frequentes no contexto latino-americano, entre as compreensões de “natureza” e em torno do reconhecimento de seu valor, que se distingue com maior clareza a compreensão não dualista de mundo dos seus povos originários e populações tradicionais. A experiência desses grupos e movimentos sociais – que reclamam justiça por não verem reconhecidos seus modos de vida diante da intensificação das práticas exploratórias, compreendidas no contexto neoextrativista – se traduz em uma outra abordagem sobre a natureza. Está presente na demanda desses povos um alerta sobre as diferentes possibilidades de organizar a vida, indicando a existência de outros modos de ser de sujeitos e grupos sociais.<sup>543</sup>

O Novo Constitucionalismo Latino-americano é um constitucionalismo que se origina dos clamores populares. Nele estão compreendidos os processos constituintes e suas respectivas Constituições, após o longo período de ditaduras na América Latina. Reflete, portanto, as grandes expectativas quanto à retomada da democracia, permitindo aflorarem concepções e modos próprios de seus povos originários, na relação ser humano/natureza.<sup>544</sup>

---

543 SVAMPA, Maristela. *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependências*, Guadalajara: CALAS, 2019.

544 Vide WOLKMER, Antônio Carlos; WOLKMER, Maria de Fatima S. *Pluralismo*

As Constituições do Equador e da Bolívia, por exemplo, adotam expressamente a perspectiva multicultural dos povos desses países, trazendo dispositivos que tratam de uma concepção de natureza própria desses povos. Na maior parte dos casos, porém, a abertura no que se refere ao tratamento das questões relacionadas à composição pluriétnica latino-americana se dá de forma indireta – como é o caso da Constituição brasileira de 1988<sup>545</sup>, que defende uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos, e que, em capítulos específicos dispõe sobre o meio ambiente e os povos indígenas.

A valorização do aspecto da interculturalidade, combinada com a retomada saberes ancestrais e a adoção da via democrática para o reconhecimento das demandas populares no mundo jurídico, resultam na presença desses “outros” valores e perspectivas no escopo constitucional. Um modo de vida entrelaçado é revelado a partir da perspectiva desses povos, que apresentam ao mundo uma outra lógica de vida como possibilidade<sup>546</sup>.

A Constituição do Equador consagra o princípio do “Buen Vivir” e a natureza – “Pachamama” – é reconhecida como sujeito de direito. A presença desses conteúdos provenientes da sabedoria dos povos andinos no texto constitucional resulta de uma “ecologia de saberes” e faz parte de um projeto mais amplo, de re-fundação do Estado.<sup>547</sup> Processo este, que tem um propósito decolonial e busca criar brechas para emergirem outros modos de vida – outros mundos.<sup>548</sup>

---

jurídico y constitucionalismo emancipador desde el sur. p. 2 a 49. In: SOUSA SANTOS, Boaventura e CUNHA, Terese (eds.). *Actas do Colóquio Internacional Epistemologias do Sul: aprendizagens globais sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul*, vol. 2. Coimbra: CES, 2015; e, PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martínez. *Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano in Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición: el Nuevo Constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

545 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 30 jan/2024.

546 WALSH, Catherine. Introducción. Lo pedagógico y lo decolonial: entretejiendo caminos in WALSH, Catherine (ed). *Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir*. Tomo 1. Quito: Ediciones Abya Yala, 2013.

547 Vide SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Refundación del Estado en la América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional del Derecho e Sociedad, 2010.

548 Vide WALSH, op. cit, 2013.

No caso da Bolívia, a sua Constituição também contempla o reconhecimento à “Pachamama” e ao princípio do “Buen Vivir”, avançando em termos de direitos e autonomia indígena e do pluralismo jurídico.<sup>549</sup> Os direitos da natureza estão previstos pela Lei da Mãe Terra, de 2010. Esta, em conjunto com a Lei do Desenvolvimento Integral, de 2012, sobre o “Buen Vivir”<sup>550</sup>, são instrumentos do projeto de reconquista desses sujeitos historicamente inviabilizados.

De la Cadena<sup>551</sup> destaca que a Constituição do Equador, ao declarar que a natureza – “Pachamama” – é sujeito de direito, faz surgir daí uma entidade híbrida “cultura-natureza”, que está de acordo com a compreensão dos povos originários da região, para os quais as relações com os “seres outros que humanos” fazem parte do cotidiano. Por outro lado, no caso boliviano, a forte presença dos povos indígenas colocou no seio do próprio Estado reivindicações dos povos indígenas historicamente oprimidos. Dessa forma, percebe-se que a abordagem ecológica do Novo Constitucionalismo Latino-americano tem o mérito de promover o reconhecimento político e, ao mesmo tempo, introduzir no processo democrático, novos sujeitos e relações intersubjetivas.

É importante observar que a expressão “Buen Vivir” é distinta das noções ocidentais sobre “boa vida”, pois é pertinente às comunidades que assumem uma ontologia relacional e que reconhecem o valor intrínseco da natureza. Comporta, em seu sentido original, uma crítica e uma proposta que ultrapassa a questão do desenvolvimento, no sentido de uma transformação mais profunda quanto à compreensão do humano em relação à sociedade e à natureza. Embora se aproxime dos conceitos ocidentais de cuidado e das propostas ecologistas, deve ser compreendido de modo contextualizado, repercutindo nessa compreensão importantes aspectos sociais e históricos. Guarda semelhanças com o “Suma Qamaña”, dos aymaras da Bolívia e com o “Suma Kawsay”, equatoriano, por exemplo.<sup>552</sup>

---

549 WOLKMER e WOLKMER, op. cit., 2015.

550 BOLÍVIA. Ley n. 71/2010. **Ley de Derechos de la Madre Tierra**. Disponível em: <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>. Acesso em: 29 jan/2024.

551 DE LA CADENA, Marisol. Cosmopolítica indígena nos Andes: reflexões conceituais para além da “política”. **Maloca: Revista de Estudos Indígenas**, v. 2., 2019. Acesso em: 28 out/2023.

552 GUDYNAS, Eduardo. **Buen Vivir**, in G. D’Alisa, F Demaria y G Kallis, eds. **Decrecimiento: un vocabulario para una nueva era**. Barcelona: Icaria, 2015.

As concepções de “Buen Vivir” e “Pachamama” dos povos andinos traduzem a sua cosmovisão, a sua ontologia e o seu modo de vida, sendo também um projeto – objetivo coletivo de coexistência digna que exige respeito a todos os seres vivos e à resiliência planetária. Revela-se um modelo alternativo de realização político-social, que expressa um compromisso com o coletivo e a responsabilidade por resguardar a comunidade de vida para além dos indivíduos, em termos sincrônicos e diacrônicos.<sup>553</sup>

O Novo Constitucionalismo Latino-americano, ensina Wolkmer<sup>554</sup>, ao incorporar noções e valores dos povos originários e populações tradicionais, oferecendo uma perspectiva alternativa, holística e sistêmica da convivência na comunidade de vida planetária, traz uma abordagem ecológica inédita. São próprios dessa proposta, o caráter decolonial, a preocupação com a defesa dos interesses dos excluídos, e o alinhamento às aspirações e valores dos povos originários, bem como às demandas dos movimentos sociais. Também se distingue por estimular e promover uma ampla participação política, democrática e plural, e pela sua abertura para um pluralismo jurídico amparado na noção de Estado Plurinacional.

É, portanto, um novo pacto político, que tem o propósito de produzir uma mudança civilizatória, por meio dos aspectos da desmercantilização da natureza, da democratização e da descolonização. Implica a refundação de determinados conceitos, dentre os quais o de justiça social, a qual, nesse contexto, deve abarcar o reconhecimento da diferença na compreensão da igualdade e da liberdade, a necessidade de uma justiça cognitiva (saberes plurais) e de uma justiça histórica<sup>555</sup>. Propõe uma visão holística das interrelações entre os seres humanos e a natureza, enfatizando a necessidade de se viver em harmonia na comunidade de vida, para garantir condições de uma existência digna para todos.

Tal constitucionalismo, embora não isento de críticas, se insere entre os ramos da vertente “transformadora” do movimento de constitucionalismo ambiental, segundo Bookman<sup>556</sup>. Esta vertente se caracteriza por

---

553 PALOP, Maria Eugenia Rodríguez. Derechos humanos y buen vivir: sobre la necesidad de concebir los derechos desde una visión relacional (2015) **Pápeles de relaciones ecosociales y cambio global**. N. 128, 2014/2015.

554 WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina, in WOLKMER, Antônio Carlos e MELO, Milena Petters (eds). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**: São Paulo: Juruá, 2013.

555 Vide SOUSA SANTOS, op. cit., 2010.

romper com as práticas e soluções dos sistemas jurídicos tradicionais, diante da premência da crise ambiental, apontando os problemas da democracia representativa diante das limitações decorrentes dos sistemas econômicos. São considerados, nessa abordagem, aspectos da ética ambiental, da economia política, das ciências ecológicas, da teoria política liberal e dos conhecimentos indígenas. É um constitucionalismo que se volta aos aspectos dos valores de ordem social, política e cultural próprios, a partir dos quais se definem os valores dos sistemas naturais, ao invés de considerar essa medida neutra. Sobretudo, compreende a necessidade de implementar projetos de transformação mais amplos, os quais incidirão sobre o aspecto da governança ambiental, pois essa gestão não deve ficar restrita a tecnocratas e aos detentores de conhecimentos especializados.<sup>557</sup>

O caráter transformador do Constitucionalismo Latino-americano ganha destaque, como se vê, por sua relação com a retomada democrática e a presença de uma perspectiva pluralista, do respeito às diferentes formas de auto-organização social e ecológica – ou melhor, de “auto-eco-organização” como define Morin<sup>558</sup>. Ele traz implicações epistemológicas, ontológicas e políticas, aspectos aos quais a crise civilizatória vivida pela humanidade, na época do Antropoceno, reclama urgente atenção, pois não há Justiça Ecológica, sem justiça entre saberes.

#### 4. Constitucionalismo, Democracia e Justiça Ecológica

A demanda por uma Justiça “ecológica”, ou seja, que considere o aspecto interrelacional entre ser humano/natureza, em seu caráter de interdependência e ecodependência, compondo a comunidade de vida uma comunidade de justiça, provém dos que, diferente do pensamento hegemônico ocidental, compreendem o mundo a partir perspectivas não dualistas.

Os povos originários e as populações tradicionais habitantes da América Latina, em seu histórico de opressão e de lutas libertárias, reivindicam e clamam por uma justiça que abarque os “seres outro-que-huma-

---

556 BOOKMAN, Sam. **Demystifying Environmental Constitutionalism**. *Forthcoming, Environmental Law*. Vol. 54.n.1, 2024. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4386508](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4386508). Acesso em: 08 out/2023.

557 Ibidem.

558 MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

nos”, os “não humanos da natureza”, com os quais compõem um mundo pluriversal. Revelam, em seus modos de existência, possibilidades diversas e alternativas para um viver em comum que resguarde a vida, individual e coletiva, em todas as suas formas. Também “outros”, nesse contexto de injustiças, são aqueles que se vêm historicamente subalternizados por uma civilização que prioriza o homem branco detentor de um patrimônio, às mulheres, às pessoas negras, aos não cisgênero heteronormativos, aos portadores de deficiência, como apontam as ecofeministas e o pensamento decolonial.

Os estudos sobre as mudanças climáticas realizados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas - IPCC e por instituições que analisam como as diferentes formas de habitar o planeta interferem ecologicamente<sup>559</sup>, alertam para o fato de que a biodiversidade – essencial para resguardar o equilíbrio ecossistêmico planetário – está em franco declínio. O desmatamento e o garimpo ilegais, a agropecuária em larga escala e os plantios de monoculturas são fatores que – somados ao modelo de produção baseado nas energias de fontes fósseis –, se, por um lado, ampliam o PIB (Produto Interno Bruto) de um país, por outro lado estão acelerando o processo de empobrecimento do solo, de contaminação dos aquíferos, de embranquecimento dos corais e de elevação da emissão de gás carbônico e metano. Colocam-se em risco de extinção milhares de espécies e em situação precária de insegurança hídrica e alimentar milhares de seres humanos ao redor do planeta. É urgente, portanto, que esses “outros” sejam considerados.

Uma Justiça Ecológica deve, assim, ser pensada, como propõe Schlosberg<sup>560</sup>, considerando a abordagem feita pela teoria crítica, que questiona a racionalidade instrumental – a qual se faz hegemônica com o fenômeno da globalização – e as limitações das soluções que as teorias de justiça do pensamento liberal oferecem. De acordo com as filósofas femi-

---

559 Vide ICCA. TERRITORIES OF LIFE.ORG. *Territories of Life Report*, 2021. Disponível em: <https://report.territoriesoflife.org/wp-content/uploads/2021/09/ICCA-Territories-of-Life-2021-Report-FULL-150dpi-ENG.pdf>. Acesso em: 03 abril/ 2023; IPBES. Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, *Summary for Policymakers*, 2022. Disponível em: <https://zenodo.org/record/6810036#.ZDljfezMK-V>. Acesso em: 10 abril/2023; e IPCC. *Report*, 2022. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/>. Acesso em: 10 abril/2023.

