

# Sumário

<b>A DIFICULDADE DE SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL</b> João Luis Bernieri, José Carlos Kraemer Bortoloti	385-407
<b>AS BARREIRAS ENFRENTADAS PELA POPULAÇÃO LGBTQIA+ E O RECONHECIMENTO DA HOMOTRANSFOBIA COMO RACISMO</b> Saulo Góes Pinto, Carolina Noura de Moraes Rêgo	408-436
<b><i>LAND DILEMMAS IN BRAZIL: the history of land privatization in Brazil</i></b> Katia Carolino, Ricardo Stanziola Vieira, Marcos Sorrentino	437-462
<b>RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: uma perspectiva pós-pandemia através da Teoria da Justiça de Rawls</b> Ilton Garcia da Costa, Ronaldo Sergio Duarte	463-483
<b>EXTERNALIDADES NA INSTALAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social</b> Eduardo Granzotto, Marcelo Bauer Pertille, Thais Silveira Pertille	484-510
<b>LACUNAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DO TRABALHADOR</b> Fernanda Beatriz M Paes G. B. de Oliveira	511-531
<b>ALTERIDADE, <i>DIFFERANCE</i> E MINISTÉRIO PÚBLICO EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS</b> Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Bernardo G. B. Nogueira, Diogo Bacha e Silva	532-561
<b>UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO FRENTE AOS DESAFIOS DO MULTICULTURALISMO</b> Luana Marina dos Santos	562-583
<b>A ANTINOMIA ENTRE O AVAL E A OUTORGA CONJUGAL</b> Taisa Maria Macena de Lima, Victor Augusto Souza Antunes Carneiro	584-614
<b>ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL</b> Júlio Korzekwa	615-632
<b><i>EL ECOTURISMO, INFLUENCIA EN EL DESARROLLO SOCIOCULTURAL DEL MUNICIPIO</i></b> Alcides Antúnez Sánchez, Ana Elisa Gorgoso Vázquez	633-659
<b>A PANDEMIA DO COVID-19 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO: direitos fundamentais no Brasil em risco?</b> Lucas Augusto Gaioski Pagani, Bruno Smolarek Dias	660-684
<b>O DIÁLOGO ENTRE PODERES E O REEQUILÍBRIO INSTITUCIONAL: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial</b> Melina Carla de Souza Britto, Fernanda Huss Erzinger, Claudia Maria Barbosa	685-712
<b>INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 103/2019 QUANTO À FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A APOSENTADORIA ESPECIAL: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado</b> Gabriela Pietsch Serafin, Erika Giovanini Reupke, Gilson Jacobsen	713-750

## **A DIFICULDADE DE SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL**

*THE DIFFICULTY OF OVERCOMING INDIVIDUALISM IN THE DEMOCRATIC RULE  
OF LAW IN BRAZIL*

**João Luis Bernieri<sup>1</sup>**

**José Carlos Kraemer Bortoloti<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O Estado Democrático de Direito no Brasil veio sob os auspícios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde as forças se destinam assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, tudo como valor supremo de uma sociedade fraterna. O presente trabalho articula debate com a dificuldade de superação do individualismo herdado pelo Estado de Direito liberal “*pré 1988*” e a possibilidade de emergência do princípio democrático “*pós 1988*” a partir da superação do individualismo, reconhecendo e efetivando os cidadãos em suas respectivas titularidades de direitos, conseqüentemente com o florescimento de oportunidades reais na vida das pessoas. Nesse entendimento, devendo existir um resgate do Estado Social no Brasil. O método de abordagem é o dialético, com a utilização de referências bibliográficas. Os elementos conclusivos indicam um modelo temporal permeado entre o Estado *pré* e o *pós 1988*, o qual acaba por criar um paradoxo deficitário para a vivência do Estado Democrático de Direito no Brasil, dando as características de que o novo continua forçosamente a utilizar as armaduras do velho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Social, Estado Democrático de Direito, Individualismo, Reconhecimento.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito (IMED/RS); Advogado no Rio Grande do Sul; membro Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen (CEPAS) vinculado ao Programa de Pós-graduação Scrito Sensu em Direito da Faculdade IMED, Passo Fundo, RS.