560 SCHLOSBERG, David. *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*. New York: Oxford, 2007.

nistas Íris Marion Young<sup>561</sup> e Nancy Fraser<sup>562</sup>, uma teoria de justiça que pretenda fazer frente aos desafios da época que vivemos deve considerar não apenas a dimensão “distributiva”, como propõe Rawls, por exemplo.

Assim, Young<sup>563</sup> defende uma justiça que considere uma política da diferença, que tem na dimensão do “reconhecimento” o aspecto central. O reconhecimento é uma dimensão de caráter político, pois nesse escopo estão compreendidas as formas de decidir sobre como viver juntos, as relações práticas e afetivas, os aspectos da organização institucional, as práticas e hábitos sociais, a ação pública e os significados culturais. Fraser<sup>564</sup>, por sua vez, propõe uma teoria de justiça que compreenda as dimensões da “distribuição”, do “reconhecimento”, da “representação” e da “participação”. Para Fraser, a representação, ao tratar do pertencimento social e de questões de procedimento, torna-se o elemento político da Justiça. É por meio da representação que se define o “quem” da inclusão e da exclusão pertinente aos aspectos distributivo e de reconhecimento.<sup>565</sup>

A quinta dimensão da Justiça Ecológica de Schlosberg diz respeito às “capacidades”, que aparecem originalmente nas teorias de Justiça de Amartya Sen<sup>566</sup> e Martha Nussbaum<sup>567</sup>. A abordagem das capacidades trazida por esses autores, ao evocar um reposicionamento da ideia de liberdade – de modo a contemplar as condições de realização humana relacionadas com o mundo natural –, tem o mérito de adentrar em discussões que envolvem a vida, a integridade física, as emoções, as outras espécies, compondo um mosaico de fatores que indicam interfaces homem/natureza a serem abrangidas no Justo ecológico. Os autores tratam das opor-

---

561 YOUNG, Íris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

562 FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**. São Paulo, n. 77, 2009, p. 11-39.

563 YOUNG, op. cit., 2011.

564 FRASER, op. cit., 2009.

565 LEITE, José Rubens Morato; DUTRA, Tônia A. Horbatiuk. Os desafios do reconhecimento e da representação na Justiça Ecológica. In: DUTRA, Tônia A. Horbatiuk e BARBIERI, Isabele Bruna (Orgs.) **Justiça Ecológica: dimensões e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 1-27.

566 SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão das capacidades. São Paulo: **Lua Nova**. Revista de Cultura e Política, 1993.

567 NUSSBAUM, Martha. **Crear Capacidades: propuesta para el desarrollo humano**. Barcelona: Paidós, 2012.

tunidades conferidas às pessoas para que elas possam fazer escolhas e serem agentes e, desse modo, alcancem a sua autorrealização.

A Justiça Ecológica, como a entendemos, é uma concepção de justiça que, partindo de uma perspectiva ecocêntrica e não dualista, tem um caráter epistemologicamente complexo e ontologicamente relacional. Visa garantir a dignidade humana e a integridade ecossistêmica dos não humanos da natureza, na condição de legítimos interessados na justiça ecológica como integrantes da comunidade de vida planetária. É uma proposição que compreende a articulação dos aspectos éticos, políticos e jurídicos, inspirada nas éticas relacionais da alteridade, do cuidado e da responsabilidade.

Os aspectos do reconhecimento, da representação e da participação, portanto, que têm um apelo político, remetem à necessidade de se rever como se dá a participação democrática e de que modo dar voz aos não humanos da natureza interessados na Justiça Ecológica. Um Constitucionalismo de viés ecológico pode ser uma via de implementação desses instrumentos político-jurídicos de ampliação da esfera democrática, considerando toda a comunidade de vida que habita o planeta Terra.

Quando se trata de uma democracia para além dos seres humanos, de uma “democracia viva”, como explica Shiva<sup>568</sup>, há que se considerar o respeito à liberdade sobre a diversidade dos modos de vida, as escolhas quanto ao que se planta e o que se come, sobre o que se veste, como se educa, cuida das saúdes e das relações interespécies. Ela é pensada a partir do local e compreende humanos e não humanos da natureza, o que repercute na liberdade humana – pois, sem esses “outros”, a própria liberdade humana estará comprometida. Tal democracia deve vir acompanhada de uma economia cuja sustentabilidade se estabelece a partir da pluralidade e da diversidade, que se propõe a partir do local para o global, guiada pela prudência e pelos fundamentos ecológicos. Autonomia, autogoverno e culturas vivas, são princípios prezados pela Democracia da Terra proposta por Shiva. O Direito, e por conseguinte, o Constitucionalismo, que pretenda ter o alcance ecológico em diálogo com uma Justiça de alcance interestespecífico como a Justiça Ecológica, deve considerar tais critérios.

---

568 SHIVA, Vandana. **Democracia de la Tierra**, 2009. Disponível em: <https://www.nodo50.org/codoacodo/abril2009/vandana.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.

Promover os espaços democráticos – respeitada a polifonia de vozes e interesses implicados na concepção de Justiça Ecológica – a partir das bases comunitárias, passa por uma compreensão sistêmico-complexa da realidade, por uma reforma do pensamento, como sugere Morin<sup>569</sup>, quando fala em Democracia Cognitiva, e Sousa Santos<sup>570</sup>, quando propõe uma Ecologia dos Saberes. Compreender o mundo em sua pluralidade e respeitar os diversos interagentes que deles fazem parte é a base para uma construção coletiva da democracia planetária.

Eckersley<sup>571</sup> observa que uma democracia ecológica demanda não apenas novas instituições, mas, sobretudo, um “novo imaginário”. Este imaginário tem por fundamento os conhecimentos pertinentes aos processos sistêmicos terrestres, compreendendo sua relação com as diversas comunidades socioecológicas. A efetividade da proteção ecossistêmica terrestre em seus processos, requer esse conhecimento situado e como se dá sua inserção no âmbito global.

Há que se pensar um constitucionalismo que combine a participação democrática plural – portanto, com uma boa base política, de modo que cada comunidade possa definir alternativas e modos de enfrentar os desafios que se impõem –, com a atuação dos especialistas, como é o caso dos juristas e das Cortes Constitucionais em diálogo com as normas supranacionais de interesse comum planetário. É importante entabular um modelo de constitucionalismo que avance diante dos limites da democracia representativa e se fortaleça para agir diante dos problemas ecológicos globais, cada vez mais graves e urgentes, mantendo-se em permanente processo reflexivo.<sup>572</sup>

Faz-se urgente, sobretudo diante da complexidade e das incertezas que caracterizam o Antropoceno, fortalecer a capacidade de participação democrática e de posicionamento político desde as bases, de modo a permitir que os problemas que a crise ecológico-climática coloca possam ser respondidos em tempo, e, considerando as vidas e interesses em jogo, com uma perspectiva pluriversal.

---

569 MORIN, op. cit., 1998.

570 SOUSA SANTOS, op. cit., 2010.

571 ECKERSLEY, Robyn. *Geopolitan Democracy in the Anthropocene*. *Political Studies* 2017, Vol. 65(4), p. 983–999. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/home/psx>. Acesso em: 22 maio 2021.

572 BOOKMAN, op. cit., 2024.

## 5. Considerações Finais

O constitucionalismo tem o potencial de promover arranjos favoráveis à proteção ecológica planetária, atuando como meio de aproximação entre diferentes esferas públicas, inclusive a nível supranacional. As propostas que visam garantir o caráter democrático ampliado são as que mais se aproximam das premissas da Justiça Ecológica, que, como tal considera a inter-relacionalidade entre ser humano/natureza, bem como os aspectos da interdependência e da ecodependência, compreendendo na comunidade de justiça toda a comunidade de vida.

Surgem diferentes propostas e abordagens teóricas em torno de um Constitucionalismo Ambiental/Ecológico Global, amparadas em premissas de maior ou menor alcance democrático. A preocupação com o respeito aos povos originários e populações tradicionais é um dos indicadores desse aspecto, como se identifica no Constitucionalismo Global de Ayala e Leite, no Constitucionalismo da Terra e na Constituição do Antropoceno, de Jaria y Manzano.

O Novo Constitucionalismo Latino-americano se destaca entre as propostas por seu caráter transformador, decorrente da interculturalidade presente nas Constituições, especialmente as do Equador e da Bolívia, que, por meio de um diálogo de saberes, aproximam o Direito ocidental dos valores e princípios de vida dos povos originários da região andina. Abre-se o âmbito constitucional para acolher diferentes perspectivas e sujeitos de direito, definindo compromissos em torno do “Buen Vivir” e do respeito à “Pachamama”.

Considerando as abordagens de autores como Shiva, Sousa Santos, Eckersley e Bookman, referidos ao longo do artigo, pode-se afirmar que há importantes aspectos epistemológicos, ontológicos e políticos envolvidos quando se propõe abordar as implicações de uma democracia ecológica, a qual, entendemos, deve sustentar as bases do que se concebe como Justiça Ecológica.

Dentro dessa ótica, a virada ecológica constitucional condizente com a Justiça Ecológica deve, como ponto de partida, ter em conta a necessidade de: um processo de ampliação e diversificação da esfera pública democrática, com uma perspectiva plural; um intenso e contínuo processo de comunicação e sensibilização/educação ambiental, considerando uma abordagem sistêmico-complexa dos conhecimentos sobre o sistema Terra e das relações ser humano/natureza; e que, a leitura e interpretação das normas – já existentes e as criadas a propósito – seja feita pelas lentes

desse novo paradigma. É importante, ainda, que cada um desses aspectos seja desenvolvido com a mesma intensidade e ao mesmo tempo, como interfaces que se somam para atingir com êxito a proteção ecológica integral do sistema Terra, indispensável à preservação das condições de dignidade para humanos e não humanos da natureza da presente e das futuras gerações.

## Referências

- BOLÍVIA. Ley n. 71 Ley de Derechos de la Madre Tierra, 2010. Disponível em: <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>. Acesso em: 29 jan/2024.
- BOOKMAN, Sam. **Demystifying Environmental Constitutionalism. Forthcoming, Environmental Law**. Vol. 54.n.1, 2024. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4386508](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4386508). Acesso em: 08 out/2023.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 30 jan/2024.
- CARDUCCI, Michele; CASTILLO AMAYA, Lidia Patricia. **La Naturaleza como “Grundnorm” y “Tertium comparationis” del constitucionalismo global**. Conference Paper - January 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/301419132>. Acesso em: 10 set/2022.
- CRUTZEN, P.J. and STOERMER, E.F. **The “Anthropocene”**. Global Change Newsletter, 41, 17, 2000.
- DE LA CADENA, Marisol. Cosmopolítica indígena nos Andes: reflexões conceituais para além da “política”. **Maloca: Revista de Estudos Indígenas**, v. 2., 2019. Acesso em: 28 out/2023.
- ECKERSLEY, Robyn. **Geopolitan Democracy in the Anthropocene**. Political Studies 2017, Vol. 65(4), p. 983–999. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/home/psx>. Acesso em: 22 maio 2021.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**. São Paulo, n. 77, 2009, p. 11-39.
- GUDYNAS, Eduardo. Buen Vivir, in G. D’Alisa, F Demaria y G Kallis, eds. **Decrecimiento: un vocabulario para una nueva era**. Barcelona: Icaria, 2015.
- ICCA. TERRITORIES OF LIFE.ORG. **Territories of Life Report**, 2021.

- Disponível em: <https://report.territoriesoflife.org/wp-content/uploads/2021/09/ICCA-Territories-of-Life-2021-Report-FULL-150dpi-ENG.pdf>. Acesso em: 03 abril/ 2023.
- IPBES. Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, **Summary for Policymakers**, 2022. Disponível em: <https://zenodo.org/record/6810036#.ZDljfezMK-V>. Acesso em: 10 abril/2023.
- IPCC. **Report**, 2022. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/>. Acesso em: 10 abril/2023.
- JARIA MANZANO, Jordi. **La Constitución del Antropoceno**. Valencia: Tirana Humanidades, 2020.
- KOLBERT, Elizabeth. **A sexta extinção: uma história não natural**. Tradução Mauro Pinheiro. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.
- LEITE, José Rubens Morato e DUTRA, Tônia A. Horbatiuk. Os desafios do reconhecimento e da representação na Justiça Ecológica. In DUTRA, Tônia A. Horbatiuk e BARBIERI, Isabele Bruna, **Justiça Ecológica: dimensões e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 1 – 27.
- LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Global environmental constitutionalism as a constitutionalism of the Earth**. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana. Research Handbook on Global Climate Constitutionalism. Cheltenham/UK; Northampton/USA: EE Elgar, 2019.
- MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- NUSSBAUM, Martha. **Crear Capacidades: propuesta para el desarrollo humano**. Barcelona: Paidós, 2012.
- PALOP, Maria Eugenia Rodríguez. Derechos humanos y buen vivir: sobre la necesidad de concebir los derechos desde una visión relacional (2015) **Pápeles de relaciones ecosociales y cambio global**. N. 128, 2014/2015.
- PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martínez. **Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano in Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición: el Nuevo Constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.
- ROCKSTRÖM, J; STEFFEN, WL et al. Planetary Boundaries: exploring the safe operating space of humanity. In: **Ecology and society**, vol. 14, n. 2, 2009.

- SAMPAIO, José A. L. **Os ciclos do constitucionalismo ecológico**. Revista Jurídica FA7, vol. 13, n.2, 2016. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6415914>. Acesso em: 10 out/2023.
- SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel Tedesco; FENSTERSEIFER, Tiago. **A equiparação dos tratados ambientais aos tratados de direitos humanos**. CONJUR. 15/07/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-15/direitos-fundamentais-equiparacao-tratados-ambientais-aos-direitos-humanos/>. Acesso em: 01 mar/2024.
- SCHLOSBERG, David. **Defining environmental justice: theories, movements, and nature**. New York: Oxford, 2007.
- SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão das capacidades. São Paulo: **Lua Nova**, Revista de Cultura e Política, 1993.
- SHIVA, Vandana. **Democracia de la Tierra**, 2009. Disponível em: <https://www.nodo50.org/codoacodo/abril2009/vandana.htm>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Refundación del Estado en la América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur**. Lima: Instituto Internacional del Derecho e Sociedad, 2010.
- SVAMPA, Maristela. **Las fronteras del neoextractivismo en América Latina: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependências**. Guadalajara: CALAS, 2019.
- WALSH, Catherine. Introdução. Lo pedagógico y lo decolonial: entretejiendo caminos in WALSH, Catherine (ed). **Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir**. Tomo 1. Quito: Ediciones Abya Yala, 2013.
- WOLKMER, Antônio Carlos; WOLKMER, Maria de Fatima S. Pluralismo jurídico y constitucionalismo emancipador desde el sur. p. 2 a 49. In: SOUSA SANTOS, Boaventura e CUNHA, Terese (eds.). **Actas do Colóquio Internacional Epistemologias do Sul: aprendizagens globais sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul**, vol. 2. Coimbra: CES, 2015.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina, in WOLKMER, Antônio Carlos e MELO, Milena Petters (eds). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**: São Paulo: Juruá, 2013.
- YOUNG, Íris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

# PERSPECTIVAS CRÍTICAS PARA ALÉM DA ADPF 347 E DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

*Edson Amaral  
Guilherme Pereira Andrade  
Leonardo Costa de Paula*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Reconhecimento da barbárie: a ADPF 347 e o cárcere enquanto substrato para o Estado de Coisas Inconstitucional. 3.A delimitação dos horizontes: análise das teses trazidas pelo STF a partir de uma perspectiva negativa da pena. 4.Considerações Finais. Referências.

## 1. Introdução

Neste presente ensaio, se fará uma análise acerca do tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), brasileiro, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com representação dos advogados da Clínica UERJ Direitos, na data de 27 de maio de 2015. O acórdão foi publicado no dia 19 de dezembro de 2023<sup>573</sup>. A indignação do requerente foi fundamentada pelo resultado obtido a partir da Comissão

---

573 Não se desconhece que o acórdão publicado no dia 19/12/2023 encontra-se pendente de embargos de declaração oposto em 22/02/2024 e que até a presente não comportou manifestação do relator. Entretanto, esclarece-se que não observamos qualquer perspectiva de grandes alterações na decisão da corte sobre o tema, bastando que a oposição de embargos seja por nós ressaltada para fins de esclarecimento.

Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (que funcionou entre 2007 a 2009), na qual se constatou que a pena privativa de liberdade no sistema carcerário brasileiro não é capaz de atingir as expectativas esperada – aquelas trazidas pelas infecundas teorias legitimantes da pena – e, do contrário, se comporta como elemento propulsor da miséria que lhe é inerente.

A relatoria do julgamento da ADPF n.º 347 recaiu sobre o Min. Marco Aurélio (aposentado desde 2021), que foi responsável por ter os primeiros contatos da Corte com o caso. O entendimento prevalecente em sede de deferimento parcial de liminar por parte do relator (19/02/2016) resultou convalidado pelos demais Ministros e referendado pelo acórdão no qual se debruça o presente estudo (19/12/2023), comportando divergência mínima por parte do Min. Luís Roberto Barroso em seu voto-vista. A conclusão do STF foi no sentido de reconhecer de que, de fato, o sistema penitenciário brasileiro é um “estado de coisas inconstitucional”.

Da leitura dos votos, depreende-se que a desídia dos demais poderes e de seus representantes foi considerada fato justificador para o exercício de função atípica da Corte na apreciação do caso (determinar a adoção de políticas públicas para a resolução de um problema). O reconhecimento de estado de coisas inconstitucional foi sustentado com base em parâmetros estabelecidos por tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário e que versam sobre a experiência vivenciada por nações ao redor do globo.

Cada Ministro apresentou, momentos antes de adentrarem ao mérito, seu diagnóstico sobre a infeliz realidade do cárcere, bem como atestam os pontos considerados nevrálgicos para perpetuação de sua insalubridade. Em análise sobre o mérito da causa, buscam descrever a realidade vivenciada pelos brasileiros submetidos ao sistema prisional e identificam seus principais efeitos, primeiro, sobre aqueles que se encontram nas mesmas condições e, segundo, sobre o restante da população.

A despeito do esforço dos Ministros em demonstrar empiricamente a tragédia do sistema punitivo brasileiro, o problema está nos limites práticos – e sobretudo teóricos – da decisão, que em maior ou menor grau acredita nos velhos bordões das teorias legitimantes da pena. O esforço empregado para se debruçar sobre a literatura que perpetua uma função positiva da pena, imperante na redação dos votos proferidos pelos julgadores, não se compara, em nenhum nível, ao esforço de ter de se reconhecer que antigas angústias ainda se mostram presentes. A denúncia sobre o

“estado de coisas punitivo” acompanha a trajetória de qualquer criminólogo crítico há cerca de 60 anos e também segue os caminhos de quem sempre defendeu uma política criminal que se pretende racional. Como explicar que o conhecimento elaborado por uma vanguarda criminológica e penalística, viva e florescente na América Latina, tem sido ignorado ou menosprezado até os dias de hoje?<sup>574</sup>

Com o objetivo de apresentar um caminho crítico, para além dos limites da decisão, – aquele no qual não nos deparamos com o desejo de se fechar os olhos ao sofrimento alheio e não consideramos a aflição como meio idôneo para solucionar demandas sociais complexas – a investigação deste artigo parte da exposição do: (i) reconhecimento pelo STF de que existe uma violação recorrente dos direitos fundamentais nos presídios brasileiros; e da (ii) delimitação dos horizontes para uma análise crítica, tratando a ADPF a partir de uma perspectiva negativa-agnóstica da pena.

## **2. Reconhecimento da barbárie: a ADPF 347 e o cárcere enquanto substrato para o Estado de Coisas Inconstitucional**

O método de análise do trabalho parte dos entendimentos fornecidos pelos julgadores. Abordaremos o voto proferido pelo Min. Marco Aurélio, que é o voto prevalecente na apreciação da corte, sendo seguido em quase a sua integralidade até mesmo pelo voto divergente do Min. Luís Roberto Barroso<sup>575</sup>. Quanto aos demais Ministros, acabaram por consolidar o mesmo diagnóstico e a tese do voto prevalecente, ressalvada a contribuição da Min. Carmen Lúcia no tocante ao maior zelo sobre a situação de pessoas encarceradas em presídios femininos<sup>576</sup>.

---

574 BATISTA, Nilo. *Sobre el filo de la navaja*. In: Capítulos de Política Criminal. BATISTA, Nilo. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 217.

575 A divergência do referido Ministro com os termos do voto do relator se resume na inclusão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF), da Secretaria Nacional de Políticas Penais (antigo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPC) como instituições atuantes na elaboração de plano governamental a ser traçado, bem como que este passe por chancela do STF (homologação) para fins conferência de sua idoneidade para a resolução do conflito e, por fim, que recaia sobre o STF o monitoramento da aplicação de suas medidas.

576 “Nós temos poucas penitenciárias cumprindo o que a Constituição estabelece no inciso XLVIII, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; então, o que se tem

Em seu voto, o Min. rel. Marco Aurélio asseverou que a superlotação do sistema carcerário brasileiro apresenta um cenário de violação sistêmica dos direitos fundamentais das pessoas a ele submetidas, restando-lhe descrevê-lo como substrato de um estado de coisas inconstitucional. Soma-se a este panorama entendimentos convalidados anteriormente pelo próprio STF em que se entendeu cabível o Judiciário exigir dos entes políticos (União, Estados e o Distrito Federal), até então inertes, a promoção de melhorias nas condições dos estabelecimentos prisionais<sup>577</sup>. Para fazê-lo, usufruiu de dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, que retrata o período de julho a dezembro de 2019, pelos quais saltam aos olhos do relator o cenário que converte penas privativas de liberdade em penas cruéis. Em sua análise constatou que a realidade experimentada por pessoas sentenciadas a cumprir pena em sistema prisional funciona como causa elementar de estrutural violação dos

---

hoje? Em algumas penitenciárias, destinam algumas alas para as mulheres e dizem estar resolvido o problema. Não está. Então, talvez fosse necessário encarecer, eu hoje trabalho para que as penitenciárias, pelo menos, afastem a mulher nos 60 dias antes da previsão do parto. São pouquíssimas mulheres. Nós tivemos até um decréscimo. Pelos dados que eu tenho do SENAPPEN, por gênero, a população feminina está em 4,25%. Nós já tivemos até 6% da população carcerária. Pelo que eu tenho aqui em mãos, a ser correto, baixou. O número de mulheres nessas condições é mínimo, mas é um constitucionalismo hostil desconsiderar que alguém que está gerando mais um cidadão seja destrutado, ela e ele, como se fosse o comum dos presos; que não é. Nós todos sabemos - os Senhores não ficam grávidos, eu não fiquei - que uma gravidez altera completamente o físico, o psicológico da mulher, e isso repercute na criança que vai nascer. Então eu achava que, pelo menos em algum ponto que Vossa Excelência achasse conveniente, e eu gostaria de, no meu voto, enfatizar que é preciso que a gente trabalhe com o cumprimento dessa norma". BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n. 347. DJE publicado em 19/12/2023. Brasília, DF, 2023, p. 177. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 10 de fev. 2024.

577 No RE 592.581/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a Corte assentou a possibilidade de intervenção judicial para determinar a realização de obras emergenciais em presídios. Em 13/08/2015, por unanimidade, apreciando o tema 220 da repercussão geral, assentou a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física" BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n. 347. DJE publicado em 19/12/2023. Brasília, DF, 2023, p. 37. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 10 de fev. 2024.

direitos dos presos – cerceados de gozar de direitos mínimos, como a acesso a água potável, alimentação digna, condições mínimas de higiene (seja da insalubridade das celas, seja da ausência de fornecimento de materiais básicos)<sup>578</sup> – que sentem na pele as consequências da desídia do Estado (Executivo e Legislativo, em específico) e dos efeitos de uma verdadeira cultura do encarceramento (Judiciário).

Embora o relator reconheça o dramático cenário prisional brasileiro, o problema que se apresenta está na confiança nas funções da pena dentro de um senso comum<sup>579</sup> – sobretudo na prevenção especial –, como se a realidade brasileira fosse apenas uma distorção dos benefícios pessoais e sociais que podem ser atingidos com o encarceramento. A título de exemplo, o Min. Marco Aurélio expressa seu desconforto com o fato de os cárceres brasileiro não servirem à ressocialização, mas sim ao aumento do crime – mostrando que as esperanças trazidas pelas ideologias “*re*” (que não são outra coisa senão um elemento discursivo para legitimar as irracionalidades do poder punitivo) acometem, inclusive, Ministros da suprema corte e não se restringem ao *senso comum*. Nessa perspectiva, nos parece que a compreensão do Min. Relator sobre a problemática é deveras limitada e não desemboca na assertiva de que o menosprezo auferido ao condenado, na verdade, reflete um grande esforço para se manter as relações de poder existentes – isto é, na desvalorização de pessoas pobres e sem seu enquadramento em estereótipos criminais que orientar a seletividade da aplicação da pena.

A questão ganhou nova roupagem nas mãos do Min. Luís Roberto Barroso que apesar de não desconhecer a análise elaborada pelo relator buscou conceber a questão o conceito de “processo estrutural”. Trata-se

---

578 No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n. 347. DJE publicado em 19/12/2023. Brasília, DF, 2023, p. 42. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>). Acesso em 10 de fev. 2024.

579 Como diz Alessandro Baratta, esse senso comum que acaba por envaidecer os estereótipos da criminalização e favorecem a interpretação acrítica das teorias legitimantes. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 204.

de conceito experimentado, primordialmente, pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia em que assuntos como o enfrentamento de falhas estruturais na esfera da saúde pública (T-760/2008)<sup>580</sup>, bem como a própria crise no sistema carcerário (T-153/1998)<sup>581</sup> foram tratadas como cenário de contínua violação de direitos<sup>582</sup>. Nos esclarece o Ministro que seria um dos instrumentos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e ainda por países como Argentina, Peru, África do Sul e Índia – nações que sofrem de problemas análogos ao do Brasil. Referindo-se ao cenário brasileiro, a implementação do conceito foi tratada pelo Min. Luís Roberto Barroso a partir de três eixos: quantidade e qualidade das vagas existentes (eixo 01); descontrole na entrada (eixo 02); e falta de controle na saída (eixo 03).