<sup>2</sup> Pós-doutor em Direito (IMED/RS); Doutor em Direito (UNESA/RJ), com período de Doutorado Sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, financiado pelo PDSE/CAPES; Mestre em Direito (ULBRA/RS); Professor do Curso de Direito da Faculdade IMED, Passo Fundo, RS; membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen (CEPAS) e do Grupo de Pesquisa Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico, ambos vinculados ao Programa de Pós-graduação Scrito Sensu em Direito da Faculdade IMED, Passo Fundo, RS. E-mail: jose.bortoloti@imed.edu.br.

## **ABSTRACT**

The Democratic Rule of Law in Brazil came under the auspices of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, where forces are intended to ensure social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice, all as the supreme value of a fraternal society. The present work articulates a debate with the difficulty of overcoming individualism inherited by the liberal "rule of law before-1988 and the possibility of emergence of the democratic principle post-1988 from the overcoming of individualism, recognizing and making citizens in their respective rights, consequently with the flourishing of real opportunities in people's lives. In this understanding, there must be a rescue of the welfare state in Brazil. The approach method is dialectical, with the use of bibliographic references. The conclusive elements indicate a temporal model permeated between the before and post-1988 state, which ends up creating a deficit paradox for the experience of the Democratic Rule of Law in Brazil, giving the characteristics that the new forcefully continues to use the armor of the old.

**KEYWORDS:** Social State, Democratic Rule of Law, Individualism, Recognition.

## **INTRODUÇÃO**

O Estado Democrático de Direito brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, trouxe a perspectiva transformadora democrática, levando a superar os modelos autoritários que o sucederam. Confere ao povo brasileiro a esperança que em outros tempos foi levantada pela classe burguesa, comprometendo-se em assegurar a todos os indivíduos igualdade de condições, erradicar as diferenças de classes e descentralização do poder para que esse passasse a ser originariamente do povo.

Acolhendo como princípios basilares do Estado brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana figuram como guias da atuação estatal. Contudo, passados trinta e três anos do advento da democracia no Brasil, ainda se amarga a dificuldade de se tornar uma sociedade altruísta, experimentando as mazelas de uma sociedade egocêntrica, centrada em obter suas conquistas individuais.

Partindo do método dedutivo, engendrado a partir da consulta literária, dados e outras referências, o presente texto busca provocar a percepção sobre a dificuldade de promoção de direitos que transcendem o indivíduo e que, em

consequência, terminam por restringir também o acesso a considerável gama de cidadãos que não possuem condições, tanto de percepção sobre seus direitos, assim como fadados ao esquecimento da sociedade, a qual briga com sua feição fraterna.

Para isso, as provocações dialogam com a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth e as *capabilities* de Amartya Sen, como pontos opostos da visão individualista-excentrista, bem como perspectiva para a saída da sociedade brasileira da visão pura e excêntrica de seus direitos individuais-patrimoniais.

À guisa das considerações encontradas pelo trabalho, é possível afirmar que o ser em reconhecimento, o indivíduo inserido em uma conjuntura de compreensão, respeito e interação com direitos que transcendem ao indivíduo, fomenta *capabilities* e forma um ciclo de efetivação de direitos, bem como sua interação com a atuação frente ao Estado passa de espectador para interlocutor no Estado Democrático de Direito.

## **1. UM RESGATE DA MEMÓRIA SOBRE O ESTADO SOCIAL**

Com o crescimento acelerado e o desenvolvimento descontrolado das desigualdades sociais, o liberalismo concentra em sua evolução o avanço do pensamento individualista-patrimonialista, voltada ao aumento do patrimônio econômico as custas de uma forma de governo não intervencionista, característica marcante do período liberal.

Ocorre que diante do aumento significativo das discrepâncias sociais, em razão do gozo das garantias liberais se encontrar efetiva em pequenos grupos, o proletariado, irresignado com tais condições, clama pela intervenção estatal a fim de romper com o aumento da invisibilidade direcionada às classes pobres. Em razão disso, emerge o Estado Social, encarregado de intervir no domínio econômico, social e político, afim de aproximar o indivíduo oprimido da convivência com a sociedade e o próprio ente governamental.