Em relação ao primeiro, se discorre sobre os recursos necessários para enfrentar a cultura do encarceramento e, ainda, se os resultados obtidos com a adoção deste método justificam tal custo. Apresenta a premissa de que a prisão é a proteção da sociedade (segurança) e a necessidade de recuperação do preso (ressocialização) e assevera que tais pretensões não se convertem em realidade em decorrência do desgaste que o sistema prisional brasileiro suporta em face da superlotação – a mistura de detentos de diferentes níveis de periculosidade, a impossibilidade de acesso à educação e à capacitação profissional e a naturalização da violência nos presídios são alguns pontos levantados pelo Ministro. Utilizando-se de dados apresentados pelo Conselho Nacional da Justiça<sup>583</sup>, o Ministro ratifica

---

580 Nota de Relatoria. Sentencia T-760/08. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm> Acesso em: 03 de mar. de 2024.

581 Nota de Relatoria. Sentencia T-153/1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> Acesso em: 03 de mar. de 2024.

582 (...) A jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia reconhece como elementos para a decretação do ECI: (i) a ocorrência de uma violação massiva a direitos fundamentais; (ii) a omissão persistente das autoridades no enfrentamento de tal violação; (iii) a necessidade de intervenção de diversas entidades e autoridades para solucionar o problema; (iv) o risco de sobrecarga jurisdicional caso as mesmas questões sejam levadas ao Judiciário por meio de litígios individuais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n. 347. DJE publicado em 19/12/2023. Brasília, DF, 2023, p. 37. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 10 de fev. 2024.

583 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Calculando custos prisionais: panorama nacional e avanços necessários**. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: CNJ, 2021.

que o custo mensal para a manutenção de um indivíduo em um estabelecimento prisional custaria em média aproximadamente R\$ 2.000,00 por preso. Para ele, deve-se buscar por restringir o cárcere a indivíduos que precisam efetivamente ser retiradas do convívio social (juízo de adequação) e, aos demais, há de se aplicar medidas alternativas (juízo de necessidade), de modo a se levar em conta que o custo de encarceramento, nos moldes atuais, excede os benefícios vislumbrado em casos estatisticamente insignificantes (juízo de proporcionalidade em sentido estrito).

Sob uma perspectiva crítica, o voto do Ministro Barroso não escapa de por apresentar um juízo superficial sobre a temática e que não reconhece o fracasso histórico da prisão – e da pena, em última instância – em atender as razões que o próprio Barroso reconheceu como como premissas de existência, isto é, proteger a sociedade e promover a ressocialização do preso. Ao considerar que o preso sai das prisões brasileiras com menos condições para o convívio social do que quando entrou, parece-nos desconhecer o Ministro que a função positiva da pena por ele almejada – preventiva especial positiva – já restou comprovada infecunda pelas ciências sociais e que, em seu berço teórico, desemboca por conceber a pena como um *bem* para o encarcerado, ofuscando a sua natureza aflitiva.

Na verdade, o exercício do poder punitivo sobre a pessoa criminalizada (criminalização secundária), por si só, já lhe impõe deterioração e seus efeitos são ampliados quando se trata de pessoa criminalizada presa. A prisonização, ao contrário do que entende o Ministro, comporta realidade que jamais deveria restar convalidada por pretensões de ressocialização, reeducação, reinserção etc., pois o cárcere “não intimida, nem regenera; quando aflige, embrutece, insensibiliza, revolta e sempre perverte, despersonaliza, desambienta”<sup>584</sup>. Se a prisão não se mostra idônea para alcançar a ressocialização do preso – e tudo que se espera das ideologias “re” – não deveria atrair para si um discurso que lhe conceba função medicinal por parte de um Ministro da suprema corte brasileira. Eis um paradoxo insuperável: o Ministro não se indigna em trazer o carácter ressocializante da prisão mesmo após a exposição de dados, relatos de presos, relatos de agentes penitenciário, levantamento de dados por instituições competentes (nacionais e estrangeiras) que empiricamente desmentem qualquer consequência positiva da privação de liberdade.

---

584 LYRA, Roberto. *Penitência de um penitenciário*. Belo Horizonte: Líder, 2013. p. 96-98.

Mesmo se plausíveis fossem as intenções preventivistas – se comportassem respaldo empírico –, no mínimo, consistiria na institucionalização do menosprezo pela autonomia do preso enquanto pessoa, uma vez que lhe caberia suportar um tratamento (pena) mensurado pelo Estado como benéfico. Nessa ótica, o encarceramento seria um dos meios para se buscar a correção de integrantes imperfeitos ou inferiores do corpo social, figurando, em última instância, a substituição do Estado de Direito por um Estado de Polícia paternalista clínico ou moral, conforme seja o melhoramento policial-biológico-materialista (positivo criminológico) ou ético-idealista (correcionalista)<sup>585</sup>. Tratando-se de cenário que se deve evitar, ao contrário do sustentado por Barroso, existe a necessidade de se caminhar em sentido contrário, ou seja, a partir de uma análise realista e radical das funções efetivamente exercidas pelo cárcere há de se convergir para ideia de que não se deve mais buscar meios para legitimar uma instituição que em nada corroborou para o controle da criminalização e de reinserção do apenado na sociedade<sup>586</sup>.

Sobre o segundo eixo do problema, a facilidade de ingresso ao sistema prisional, nos descreve o Ministro Luís Barroso um contexto edificado pelo encarceramento de indivíduos (i) que incorreram em condutas tipificadas pela Lei n. 11.343/06, (ii) ou por aqueles que teriam praticado crimes contra o patrimônio (totalizando quase 60% da população carcerárias essas duas categorias de presos) e, por fim, (iii) de pessoas presentes em situações nas quais a jurisprudência dos tribunais superiores não autoriza a imposição da pena privativa de liberdade – sendo na maior parte dos casos situações sem violência e eventualmente de réus primários. Em meio a lembranças de medidas recentemente tomadas pelo STF com vistas no combate ao encarceramento em massa – mostram-se presentes nos dizeres do Ministro o teor das súmulas 718 e 719, as teses fixadas na apreciação do HC 97.256 de relatoria do Min. Ayres Britto e do HC 82.959 em que o relator foi o próprio Min. Marco Aurélio e a interpretação do princípio da insignificância nos HCs 123.734, 123.533 e 123.108 e da ausência de reverberação de tais decisões nas demais instâncias do Judiciário. Apesar disso, não se teceu uma crítica sobre a atuação seletiva das agências policiais que caminha orientada por estereótipos criminais e pelos discursos legitimantes que o próprio Ministro se dispôs a defender.

---

585 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo, et. al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2019, p. 127.

586 BARATTA, Alessandro. *op. cit.*, p. 203.

Em síntese, o contexto foi tratado de modo objetivo e quantitativo, ou seja, o Ministro se prendeu Barroso aos números.

Em um panorama crítico, nota-se que a indignação de Barroso quanto a irrelevância das teses fixadas pelo STF para o tratamento ao encarceramento, se projeta no falseamento da realidade imperante em seu discurso. Ao considerar a prisão uma instituição a qual incumbe o “dever de proteger a sociedade” e “ressocializar o preso” o Ministro fecha os olhos para os verdadeiros motivos pelos quais se vislumbra a uniformidade da população carcerária, que sempre será espaço ocupado pelas classes vulnerabilizadas, de restrito acesso à direitos civis e políticos e que vivem para verem suas empreitadas delitivas grosseiras servirem que quando detectadas em atuação seletiva das agências policiais autorrealizem a profecia de serem considerados os únicos delinquentes (estereótipos criminais).

O Ministro Barroso parece desconhecer que a seletividade orientadora das agências responsáveis pela execução do exercício do poder punitivo, resultado inequívoco da criminalização secundária, em regra, ofusca um verdadeiro sistema penal subterrâneo em que se institucionaliza a violenta realidade dos presídios. Incorre, ainda, o Ministro Luís Roberto Barroso, assim como o fez o Ministro Marco Aurélio, em não perceber que à medida em que o discurso jurídico se nega a realizar qualquer esforço em limitar o exercício do poder punitivo está ampliando espaço para o exercício de poder de penar pelos sistemas penais subterrâneos<sup>587</sup>. A indignação apresentada pelo Ministro sobre o tema, na verdade, traz a luz o seu desconhecimento sobre a capilaridade da questão sobre as demais agências do sistema penal.

Quanto ao terceiro eixo do problema, falta de controle na saída, discorre o referido Ministro que o sistema prisional brasileiro mantém pessoas presas por tempo superior aquele devido, uma vez que por omissão ou má gestão do sistema (i) os presos são retidos indevidamente e (ii) não usufruem devidamente da progressão de regime e de benefícios (livramento condicional por exemplo), bem como (iii) não obtêm direito a remição de pena por trabalho e/ou estudo, em virtude da não disponibilização de tal direito em sua unidade prisional – o que inclusive compromete sua ressocialização, finaliza o Ministro. Concebida como eixo subsidiário das anteriores, uma vez que o sistema penal prende mal, quando não há

---

587 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; *et al. op. cit.*, p. 70.

necessidade, e mantém pessoas presas para além do tempo de condenação o último elemento para a construção do diagnóstico do problema serve para fechar seu discurso, qual seja: aquele projetado em (i) generalizações sobre o cárcere que nunca foram e nunca serão comprovadas pelas ciências sociais (sua fé nas ideologias “re”); (ii) na visão simplória sobre a seletividade das agências executivas do sistema penal (não teceu uma palavra o julgador sobre a atuação das agências policiais, comunicativas ou ideológicas, se restringindo a criticar rasteiramente seus companheiros de classe); e, por fim, (iii) na opção de se abster de mencionar a falência de um modelo punitivo que aparenta baixa capacidade de resolução de demandas sociais e alimenta um estado permanente de aferição de dor em formato de bem/remédio social.

A interpretação predominante na apreciação da matéria – elaborada essencialmente por constitucionalistas e não por penalistas – resumem-se na falta de destreza em dissertar sobre as funções da pena privativa de liberdade, aquelas que jamais foram concretizadas e que, em última instância, servem como discurso legitimante de uma verdadeira máquina de gastar gente<sup>588</sup>.

A fundamentação para o reconhecimento da miséria do sistema carcerário brasileiro apresentado pela Corte não foge muito das encontradas pelos Ministros, em especial no voto do Min. Rel. Marco Aurélio e do Ministro redator do acórdão Luís Roberto Barroso, para a formulação de propostas decorrentes do “estado de coisas”.

### **3.A delimitação dos horizontes: análise das teses trazidas pelo STF a partir de uma perspectiva negativa da pena**

Na análise da ADPF nº 347 o Supremo acabou por fixar as seguintes teses no acórdão:

1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.
2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em

---

588 Parfraseando o saudoso Darcy Ribeiro que caso estivesse vivo, nos assentaria que os engenhos de açúcar ainda vigoram. Cf. RIBEIRO, Darcy. O Brasil como problema. São Paulo: Global, 2016.

conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, devendo tais planos ser especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.<sup>589</sup>

Antes de se analisar as teses, as lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, se fazem necessárias para compreender “que é preciso repassar, sempre, os fundamentos; e os fundamentos dos fundamentos, de modo a que se possa ter uma base mais sólida e capaz de sustentar a resistência”<sup>590</sup>, de maneira que possamos entender o processo de criminalização que gira em torno do encarceramento e a crítica negativa da pena.

O fracasso dos fins a que se propõe o direito penal para tratar o fenômeno do crime, por meio de suas funções declaradas, corresponde ao sucesso da legitimação do poder punitivo e, por conseguinte, ao avanço do Estado de polícia<sup>591</sup>. A constatação desse avanço fez com que Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista (com a contribuição de Alejandro Alagia e Alejandro Slokar) desenvolvessem uma teoria da pena voltada para contenção desse poder que se insere no interior do Estado de direito, denominada teoria negativa-agnóstica da pena.

---

589 Não se desconhece, contudo, que em apresentação de proposta datada do dia 04/10/2023 o Ministro redator inclui, como acréscimo, a seguinte proposição: “O Conselho Nacional de Justiça realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n. 347. DJE publicado em 19/12/2023. Brasília, DF, 2023, p. 155/156. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 11 de fev. 2024.

590 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?** In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ, Belo Horizonte, v. 11, n. 14, p. 145-152, jul./dez. 2013.

591 “Embora não haja dúvida de que as teorias positivas da pena que legitimam em menor escala o poder punitivo (direito penal liberal tradicional) são as preferíveis, convém observar que: a) elas não deixam de ser legitimantes do estado de polícia; b) do ponto de vista de sua coerência interna, elas costumam ser mais contraditórias do que aquelas que dotam, sem rodeios, a defesa do estado policial (...). ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; *et al. op. cit.*, p., p. 96.

A teoria negativa-agnóstica tem como ponto de partida a distinção entre funções manifestas e latentes da pena criminal. Para Zaffaroni e Nilo Batista, o poder do Estado concebe à pena criminal funções manifestas (funções de prevenção geral e especial), porém essas funções não coincidem com o que o sistema penal efetivamente realiza nas sociedades com a aplicação e execução da pena criminal, o que denominam de funções latentes (torturas, ameaças, vitimizações, justicamentos policiais, maus-tratos, etc<sup>592</sup>.

Outro ponto essencial para a teoria negativa-agnóstica é o seu fundamento nos modelos ideais de Estado de direito e Estado de polícia, coexistentes no interior da figura do próprio Estado. Segundo Zaffaroni e Nilo Batista, “não é possível precisar o conceito de pena sem examinar bem mais de perto a função política do direito penal, o que não é factível sem aprofundar a ideia de estado de polícia e de estado de direito”<sup>593</sup>. A diferença do Estado de direito e do Estado de polícia está no fato de que o primeiro modelo ideal (Estado de direito) acata regras anteriormente estabelecidas, pressupõe que pertence a todos por igual, também respeita a igualdade entre todos os seres humanos e quando toma decisões sobre conflitos o faz de modo a afetar pouco a existência de cada indivíduo; o segundo modelo ideal (Estado de polícia) é paternalista, pois considera castigar, ensinar e tutelar seus súditos, mesmo diante de ações autolesivas, e entende a submissão à lei como sinônimo de obediência ao governo<sup>594</sup>.

Embora deva sempre prevalecer o Estado de direito, as tendências autoritárias representadas pelo Estado de polícia sobrevivem dentro da figura do Estado de direito, fazendo com que a política estatal sofra duas variações: “a) uma que visa conservar e reforçar o poder vertical arbitrário e b) outra que procura limitar e horizontalizar tal poder”<sup>595</sup>. Quanto maior é a contenção do Estado de polícia, mais próximo se estará do modelo ideal.

Partindo dessas construções, Zaffaroni e Nilo Batista renunciam as teorias clássicas da pena, pois, segundo eles, todas elas legitimam de algum modo o Estado de polícia, não são comprovadas empiricamente e ocultam o modo real de exercício do poder punitivo, porque toda coerção

---

592 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; *et al. op. cit.*, p. 88.

593 *Ibidem*, p. 93.

594 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; *et al. op. cit.*, p. 94.

595 *Ibidem*, p. 95.

estatal que não corresponde à função punitiva (ainda que materialmente o seja) fica de fora do horizonte do direito penal. Em outras palavras, dentro do horizonte do direito penal tradicional só cabe a pena formal do Estado, ficando de fora as funções latentes, como o “poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico (...)”<sup>596</sup>.

Surge, assim, um conceito extrajurídico de pena como “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes” e a definição da teoria como negativa, uma vez que “não concede qualquer função positiva à pena” e também porque se trata de um conceito “obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto)”; e, agnóstica, porque confessa não conhecer as funções declaradas que a pena efetivamente realiza. Dessa forma, a teoria negativa-agnóstica incorpora os efeitos não declarados da pena ao horizonte do direito penal e, assim, faz deles objeto de estudo e compreensão, fazendo com que “o poder punitivo seja evidenciado em todas as suas dimensões”<sup>597</sup>.

Nessa perspectiva de contenção do avanço autoritário, somente cabe ao direito penal de um Estado de direito a função de redução e contenção do poder punitivo, dentro dos limites menos irracionais possíveis, de tal maneira que o “*direito penal nunca pode ser neutro, deve ser sempre parcial no sentido de que, em qualquer circunstância, deve fortalecer a contenção das pulsões absolutistas*”<sup>598</sup>. As garantias penais e processuais penais devem, portanto, sempre fazer parte do Estado de direito, pois não são mais do que “*o resultado da experiência de contenção do poder punitivo e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia*”<sup>599</sup>.

Em síntese, a proposta de Zaffaroni e Nilo Batista seria a de construir uma teoria da pena livre de pulsões autoritárias, que funcione como um instrumento de resistência frente ao avanço do poder punitivo e, conseqüentemente, do Estado de polícia. O direito penal, portanto, deve operar não mais com base em teorias que justificam o poder de punir, mas

---

596 *Ibidem*, p. 98.

597 *Ibidem*, p. 100.

598 ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 172.

599 *Ibidem*, p. 173.

como “um plano estratégico de contração das violências das agências de punitividade”<sup>600</sup>.

Já o processo seletivo criminalizante projeta-se em dois momentos: ganha forma a partir da ratificação (agências políticas) de uma lei de natureza penal que passa a incriminar certas pessoas – criminalização primária – e que acabam por ter de suportar a ação punitiva *in concreto* – criminalização secundária – exercida pelas agências da criminalização secundária (policial, penitenciário, judicial etc.)<sup>601</sup>. Na verdade, entende-se que como a pretensão da criminalização primária nunca se revelou efetiva, pois almeja configurar na punição de toda conduta criminalizada em seu bojo: basta-nos questionar se todo crime de furto – art. 155, CP – consumado hoje será levado ao conhecimento dos entes do sistema penal – eis a *cifra oculta* deste programa. E conta ainda com a limitada capacidade operacional das agências da criminalização secundária. Este cenário acaba por impor uma atuação seletiva, ou seja, fica ao critério dos entes atuantes na criminalização secundária o papel de selecionar pessoas que serão criminalizadas e, *pari passu*, as vítimas em potencial que hão de ser afetadas. Eis o cenário que foi completamente esquecido pelos Ministros da suprema corte, qual seja: “a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção”<sup>602</sup>.

Os presídios encontram-se abarrotados por pessoas de determinada classe (pobres), gênero (homens) e cor (pretos), pois são elas as mais vulnerabilizados pela criminalização secundária. São eles mais vulnerabilizados pois (i) suas características são semelhantes aquelas presentes em estereótipos ditos criminais; (ii) a educação que comportam é capaz, tão somente, de auferir-lhes capacidade de incorrer em ações ilícitas toscas (*obra tosca da criminalidade*) de fácil detecção das agências; e, ainda,

---

600 *Ibidem*, p. 264.

601 Em resumo o que se tem seria a “detecção de uma pessoa pelas agências policiais que supõe-se tenha praticado ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar-se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; *et al. op. cit.*, p, p. 43.

602 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; *et al. op. cit.*, p. 45.

porque (ii) o etiquetamento lhe assentam conduta que se esperava dos estereótipos criminais<sup>603</sup>. Ora, os dados trazidos por todos os Ministros da corte retratam fidedignamente tal cenário.

A má interpretação da atuação das agências no sistema penal acaba por desembocar em discursos legitimantes do poder punitivo, nos moldes daqueles proferidos pelos Ministros em seus votos. Não acham estranho discursar em favor de uma teoria preventista especial da pena mesmo trazendo, na mesma elucubração, prova robusta de que a prisão abre ampla margem para a desumanização das pessoas presas, das pessoas que as monitoram (agentes penitenciários), do restante da população (que branda fervorosa quanto se aumenta a repressão do cárcere) e que comprova inócua a realização de qualquer pretensão “re”: não ressocializa, não reinserere, não reeduca. Em suma, em nome da erradicação do sofrimento e da desumanização justificam o sofrimento e a desumanização. As racionalizações que aparecem nos votos dos Ministros desembocam em atribuir ao poder punitivo funções positivas que não se comprovam empiricamente ou sucumbem facilmente diante do avanço das ciências sociais. O discurso humanista sustentado sobre a miséria do sistema carcerário brasileiro aparece contraditoriamente ao mesmo tempo em que se posicionam em favor da prisão enquanto meio de defesa social e de ressocialização do criminalizado<sup>604</sup>.

Não se restringindo a apresentar as teses fixadas pelo STF na ADPF 347, se dispõe a contrapô-las, já que as teses apresentadas são puramente formais e protocolares, despidas de capacidade empírica de alterar a realidade carcerária. As prisões, a polícia, e o judiciário – as tais agências do sistema penal – já fazem esse controle “formal” das vagas e nas condições das prisões.

É possível dizer com certa segurança que nenhum estabelecimento penitenciário brasileiro está totalmente abandonado pelo Estado. O que

---

603 *Ibidem*, p. 47.

604 Nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso: “(...) há um consenso internacional no sentido de que o que justifica a prisão é a proteção da sociedade (segurança) e a necessidade de recuperação do preso (ressocialização). Prende-se para conter a prática de delitos e para preparar o indivíduo para o retorno à sociedade e para uma vida compatível com a lei” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADPF n. 347. DJE publicado em 19/12/2023. Brasília, DF, 2023, p. 129. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 10 de fev. 2024.

há não é falta de controle e nem de proposições, mas de um compromisso verdadeiro com a questão penitenciária brasileira. As propostas, portanto, são inócuas do ponto de vista da emancipação da barbárie prisional, pois não reconhece os verdadeiros problemas estruturantes da privação de liberdade no Brasil.

Poderia a Corte ter seguido os passos e as proposições de Alessandro Baratta para (i) reconhecer que a pena não é capaz de cumprir com nenhuma função que lhe atribuíram; (ii) reconhecer a seletividade – e pretender suprimi-la do sistema punitivo sobre as classes subalternas; (iii) aceitar a incapacidade do poder punitivo em resolver conflitos – e, conseqüentemente, caminharmos para a abolição da instituição carcerária através da abertura do cárcere para a sociedade, também mediante a colaboração das entidades locais<sup>605</sup>.

Ou mesmo poderia a Corte ter seguido as orientações de Nilo Batista, quando propôs: 1. Reconhecimento de que a legislação penal necessita passar por reformas globais de seus códigos; 2. A necessária descriminalização das economias populares – trazendo fôlego para uma população oprimida; 3. Interrupção da construção de estabelecimentos penitenciários – cuja menção foi feita por Barroso, é verdade, mas desapareceu nas teses definitivas; 4. Racionalizar os operadores das agências executivas (atuantes na criminalização secundária); 5. Criação de juntas comunitárias locais para tratamento de conflitos vicinais; 6. Fortalecimento da vítima – ampliando as ocasiões em que detém o poder de decisão seja qual for a etapa do curso persecutório; 6. O ofuscamento do uso e influência da mídia enquanto meio de disseminação de humilhações de réus em processos criminais e, por conseguinte, valorizando-se os efeitos do princípio da presunção de inocência<sup>606</sup> - e desestimular que se utilize da palavra *combate* para apresentar a população planos de governos (não há combate sem mortos)<sup>607</sup>.

Mas, a Corte não verificou o que se já produziu há muito sobre o tema e perdeu a chance de dar um salto no caminho da constitucionalização dos presídios e tratamentos consoantes com a lei. Afinal, nunca se pode esquecer que o Estado, a partir do judiciário e de certa medida pelo próprio STF, está encaminhando o indivíduo para cumprir uma pena em

---

605 BARATTA, Alessandro. *op. cit.*, p. 200-204.

606 BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos do cólera**. In. Capítulos de Política Criminal. BATISTA, Nilo. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2023, p. 265-266.

607 BATISTA, Nilo. **Sobre el filo de la navaja**. *op. cit.*, p. 233.

situações que ele mesmo compreende ilegais, inconstitucionais. Ora, se isso não cheira a um oxímoro nada mais nessa terra poderá ser. Qual o limite ético do judiciário de submeter pessoas a condições ilegais para cumprir pena justamente por ter infringido previsões legais? Por isso o paradoxo precisa ser desfeito, do contrário é só mais uma forma de justificar o injustificável.

#### 4. Considerações Finais

A ADPF nº. 347 poderia ter sido um marco no reconhecimento do histórico fracasso da pena privativa de liberdade no Brasil, mas acabou por consolidar formulações jurídicas artificiais, que dão vida às enterradas teorias legitimantes da pena e a ressignifica para desgastar, ainda mais o termo constitucional, constitucionalidade e seus avessos inconstitucional e inconstitucionalidade.

O que se constata a partir das teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal é mais uma pretensão escapatória de enfrentamento ao problema, que acabou se resolvendo na velha formulação foulcautiana do “isomorfismo reformista”: muda-se para continuar da mesma forma. Ou seja, o Brasil reconhece que não segue a Constituição nem Leis para continuar não seguindo as Constituições e as Leis.

A questão penitenciária brasileira ainda é uma questão, maltratada pela sociedade e pelas instituições responsáveis pela sua gestão, e infelizmente a decisão do STF não projeta novos horizontes para diminuição do problema da desumanidade do cárcere brasileiro e da vulnerabilização retro-alimentadora do sistema de vulnerabilizar as pessoas.

#### Referências

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. **A pena nos tempos do cólera**. In. Capítulos de Política Criminal. BATISTA, Nilo. Rio de Janeiro: Revan. 2023, p. 265-266.
- BATISTA, Nilo. Sobre el filo de la navaja. In. Capítulos de Política Criminal. BATISTA, Nilo. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Calculando custos prisionais: panorama nacional e avanços necessários**. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: CNJ, 2021.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF n. 347**. DJE publicado em 19/12/2023. Brasília, DF, 2023, p. 177. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 10 de fev. 2024.
- LYRA, Roberto. **Penitência de um penitenciário**. Belo Horizonte: Líder, 2013.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro?** In. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ, Belo Horizonte, v. 11, n. 14, p. 145-152, jul./dez. 2013.
- Nota de Relatoria. **Sentencia T-153/1998**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> Acesso em: 03 de mar. de 2024.
- Nota de Relatoria. **Sentencia T-760/08**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm> Acesso em: 03 de mar. de 2024.
- RIBEIRO, Darcy. **O Brasil como problema**. São Paulo: Global, 2016
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo, et. al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2019.

## REFORMA TRIBUTÁRIA PARA QUEM?

*Marcelo Guerra Martins*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A desigualdade e a injustiça como marcas da tributação no Brasil. 3. A reforma tributária: Emenda Constitucional nº 132/2023. 4. Considerações finais. Bibliografia

### 1. Introdução

A tributação no Brasil, desde os tempos coloniais, sempre foi marcada pela opressão do poder estatal em face do contribuinte. Tanto é assim que a história narra a eclosão de diversas revoluções, levantes e insurreições, tendo como pano de fundo o combate à sanha fiscal. O exemplo mais notório é a Inconfidência Mineira, mas diversos outros se mostraram presentes ao longo dos séculos. Não é de hoje que se faz presente na sociedade brasileira uma dispersa e latente aversão à tributação.