Ademais, aliado ao seu surgimento, visualiza-se o movimento constitucional afim de positivar normas e regular a atuação do Estado frente às dificuldades apresentadas pelo período liberal. Nesse sentido, emergem os direitos sociais, assentados sob normas que exigem, por meio da prestação estatal, tratamento isonômico a todos os indivíduos que se encontram em condição de desigualdade, provendo as classes marginalizadas o acesso a bens básicos para seu reconhecimento como cidadão digno de direitos.

O desenrolar do liberalismo é marcado pelo domínio dos pequenos grupos sociais dotados de grande poder econômico, a classe burguesa, a qual após “acordar” o povo para reivindicação de seus Direitos, de forma obscura assume o controle do ente estatal, e por meio da implementação de uma política não intervencionista de Estado, dá início, mascaradamente, ao controle do ente governamental. Em detrimento disso, o pensamento individualista-holista ganha força, e os direitos a liberdade inerentes a todos enquanto cidadãos, passam a ser de “poucos”.

Com o avanço do desequilíbrio econômico associado as condições desumanas de trabalho, os indivíduos lançados a beira do esquecimento rebelam-se diante da falta de realização das garantias individuais no campo material<sup>3</sup>. Nesse sentido, categórica a lição de Jorge Miranda ao dizer que “os direitos são os mesmos para todos, mas como nem todos se acham em condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas”<sup>4</sup>.

Dessa forma, com base nas problemáticas apresentadas a partir da Revolução Industrial e adotando o *slogan* utilizado durante a Revolução Francesa<sup>5</sup>, o proletariado dá início à busca pelo rompimento do pensamento individualista-

---

<sup>3</sup> A respeito do tema, Streck e Moraes quando elucidam que no Estado Liberal se tem “uma concepção individualista e formal da liberdade, no qual há o direito, e não o poder de ser livre”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014, p. 70.

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. Sobre o princípio da igualdade. In. BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. MORAIS, Fausto Santos de (Orgs). **A Jurisdição Constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**: coleção diálogos sobre Estado, Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 10.

<sup>5</sup> Nesse sentido Bonavides ao dizer que “a propagação paralela e não menos influente das teses do igualitarismo democrático da Revolução Francesa” para se referir sobre a importância de tal movimento histórico para a emergência do Estado Social. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 214.

patrimonialista-burguês, reivindicando a queda de um governo ausente, que diante da forma de atuação em que se encontrava, protegia e alavanca o desenvolvimento dos pequenos grupos detentores do poderio econômico.

Somado aos ideais revolucionários, elementar indicar a influência dos períodos marcados pelos resultados pós-guerras como imprescindível para a superação do liberalismo, uma vez que tais fatos históricos se mostraram capaz de inflamar “uma alteração radical na forma de conceber as relações entre o Estado e a Sociedade”<sup>6</sup>, preparado para compor o fim de um período gravado pelo crescimento econômico de pequenos grupos.

Basilar a importância dos movimentos constitucionais que, ao lado das grandes guerras mundiais, alcançou por meio da Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, o ponto máximo para emergência do Estado Social. Tais constituições são recepcionadas como as primeiras a incorporarem em seu texto uma gama de direitos reconhecidos como sociais, uma vez que assim como o Estado Social, buscavam promover a justiça social.

Contudo, o fato de serem recepcionadas como sendo as primeiras a elencar em seu texto normas de cunho social preocupadas em atribuir ao Estado o papel de assistir ao indivíduos, quando estes não possuem meios para alcançar a realização de suas necessidades por si próprios, não se inaugura a partir do movimento constitucional do século XIX e XX, pois antes mesmo se estabelecer a crise liberal, encontra-se na Grã-Bretanha no século XVII, uma constituição preocupada em organizar uma forma de assistência social<sup>7</sup>.

A partir de então, a nova forma de atuação de Estado, se mostra completamente às avessas do anterior, pois agora, enlaçado pelo clamor social voltado a incumbir no ente estatal a responsabilidade de um governo atuante, cabendo ao Estado “a palavra de ordem deve determinar e garantir precisamente, sob a

---

<sup>6</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Editora Almedina: Coimbra, 2006, p.181.