Não obstante a Constituição Imperial brasileira de 1824, no §15 do art. 179, ter determinado que ninguém estaria isento de contribuir para as despesas do Estado segundo a proporção de seus haveres, isso nunca se tornou propriamente uma realidade, sendo certo que os mais pobres sempre foram, em termos proporcionais, mais onerados pela tributação do que as pessoas em melhor situação econômica. O mesmo se repete sob a égide da Constituição Cidadã de 1988, conforme será demonstrado no texto. É neste cenário que o presente artigo é escrito.

Além desta introdução, o artigo apresenta mais dois itens ou capítulos. No item 2, será demonstrado que quanto mais pobre alguém for, mais onerado será em termos tributários. Isso ocorre, em suma, porque 75% da arrecadação no Brasil é proveniente dos chamados tributos indiretos (ou sobre o consumo), sendo certo que, em tais casos, ricos e pobres

acabam arcando com o mesmo ônus financeiro, uma vez que o valor dos tributos é quase sempre totalmente embutido nos preços dos diversos bens e serviços.

Nesse campo, portanto, não há respeito à mencionada capacidade econômica do contribuinte objeto do art. 145, §1º, da Constituição de 1988. Tal situação afronta o mandamento maior da isonomia, na medida em que a larga predominância dos tributos indiretos impede que exista algo próximo de uma equivalência proporcional do sacrifício tributário em prol do Estado.

Na mesma linha, há falhas graves na incidência progressiva de certos tributos, tais como o Imposto sobre a Renda (das pessoas físicas) e o Imposto sobre a Propriedade Urbana, o que, em larga escala, prejudica a capacidade de os governos financiarem políticas públicas destinadas a promover a diminuição das desigualdades regionais e sociais.

O item 3 é dedicado às principais modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 132/2023, a chamada Reforma Tributária. Há décadas se falava no Brasil da necessidade de se alterar vários preceitos constitucionais tributários, uma vez que o sistema, além de não isonômico, é por demais complexo e juridicamente inseguro. Em que pese não se poder negar que houve avanços relativos à diminuição da complexidade, muito pouco foi feito a respeito de outros aspectos (isonomia e a incidência progressiva dos tributos sobre a renda e as propriedades), significando dizer que os mais pobres permanecerão sendo os proporcionalmente mais onerados pela tributação brasileira.

Quanto à metodologia, o texto se constitui num estudo bibliográfico com apresentação de dados estatísticos e conclusões tiradas primordialmente por meio da indução. Fica advertido não ser intenção do autor firmar certezas ou palavras finais, muito ao contrário, todas as críticas são muito bem-vindas.

## **2. A desigualdade e a injustiça como marcas da tributação no Brasil**

A igualdade é um valor que transparece em vários preceitos da Constituição de 1988, tanto no aspecto formal (perante a lei) quanto material (condições de vida digna a todas as pessoas). Nesse sentido, a igualdade se revela como “princípio geral aplicável a todo o Direito, que desde *Platão* e *Aristóteles* está vinculado à ideia de justiça”<sup>608</sup>, sendo certo que “a

---

608 FRAGA, Henrique Rocha. **O imposto territorial urbano e o princípio da pro-**

imposição de tratamento isonômico constitui objetivo primeiro de qualquer Estado que se organize sob a veste democrática, sem contar que se cuida de ideal de justiça desde as origens mais remotas da civilização”<sup>609</sup>.

No campo tributário, a igualdade pode ser analisada sob uma dimensão negativa e outra positiva<sup>610</sup>. A primeira (negativa) encontra-se prevista no inciso II, do art. 150 da Carta Magna de 1988, que determina ser vedado “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Porém, o que nos interessa neste artigo é a igualdade em sua dimensão positiva, cuja essência determina ser necessário existir uma certa equivalência entre o sacrifício que as pessoas fazem em prol do Estado. Assim, “pessoas com renda igual devem contribuir com igual quantidade de tributos e pessoas com renda diferentes devem pagar quantidades diferentes de tributos”<sup>611</sup>. De fato, quando alguém é tributado tem sua capacidade econômica diminuída em algum grau, tornando-se menos capaz de satisfazer suas necessidades e desejos. Assim, em nome da igualdade, é de rigor que essa perda de bem-estar (esse sacrifício) seja o mais equivalente possível entre todas as pessoas.

Trata-se do que pode ser denominado de regra do sacrifício tributário equitativo, cuja base elementar é o respeito à denominada capacidade econômica do onerado, o que, segundo Regina Helena Costa<sup>612</sup>, “é um desdobramento do princípio da igualdade”. Aliás, o §1º do art. 145 da Constituição não deixa margem à dúvidas ao prever: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”.

Prosseguindo, é bem sabido que o Brasil apresenta elevados índices de pobreza em contraste com alta concentração de riqueza<sup>613</sup>. Daí que,

---

gressividade. São Paulo: IOB, 2007, p. 58

609 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 35.

610 ROHENKOHL, Marcelo Saldanha. **O princípio da capacidade contributiva no estado democrático de direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 106.

611 PAYERAS, José Adrian Pintos. **A carga tributária no Brasil e sua distribuição**. 2008. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) Escola Superior de Agronomia Luiz de Queiroz. Universidade de São Paulo. Piracicaba, p. 22.

612 COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, p. 38.

em atendimento aos preceitos constitucionais como o art. 3º, que determinam a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem-estar de todos, é indispensável que a tributação funcione, mesmo que não exclusivamente, como um instrumento de redistribuição de riqueza e melhoria das condições materiais dos mais pobres.

Aqui entra em cena uma importante ferramenta que é a progressividade tributária, ou seja, uma sistemática em que a incidência se dá de maneira crescente, segundo o aumento da base de cálculo dos fatos geradores. Assim, quanto maior for o elemento econômico envolvido numa determinada situação tributável, maior deverá ser a respectiva alíquota. Trata-se de um passo adiante à mera observância da capacidade econômica do contribuinte. Nesse contexto, a progressividade encontra-se ligada à ideia de justiça social, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária a que alude o inciso I do art. 3º da Constituição de 1988.

Com efeito, assevera Débora da Silva Roland<sup>614</sup> que os “tributos, então, são erigidos como instrumentos de correção e contenção da distribuição de riquezas e concentração de poder num sistema social norteado por uma justiça distributiva”. Na mesma linha, José Casalta Nabais<sup>615</sup> apregoa que “a existência de um Estado fiscal tem subjacente uma idéia de justiça distributiva traduzida na redistribuição dos rendimentos dos contribuintes para os que não sejam contribuintes”.

A Constituição de faz algumas referências expressas à progressividade tributária. O §2º, do art. 153, estipula que o Imposto sobre a Renda deve ser informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade. O §4º, inciso I, do mesmo art. 153, aduz que o Imposto Territorial Rural “será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma

---

613 Estudo desenvolvido no âmbito do International Policy Centre for Inclusive Growth, que envolveu 29 países (entre desenvolvidos e em desenvolvimento), apontou que o Brasil está entre as cinco nações em que a parcela mais rica da população recebe mais de 15% da renda nacional. De fato, segundo o aludido estudo, os 1% mais ricos concentram entre 22% e 23% do total da renda do país (SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; MEDEIROS, Marcelo. **The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014**. Brasília: International Policy Centre for Inclusive Growth, 2017, p. 15).

614 ROLAND, Débora da Silva. **Possibilidade jurídica da progressividade tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 25.

615 NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de Godoi (orgs.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 128-129.

a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas”. O §1º, incisos I e II, do art. 156, prevê que o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana seja progressivo e, ainda, que tenha alíquotas fixadas em função da utilização do bem e da sua localização.

Contudo, não obstante exista vários mandamentos constitucionais que determinam que a tributação no Brasil seja operada de forma isonômica (observância à capacidade contributiva) e progressiva.

Tudo tem a ver com a prevalência, no Brasil, dos chamados tributos indiretos, isso é, aqueles cuja sistemática permite que o sujeito passivo da obrigação tributária (o contribuinte) transferira a um terceiro (geralmente o consumidor final) o ônus correspondente à incidência. São indiretos todos os tributos pagos por pessoas jurídicas, incluindo as firmas individuais. É que havendo um contexto empresarial em cena, sempre há, ao menos teoricamente, a possibilidade de “empurrar” o valor dos tributos para pessoa diversa<sup>616</sup>. Na outra ponta encontram-se os tributos diretos ou pessoais que incidem em situações em que a transferência do ônus financeiro é bem mais difícil<sup>617</sup>.

É possível perceber, portanto, que os tributos indiretos são grandes inimigos da igualdade e da justiça tributária. Por primeiro, porque não há qualquer reverência à capacidade econômica daquele que de fato suporta financeiramente a incidência: tanto o miserável quanto o afortunado arcam com idêntica oneração econômica, uma vez que o valor dos tributos encontra-se embutido nos preços dos bens ou serviços. Por segundo, os

---

616 Explica-se: num primeiro momento, de modo a não diminuir os lucros, tenta-se repassar o ônus gerado pelos tributos aos consumidores (daí ser comum nominar os tributos indiretos como tributação sobre o consumo). Caso isso não seja possível (*v.g.* concorrência acirrada que obriga a prática de preços mais baixos), o próximo passo geralmente é a transferência dos encargos aos empregados na forma de estagnação salarial. Contudo, tal procedimento pode ser problemático, visto que os trabalhadores e os sindicatos não concordarão com essa situação indefinidamente. Assim, em última hipótese, o ônus tributário acaba sendo aportado aos sócios e acionistas com menores distribuições de lucros. Nesse sentido, é a lição de Andrea Lemgruber (A tributação do capital: o imposto de renda da pessoa jurídica e o imposto sobre operações financeiras. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo Arvate (orgs.). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 213).

617 Os exemplos mais comuns de tributos diretos são os devidos por pessoas físicas fora de um contexto empresarial, tais como os impostos sobre a renda, sobre as propriedades, sobre transferências de bens (compra e venda, heranças e doações). Como em tais hipóteses não há um contexto empresarial, o ônus da incidência acaba sendo arcado pelo próprio sujeito passivo.

tributos indiretos são regressivos, ou seja, a tributação proporcionalmente diminui de acordo com o aumento da capacidade econômica do contribuinte. Nesse campo, segundo explica Maria da C. Sampaio<sup>618</sup>:

Críticos da tributação do consumo alegam a regressividade desse tipo de tributo já que a propensão média e marginal a consumir das pessoas de baixa renda é superior a dos indivíduos mais ricos. Portanto, o ônus fiscal é menor para os grupos mais ricos porque recai somente sobre parte da renda, já que a poupança não é afetada pela tributação do consumo<sup>619</sup>.

Como acima referido, no Brasil predominam os tributos indiretos, sendo possível supor que essa proporção seja de 75% para a tributação indireta contra 25% da tributação direta<sup>620</sup>. Nesse sentido, por exemplo, a Receita Federal já constatou que o Imposto de Renda das pessoas físicas, nítido tributo direto, correspondeu a meros 4,7% da arrecadação total para o ano de 2001<sup>621</sup>.

A mesma situação ocorre em face dos impostos sobre as propriedades (IPTU, ITR e IPVA), também de índole direta, que vêm representando parcela bastante singela na arrecadação tributária no Brasil, encontrando-se por volta de 3,7% do total para o ano de 2011<sup>622</sup>. Em anos anteriores

---

618 SAMPAIO, Maria da Conceição. Tributação do consumo no Brasil: aspectos teóricos e aplicados. In: BIDERMAN, Ciro; AVRATE, Paulo (orgs.). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 188-189.

619 Estudo elaborado pela Receita Federal do Brasil igualmente destaca o caráter regressivo da tributação indireta: "Da renda total recebida, parte é consumida e parte é poupada. A propensão a poupar aumenta conforme aumenta a renda, pois as necessidades básicas são cobertas por uma fração cada vez mais baixa da renda total, podendo o agente econômico optar por investir em ativos financeiros (poupança). Conseqüentemente, tributos indiretos têm natureza regressiva em relação à renda total. Ou seja, embora as famílias com mais alta renda consumam mais e, portanto, paguem mais impostos indiretos em valores absolutos, a relação entre esse montante pago e a renda total (valores relativos) tende a ser mais alta para famílias com baixa renda". BRASIL. Receita Federal do Brasil. **A progressividade no consumo: tributação cumulativa e sobre o valor agregado**. Estudo Tributário nº 04, março de 2002, p. 08.

620 MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de direito & economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2011, p. 210.

621 BRASIL. Receita Federal do Brasil. **O imposto de renda das pessoas físicas no Brasil**. Estudo Tributário nº 14, dezembro de 2004, p. 11.

622 AFONSO, José Roberto R. *et. al.* Diagnóstico atualizado da tributação da propriedade no Brasil. **Revista de Administração Municipal**, ano 58, n. 281, jul./set.

essa parcela foi ainda menor, variando entre 1,5% (até meados dos anos 1990) a 3% do total (início dos anos 2000)<sup>623</sup>. Aliás, há mais de 35 anos, Luiz A. Villela<sup>624</sup> já afirmava que “os impostos patrimoniais brasileiros deixaram de ter participação significativa no total das receitas tributárias e na composição da carga tributária nacional há décadas”.