<sup>7</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Editora Almedina: Coimbra, 2006, p.180.

forma do direito, as linhas e os limites da sua actuação, bem como as esferas de liberdade dos cidadãos<sup>8</sup>.

Sendo assim, as classes lançadas ao esquecimento, passam a reconhecer na figura do Estado, uma forma de limitar o controle econômico da classe burguesa e minimizar as discrepâncias sociais. De todo modo, o empoderamento do ente estatal como interventor nas relações socioeconômicas, é apontado como solução para (re)inserir o indivíduo na vida em sociedade. Canotilho apresenta a necessidade de superação do modelo capitalista-individualista:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadores e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade, independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultura, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade<sup>9</sup>.

Inserido em um novo contexto, ao Estado é conferido o *status* de superioridade e anterioridade em relação aos indivíduos que lhe formam, permitindo, à vista disso, uma atuação completamente adversa da qual era incumbido no período liberal, quando no presente contexto, passa a se atribuir de intervenções no âmbito organizacional e de novas diretrizes não só na ordem social, como também na econômica e política.

Não obstante, a aproximação do Estado e sociedade constitui uma forma de governo assentada em um papel intervencionista, capaz de reconhecer as necessidades de seus integrantes e por força de sua atuação prover os meios

---

<sup>8</sup> NOVAIS, 2006, p. 180.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 383.

BERNIERI, João Luis; KRAEMER BORTOLOTTI, José Carlos. A dificuldade de superação do individualismo no estado democrático de direito no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

necessários para se alcançar à justiça social<sup>10</sup>, tema objeto das reivindicações das classes operárias.

A partir de uma atuação intervencionista, o Estado assume aspecto social apto a realização do bem-estar social, quando por meio de sua interferência, o indivíduo visualiza defeso a efetivação de suas garantias de forma a restituir a sua dignidade. Do mesmo modo, tal forma de atuação assumida pelo Estado é denominada por Chevallier como de "Estado Providência"<sup>11</sup>.

Para Bonavides, o emprego da palavra Social como complemento da ideia de Estado, somente se mostra coerente:

Quando o estado, coagido pela pressão das massas pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado Constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervêm na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhado e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrente crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social<sup>12</sup>.

A emergência do Estado Social é ligada diretamente aos cuidados e medidas adotadas em favor dos indivíduos marginalizados ao sistema<sup>13</sup>, tendo em vista à

---

<sup>10</sup> Silva ao falar do tema, sugere "à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social". SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 119.

<sup>11</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, p. 80.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 186.

<sup>13</sup> Novais de forma pontual, ensina que a base do Estado Social encontra-se sob a forma de um Estado que visa, por meio de prestações positivas, formas de diminuir as situações de miséria enfrentadas pelos indivíduos durante a vigência do modelo liberal, como forma de garantir a tais pessoas um meio de subsistirem com um mínimo existencial, por meio da implementação de sistema de serviços ligados a saúde e a assistência social. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Editora Almedina: Coimbra, 2006, p. 188.



desigualdade material imposta pelo liberalismo. Apropriando-se dos discursos das classes operárias da época, bem como dos ideais Revolucionários Franceses, o Estado insurge em face das desigualdades do período, visando a efetivação das garantias fundamentais positivadas.

Por conseguinte, a procura pelo reconhecimento da dignidade de cada indivíduo por meio da atuação intervencionista do Estado, provoca um equilíbrio em relação à efetividade das garantias liberais, não de modo a excluí-las, de forma alguma, mas de incorporar a sua eficácia à vontade e controle do Estado, com o fito de impossibilitar a extensão dos danos causados por sua livre aplicação.

Ademais, com a ascensão do Estado Social e sua função assistencialista, o Estado passa a intervir no âmbito sócio-político-econômico, razão pela qual tais intervenções são reconhecidas como de "*status positivus*"<sup>14</sup>. Contudo, seria equivocado exprimir que a partir de então, como já ressaltado, o Estado passaria a negar as prestações negativas, uma vez que ao se mostrar necessário a intervenção estatal a fim de garantir a efetividade de um direito, se tem de forma quase simultânea, uma manifestação de cunho negativo<sup>15</sup>.