A forte predominância da tributação indireta no Brasil, aliado ao fato da maioria da população ser pobre<sup>625</sup>, faz com que não exista equivalência (ou algo sequer próximo disso) em termos de sacrifício tributário. Definitivamente, os mais pobres vêm sendo, em termos proporcionais, muito mais onerados que os mais afortunados. Aqui, segundo Cleucio Santos Nunes<sup>626</sup> que:

as pessoas com renda de até dois salários mínimos comprometiam 53,9% de seus ganhos com o pagamento de tributos, enquanto que quem recebeu mais de trinta salários sofreu um impacto de somente 29% em sua renda com a mesma despesa. Essa relação em que, conforme a renda aumenta diminui o peso da tributação é chamada de regressividade tributária. A principal causa dessa disparidade de repercussão da carga tributária está nas opções políticas da matriz tributária brasileira, que enfatiza a tributação sobre o consumo, sendo mais complacente com a tributação sobre renda e propriedade, ao menos quando se comparam os indicadores nacionais com os de outros países.

Essa desigualdade fica bastante evidente se traduzirmos o esforço tributário em “dias de trabalho”. Conforme Carlos Almeida<sup>627</sup>, estima-se

---

2012, p. 54.

623 MARTINS, Marcelo Guerra, ob. cit., p. 211.

624 VILLELA, Luiz A. **Tributação da renda e do patrimônio**. IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão n. 102, mar. de 1987, p. 02.

625 Segundo a Receita Federal, em 2021 (ano calendário 2020) foram entregues pouco mais de 31 milhões de declarações de IRPF para um universo de 220 milhões de habitantes. Como encontravam-se isentos desse imposto quem recebeu mensalmente até R\$ 1.903,98, significa dizer que 189 milhões de pessoas (ou 86% da população) auferiram rendimentos inferiores à primeira faixa de isenção, podendo ser consideradas pobres (mesmo que nem todas em estado de miséria).

626 NUNES, Cleucio Santos. **Justiça e equidade nas estruturas endógena e exógena da matriz tributária brasileira**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, p. 380.

627 ALMEIDA, Alberto Carlos. **O dedo na ferida**. São Paulo: Record, 2010, p. 210.

que no Brasil quem ganhe mensalmente até 2 salários mínimos transfira aproximadamente 54% da renda ao Estado como reflexo dos tributos indiretos incluídos nos preços de bens e serviços. Algo em torno de 200 dias de trabalho. Para os que ganham acima de 30 salários, a repercussão é menor, ou seja, a tributação indireta absorve “apenas” 30% da renda ou 100 dias de trabalho.

Prosseguindo, em termos de justiça tributária, a situação é igualmente ruim. Ao que tudo indica, o sistema tributário brasileiro não vem contribuindo para promover uma adequada distribuição de riqueza, mas, ao contrário, está inclusive ajudando a concentrá-la ainda mais, exatamente o contrário do desejado pelo constituinte de 1988.

Assim ocorre porque se a participação dos tributos diretos no montante arrecadado é baixa, o potencial redistributivo dessas receitas em prol dos mais pobres igualmente será baixo. Como visto, a participação do Imposto de Renda das pessoas físicas sequer chega a 5% do total arrecadado, sendo a participação dos tributos que incidem sobre as propriedades menor ainda.

Aliás, tomando como exemplo o Imposto de Renda das pessoas físicas, houve nítido prejuízo à progressividade no instante imediatamente posterior à vinda da Constituição Cidadã de 1988. Nesse tópico, “até o ano de 1987 as alíquotas variavam de 5% a 50% e até o ano de 1988 eram 8 faixas de alíquotas que iam de 0% a 45%”<sup>628</sup>. A qualidade superior da legislação pré-1988, em termos de aptidão para tributar de forma mais equânime as diversas classes de contribuintes, não se dava apenas em vista da presença de um número maior de alíquotas, mas também pela imposição diferenciada segundo a origem do rendimento (*v.g.* trabalho, aplicações financeiras, dividendos, ganhos de capital, etc.). Sobre o tema, segundo Sacha C. N. Coelho<sup>629</sup>:

Antigamente a lei classificava o rendimento das pessoas físicas em cédulas que iam da letra “A” a “H”. Cada cédula ou rendimento cedular continha suas deduções próprias, que, uma vez feitas, forneciam o rendi-

---

628 QUEIRÓZ, Mary Elbe. O imposto sobre a renda das pessoas físicas e as distorções na sua incidência – injustiça fiscal? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O tributo – reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 245.

629 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 457.

mento cedular líquido. O somatório dos mesmos constituía a *renda bruta*. A sua vez, a renda bruta sofria os abatimentos das quantias gastas pelos contribuintes para sobreviverem e se aprimorarem junto com seus dependentes. Este sistema foi eliminado a partir de 1989 a título de simplificar as declarações anuais das pessoas físicas. Nota Hugo de Brito Machado que, no entanto, restou modificado o caráter pessoal do imposto de renda (art. 145 § 1º da CF/88). Tem toda razão. A título de simplificar, o legislador simplificou demais, aumentando a tributação pelo cerceamento arbitrário de abatimentos e deduções, pela adoção de poucas alíquotas progressivas e pela imposição de limites genéricos divorciados da realidade, contra os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, em um país de muita desigualdade de renda, por faixas de população e por estamentos etários e familiares (número de dependentes).

Fato é que desde 1988, com a Lei nº 7.713, a origem do rendimento nunca mais foi considerada para diferenciar a tributação da renda das pessoas físicas. Atualmente, existem apenas 4 alíquotas, a teor do estabelecido na Lei nº 14.663/2023: até R\$ 2.112,01 (isento); entre R\$ 2.112,02 até R\$ 2.826,65 (7,5%); entre R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05 (15%); entre R\$ 3.751,06 até R\$ 4.664,68 (22,5%) e acima de R\$ 4.664,68 (27,5%).

Mas não é só. Outro grande elemento neutralizador da progressividade desse imposto é a tributação dos lucros e dividendos exclusivamente na pessoa jurídica, conforme determina o art. 10 da Lei nº 9.249/1995. Ora, se quem suportar o ônus financeiro da exação for a pessoa jurídica e não os respectivos sócios ou acionistas, certamente esse ônus acabará sendo transferido aos consumidores<sup>630</sup> e empregados.

Nessa toada, concluem Sérgio W. Gobetti e Rodrigo O. Orair<sup>631</sup> que

---

630 Outro malefício disso é que a inclusão dos ônus tributários tornará os preços dos bens, produtos e serviços, mais elevados. Como a demanda usualmente varia segundo o preço, a tendência será uma diminuição na demanda (salvo para itens muito essenciais). Menos demanda implica em menos produção. Menos produção requer menos empregos e assim por diante. Em suma, além da questão da isonomia e justiça, a tributação indireta gera custos econômicos e sociais.

631 GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Progressividade tributária: a agenda negligenciada**. IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão n. 2.190, abr. de 2016, p. 18. Ainda segundo os autores (idem, p. 17), “observa-se que o volume de dividendos e lucros distribuídos quase dobrou em valores reais, de R\$ 149 bilhões em 2007 para R\$ 287 bilhões em 2013, expansão 41%

“não é preciso grandes análises para perceber que a isenção de dividendos implica renúncia substancial de receitas para o governo e favorece a concentração de renda”. Os mesmos autores ainda enfatizam que:

Em suma, os benefícios tributários aos rendimentos do capital, entre outras assimetrias, contribuem para que o Brasil possua uma das maiores, senão a maior, concentração de renda no topo da distribuição entre todos os países do mundo. Essa situação poderia ser parcialmente revertida pela reinstituição da tributação sobre dividendos. Caso fossem tributados pela atual tabela progressiva, simulamos que o potencial redistributivo do IRPF, mensurado pela queda no índice de Gini, cresceria para cerca de 4%, equiparando-se ao verificado no Uruguai e no México, mas ainda distante da média dos países da OCDE.

Em vista de tantas circunstâncias negativas, Mary Elbe Queiróz<sup>632</sup> preconiza que o “IR previsto na legislação ordinária atual não guarda mais qualquer conexão com os princípios constitucionais e tem consagrado verdadeira injustiça fiscal, à medida que desprezita a pessoalidade, a capacidade contributiva e a progressividade”.

Com efeito, a prática delongada<sup>633</sup> de uma tributação desconforme com a capacidade econômica do contribuinte e, sobretudo, injusta, gera contextos negativos que não podem mais ser simplesmente ignorados pela sociedade. Aqui, segundo Pedro Souza *et. al.*<sup>634</sup>:

em 2021, tivemos o maior aumento anual da pobreza em mais de trinta anos. O prolongamento da pandemia e o menor volume das transferên-

---

superior à do PIB. Esses montantes beneficiam 2,1 milhões de pessoas ou 7,9% dos declarantes, com maior presença nos estratos do topo, onde chegam a representar 72,0% dos declarantes de rendimentos superiores a R\$ 1,3 milhão”.

632 QUEIRÓZ, Mary Elbe, *ob. cit.*, p. 249.

633 Nesta esteira, conforme bem adverte o professor Paulo de Barros Carvalho: "a conturbada trajetória dos sistemas tributários brasileiros, desde o tempo do descobrimento até hoje, é uma função nítida dos acontecimentos históricos pelos quais passamos, gerando instabilidade e insatisfações que acabaram, teimosamente, por provocar baixos índices de eficácia social" (Prefácio. **A História dos tributos no Brasil**. São Paulo: Edições SINAFFRESP, 2000, p. 13).

634 SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; HECKSHER, Marcos; OSÓRIO, Rafael G. **Um país na contramão: a pobreza no Brasil nos últimos 10 anos**. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota Técnica n. 102, dez. 2022, p. 06.

cias se refletiram em aumentos entre 1,8 p.p. e 4,7 p.p., a depender da linha, com retrocessos mais fortes para as linhas mais elevadas. Em consequência, o nível de pobreza no Brasil em 2021 foi o pior da década e de toda a série histórica da PNAD Contínua. Embora os números não possam ser diretamente comparados aos da antiga PNAD, é plausível supor que a pobreza extrema retornou ao patamar de meados dos anos 2000, conforme demonstrado em Souza (2022) e no gráfico 1.

Não se pode, evidentemente, imputar com exclusividade ao sistema tributário a responsabilidade pela alta concentração de riqueza no Brasil. Certamente, há fatores outros – e não poucos – que contribuem para essa situação. Todavia, o que se pode afirmar, com razoável grau de certeza, é que a tributação no Brasil, da maneira como vem sendo praticada, está funcionando como um freio, verdadeiro obstáculo, à promoção de melhores condições aos menos favorecidos.

### **3. A reforma tributária: Emenda Constitucional nº 132/2023**

No Brasil, há certo tempo, muito se tem falado da necessidade de ser levada a efeito uma reforma tributária abrangente que, dentre outras medidas, torne o sistema mais equânime, menos complexo, mais racional, eficiente e dotado de um maior nível de segurança jurídica e previsibilidade. Ocorre que, não obstante há anos tramitem no Congresso Nacional propostas de emenda à Constituição relativas ao tema, até recentemente as diversas forças políticas que se fazem presentes no Legislativo (o que é próprio dos regimes democráticos) não conseguiam alinhar seus interesses de modo a permitir que alguma proposta fosse finalmente acolhida e posta em prática.

Finalmente, após décadas de discussões, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 132/2023 que vai requerer a edição de várias leis complementares para ser posta em prática. A seguir, de modo resumido, identificamos as principais modificações promovidas no sistema tributário brasileiro e que tenham relação com o tema central deste artigo.

Houve a unificação de tributos relevantes que incidem sobre o consumo de bens e serviços, sendo prevista a extinção dos atuais IPI, PIS, COFINS (de competência da União), ICMS (dos Estados) e ISS (dos Municípios) por apenas dois tributos, a CBS (Contribuição sobre Bens e Serviços) em prol da União e o IBS (Imposto sobre Bens e Serviços) em prol dos Estados e Municípios. Aqui, a principal vantagem reside na desburocratização

do sistema, sendo que não haverá mais a necessidade de os contribuintes lidarem com as atuais 27 leis estaduais para o ICMS, nem as mais de 5.000 leis municipais que cuidam do ISS. A legislação passa a ser única, aplicável à toda Federação, o que certamente contribuirá para diminuir os atuais elevados custos de conformidade suportados pelas empresas.

É prevista a ampliação do sistema de crédito e débito<sup>635</sup> das incidências tributárias que se fizerem presentes durante a cadeia produtiva, com o intuito de eliminar o chamado “imposto em cascata”. Com efeito, as regras da não cumulatividade brasileira sempre foram “parciais”, quer dizer, restritas a matérias-primas, insumos, produtos intermediários e materiais de embalagem (o chamado crédito físico), ficando de fora itens relevantes no processo industrial, bem como bens destinados ao ativo fixo.

Nesse tópico, segundo Manoel Pires<sup>636</sup>

Outra novidade é cobrança da CBS e do IBS inteiramente no destino e não mais na origem. Com isso, objetiva-se neutralizar a chamada “guerra fiscal”. Atualmente, em linhas gerais, o ICMS é dividido entre o Estado onde se localiza a indústria produtora e o Estado para onde o bem é remetido para ser vendido ao consumidor final. Isso tem incentivado que alguns Estados concedam “descontos” na tributação das indústrias que se instalem em seus territórios, com consequências nocivas representadas não apenas por perda de arrecadação, mas também por distorção de preços e abalo do sistema federativo com vários Estados litigando entre si perante o Supremo Tribunal Federal.

---

635 Em resumo, pelo sistema de não cumulatividade pelo valor agregado, a empresa faz o registro, como crédito, do valor dos tributos relativos às entradas de matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagens, e outros insumos, que tenham sofrido a incidência tributária ao saírem do estabelecimento de onde vieram. Posteriormente, faz o registro, como débito, do valor dos tributos que saírem. Ao final de certo período (geralmente um mês) é feita a apuração. Se o débito é maior, o saldo devedor corresponde ao valor a ser recolhido. Se o crédito é maior, o saldo credor é transferido para o período seguinte.

636 *Uma análise abrangente da reforma tributária. FGV IBRE, 15/08/2023. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/uma-analise-abrangente-da-reforma-tributaria>. Acesso em 15 fev. 2024.*, a ampliação do regime da não cumulatividade apresenta seguintes vantagens: 1) desonera a cadeia produtiva e, acabando com a cumulatividade, estimula a agregação de valor na cadeia de produção, 2) desloca a tributação da produção para o consumo, com menos onerações para investimentos e exportações o que aumenta a competitividade da economia, 3) melhora o combate à sonegação fiscal porque, para gerar o crédito que será compensado com futuros débitos, a empresa tem que necessariamente emitir nota fiscal.

Em que pese ter havido significativo avanço em termos de modernização do sistema, tornando-o menos complexo em termos normativos, bem como menos propenso a distorções nocivas como a “guerra fiscal”, muito pouco foi feito para tornar a tributação brasileira mais igualitária (equivalência de sacrifício econômico dos contribuintes em prol do Estado) e apta a promover uma melhor distribuição de renda no país. Nessa banda, não houve qualquer mudança em relação aos atuais regimes dos impostos sobre a renda das pessoas físicas e sobre as propriedades, justamente os maiores exemplos de tributos diretos. Em suma, a tributação indireta permanecerá dominando a arrecadação final.

Porém, não se pode deixar de reconhecer a presença de um pequeno avanço em prol da isonomia e justiça tributária. Trata-se da instituição de um sistema de *cash back* (ou devolução do imposto) e desoneração da cesta básica.

Por meio do *cash back* cria-se a possibilidade de haver devolução, em dinheiro, dos valores relativos à CBS e ao IBS para beneficiar pessoas de baixa renda que, dessa forma, teriam parcialmente neutralizado o ônus tributário incidente sobre os bens e serviços consumidos. Como visto acima, não há como se observar a capacidade econômica do contribuinte na tributação sobre o consumo, o que impinge ao sistema tributação brasileiro um forte caráter regressivo, sendo os pobres proporcionalmente bem mais onerados do que aqueles em melhor situação econômica.

No que tange à cesta básica, atualmente cada Estado calibra a respectiva tributação pelo ICMS de modo diverso. A ideia é criar, em nível nacional, uma cesta básica composta por produtos que teriam zeradas as alíquotas de CBS e IBS, de maneira a tornar esses produtos mais baratos ao consumidor final, uma vez que não haverá oneração tributária. Os menos afortunados economicamente serão os maiores beneficiados.

Todavia, tanto o *cash back* quanto a desoneração da cesta básica nacional dependem da edição de leis que instituem, disciplinem e regulamentem essa sistemática. Logo, por ora, não é dado saber até que ponto o potencial dessas figuras, em termos de promoção de igualdade e justiça tributária, será efetivado.

#### 4. Considerações finais

Não se pode olvidar que a construção de uma sociedade menos desigual em termos econômicos depende, ainda que não de modo exclusivo, de recursos com origem na tributação, sendo que a maneira como o siste-

ma tributário é edificado influencia diretamente não apenas o volume arrecadado, mas também a intensidade com que ocorre distribuição de riqueza em benefício dos mais necessitados.

Do que foi exposto no texto é possível concluir que o sistema tributário brasileiro vem operando contrariamente ao desejado pelo constituinte de 1988, na medida em que, há tempos, os mais pobres vem sendo significativamente mais onerados do que aqueles em melhores condições. O sistema também não vem conseguindo proporcionar um nível aceitável de distribuição de riqueza.

Considerando que a maior parte da população brasileira é pobre, bem como o fato da tributação indireta corresponder a algo próximo de 75% do total arrecadado e, ainda, a baixa exploração da progressividade nos tributos diretos, o mais provável é que os pobres estejam financiando parcela relevante das políticas públicas desenhadas com objetivo de amenizar a própria pobreza, num círculo vicioso de difícil reversão<sup>637</sup>.

Infelizmente, eventuais soluções para corrigir as iniquidades retratadas no texto são complexas e certamente ultrapassam o espectro estritamente jurídico. Será preciso uma conjunção de esforços políticos, econômicos e sociais, tudo com foco num prazo bastante alongado, visto não ser possível modificar da noite para o dia (leia-se de uma década para outra) instituições que dão azo a um *modus operandi* solidificado há tempos imemoriais.

Propostas simplistas que desconsiderem os efeitos sobre a economia (no curto e no longo prazo) devem ser descartadas. De nada adiantaria, por exemplo, majorar significativamente as alíquotas do Imposto de Renda das pessoas físicas. Além do risco de ocorrer fuga de capitais (como já ocorreu na Eurpopa)<sup>638</sup>, o volume arrecadado não aumentaria tanto, visto que o IRPF representa uma parcela que beira meros 5% do total de ingressos nos cofres públicos.

---

637 Conforme Fernando Rezende e Armando Cunha “cerca de 40% do total das transferências monetárias e não-monetárias recebidas pelos domicílios pobres tendem a retornar ao governo na forma de tributos pagos por esses mesmos domicílios” (REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. **Contribuintes e cidadãos: compreendendo o orçamento federal**. São Paulo: FGV, 2002, p. 111).

638 Para aprofundar, vide estudo de SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. **Imposto sobre grandes fortunas, fuga de capitais e crescimento econômico**. Brasília. Câmara dos Deputados, mai. de 2015.

Outra possibilidade, aliás, bastante controversa, é a instituição do imposto objeto do art. 153, VII, da Constituição, incidente sobre as grandes fortunas. Ocorre que, dependendo de como essa exação vier a tona, igualmente haveria o risco de fuga de capitais do país, promovendo ainda mais danos à nossa economia já um tanto combalida.

Como a arrecadação tributária está diretamente ligada à quantidade de atos (ou situações) de índole econômica ocorridos num certo período, não se pode ignorar eventuais efeitos negativos que a criação ou majoração de tributos possa gerar sobre os agentes econômicos e o próprio mercado como um todo. As mudanças necessariamente precisam ser lentas e graduais.

A reforma tributária, objeto da Emenda Constitucional nº 132/2023, ainda que tenha caminhado para um avanço em termos de modernização do sistema, tornando-o menos complexo em termos normativos, bem como menos propenso a distorções nocivas como a “guerra fiscal”, muito pouco fez para tornar a tributação brasileira mais igualitária (equivalência de sacrifício econômico dos contribuintes em prol do Estado) e apta a promover uma melhor distribuição de renda no país. A implantação do *cash back* e a desoneração da cesta básica nacional contribuem positivamente, mas estão longe de superar os desafios de tornar o sistema tributário mais igualitário e justo.

Todavia, ainda que existam árduas dificuldades para que alguma melhora ocorra nesse estado de coisas, isso não significa que os agentes políticos e a própria sociedade civil devam candidamente se conformar com a desigualdade e a injustiça tributária imperante no Brasil, sendo imprescindível a busca de possíveis soluções factíveis e que possam ser absorvidas dentro do nosso “grande pacto social”, mesmo que os resultados sejam percebidos apenas pelas futuras gerações. A inação, como parece estar ocorrendo, é inaceitável.

## Bibliografia

- AFONSO, José Roberto R; SOARES, Júlia Moraes; CASTRO, Kleber Pacheco de. Diagnóstico atualizado da tributação da propriedade no Brasil. **Revista de Administração Municipal**, ano 58, n. 281, jul./set. 2012, p. 51-65. Disponível em: <http://www.ibam.org.br/media/arquivos/revistaibam281.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2024.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. **O dedo na ferida**. São Paulo: Record, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outu-

- bro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.
- BRASÍL. Constituição Política do Império do Brasil. de 25 de março de 1824. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm). Acesso em: 14 fev. 2024.
- BRASIL. Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17713.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17713.htm). Acesso em: 14 fev. 2024.
- BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19249.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm). Acesso em: 14 fev. 2024.
- BRASIL. Lei nº 14.663, de 28 de Agosto de 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2023/lei/L14663.htm#:~:text=L14663&text=Define%20o%20valor%20do%20sal%C3%A1rio,de%20que%20trata%20o%20art](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14663.htm#:~:text=L14663&text=Define%20o%20valor%20do%20sal%C3%A1rio,de%20que%20trata%20o%20art). Acesso em: 14 fev. 2024.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. Estudo. **A progressividade no consumo**: tributação cumulativa e sobre o valor agregado. Estudo Tributário nº 04, de março de 2002. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/a-progressividade-no-consumo-2002>. Acesso em: 12 fev. 2024.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. **O imposto de renda das pessoas físicas no Brasil**. Estudo Tributário nº 14, dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/o-imposto-de-renda-das-pessoas-fisicas-no-brasil-2004>. Acesso em: 12 fev. 2024.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Prefácio. Prefácio. **A História dos tributos no Brasil**. São Paulo: Edições SINAFFRESP, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- FRAGA, Henrique Rocha. **O imposto territorial urbano e o princípio da progressividade**. São Paulo: IOB, 2007.
- GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Progressividade tri-**

- butária: a agenda negligenciada.** IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão nº 2.190, abril de 2016. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6633/1/td\\_2190.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6633/1/td_2190.pdf). Acesso em: 13 fev. 2024.
- LEMGRUBER, Andrea. A tributação do capital: o imposto de renda da pessoa jurídica e o imposto sobre operações financeiras. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo Arvate (orgs.). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 206-230.
- MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de direito & economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2011.
- NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de Godoi (orgs.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- NUNES, Cleucio Santos. **Justiça e equidade nas estruturas endógena e exógena da matriz tributária brasileira**. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília – Distrito Federal. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21828/1/2016\\_CleucioSantosNunes.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21828/1/2016_CleucioSantosNunes.pdf). Acesso em: 13 fev. 2024.
- PAYERAS, José Adrian Pintos. **A carga tributária no Brasil e sua distribuição**. 2008. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) Escola Superior de Agronomia Luiz de Queiroz. Universidade de São Paulo. Piracicaba. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-12082008-115340/pt-br.php>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- PIRES, Manoel. Uma análise abrangente da reforma tributária. **FGV IBRE**, 15/08/2023. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/uma-analise-abrangente-da-reforma-tributaria>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- QUEIRÓZ, Mary Elbe. O imposto sobre a renda das pessoas físicas e as distorções na sua incidência – injustiça fiscal? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O tributo – reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 235-249.
- REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. **Contribuintes e cidadãos: compreendendo o orçamento federal**. São Paulo: FGV, 2002.

- ROHENKOHL, Marcelo Saldanha. **O princípio da capacidade contributiva no estado democrático de direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ROLAND, Débora da Silva. **Possibilidade jurídica da progressividade tributária**. São Paulo: MP Editora, 2006.
- SAMPAIO, Maria da Conceição. Tributação do consumo no Brasil: aspectos teóricos e aplicados. In: BIDERMAN, Ciro; AVRATE, Paulo (orgs.). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 188-205.
- SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. **Imposto sobre grandes fortunas, fuga de capitais e crescimento econômico**. Brasília. Câmara dos Deputados, maio de 2015. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/26180>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; MEDEIROS, Marcelo. **The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014**. Brasília: International Policy Centre for Inclusive Growth, 2017, p. 15. Disponível em: [http://www.ipcig.org/pub/eng/WP163\\_The\\_concentration\\_of\\_income\\_at\\_the\\_top\\_in\\_Brazil.pdf](http://www.ipcig.org/pub/eng/WP163_The_concentration_of_income_at_the_top_in_Brazil.pdf). Acesso em: 10 fev. 2024.
- SOUZA, Pedro Herculano Guimarães G. Ferreira de; HECKSHER, Marcos; OSÓRIO, Rafael G. **Um país na contramão: a pobreza no Brasil nos últimos 10 anos**. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota Técnica nº 102, dezembro de 2022. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11563/7/NT\\_102\\_Disoc\\_Um\\_Pais.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11563/7/NT_102_Disoc_Um_Pais.pdf). Acesso em: 13 fev. 2024.
- VIANNA, Salvador Werneck; MAGALHÃES, Luis Carlos G.; SILVEIRA, Fernando Gaiger; TOMICH, Frederico Andrade. **Carga tributária direta e indireta sobre as unidades familiares no Brasil: avaliação de sua incidência nas grandes regiões urbanas em 1996**. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão nº 757, setembro de 2000. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2357/1/TD\\_757.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2357/1/TD_757.pdf). Acesso em: 13 fev. 2024.
- VILLELA, Luiz A. **Tributação da renda e do patrimônio**. IPEA-Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão nº 102, março de 1987. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2992/1/TD\\_105.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2992/1/TD_105.pdf). Acesso em: 13 fev. 2024.