O Estado Social é cimentado sob o prisma de garantir formas de convivência sociais igualitárias, com crença na possibilidade de desenvolvimento do seu

---

<sup>14</sup>Os autores buscam fazer a representação de que as prestações denominadas "*negativas*", consistiriam na ideia de não intervenção do Estado, como forma de permitir a atuação livre dos indivíduos, permitindo o gozo das garantias individuais, entendidas como naturais. Contudo, a violação de tais direitos, causada pelo pensamento egocêntrico burguês, despertou nas classes menos favorecidas um apelo direcionado a atuação do Estado em benefício de tais indivíduos. Tal atuação prestacional/intervencional do Estado, passa a ser reconhecida como de "*status positivus*". DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3 ED. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 60.

<sup>15</sup>A respeito do tema, discorre Sarlet: "Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão "positiva" (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas "negativas", notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares". SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf). Acessado em 10 de outubro de 2020.

BERNIERI, João Luis; KRAEMER BORTOLOTTI, José Carlos. A dificuldade de superação do individualismo no estado democrático de direito no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

povo, por meio de uma atuação fortemente interventora no domínio econômico-social, limitando o crescimento localizado de capital, de modo a afastar as injustiças oriundas do individualismo-patrimonialista, tendo como resultado um Estado capaz de “prover justiça, ainda que o mundo pereça”<sup>16</sup>.

Por conseguinte, considera-se que a emergência do Estado Social se deve à necessidade de um governo com feitiço capaz de intervir além das esferas econômicas, políticas e sociais, apresentando como propósito de realização a necessidade de um modelo de Estado capaz de reestruturar e aproximar a relação envolvendo o ente estatal, a sociedade e o indivíduo. Ratifica Novais ao dizer que “a nova época exigia era, não apenas um acréscimo das intervenções do Estado, mas uma alteração radical na forma de conceber as suas relações com a sociedade”<sup>17</sup>.

Sob essa perspectiva o homem é levado “a si mesmo, à sua veracidade. Esse homem não existe, porém, no particular, senão no geral; é social, e não individual”<sup>18</sup>. Ademais, além dos ideais já levantados, o Estado enquanto social, responsabiliza-se, em razão das reivindicações oriundas das classes trabalhistas, de atribuir a propriedade, enquanto meio de produção, uma função social e não mais de barganha pela força de trabalho.

Sendo assim, a superação aqui trabalhada, apresenta a ideia de uma “estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado”<sup>19</sup> como meio indispensável para emergência do Estado de Bem-Estar Social<sup>20</sup>. À vista disso, o

---

<sup>16</sup> MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. p. 126 apud SCHLICKMANN, Flávio; KOCH, Rafaela Borgo. A evolução e crise do estado moderno na perspectiva de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica** da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5486/2910>. Acessado em 21 de outubro de 2020.

<sup>17</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Editora Almedina: Coimbra, 2006, p. 183.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 171.

<sup>19</sup> NOVAIS, 2006, p. 180.

<sup>20</sup> Nesse sentido, defendendo tal posição Streck e Moraes quando dizem que “o desenvolvimento do *État Providence* ou Estado de Bem-Estar pode ser creditado a duas razões: uma de ordem política, através da luta pelos direitos individuais, pelos direitos políticos e, finalmente, pelos direitos sociais(...)”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003, pg. 266. Disponível em;

Estado invoca a implementação de políticas e ações públicas como forma de resgatar os indivíduos excluídos da participação social, por força de uma vivência social de garantias liberais apenas em seu aspecto formal.

Com sorte, a ausência de efetividade de tais direitos, expõe a necessidade de intervenção estatal afim de garanti-las.

Com a implementação do modelo Social de Estado, o indivíduo é (re)colocado ao *status* de origem vivenciado no modelo liberal, uma vez que lhe é estendida a possibilidade de gozar de suas garantias individuais (direitos de liberdade) sob a guarida da máquina estatal.

Outrossim, a exigência de prestações materiais por meio da implementação de políticas públicas voltadas à efetivação das garantias liberais, apresentam-se muito além de seu objetivo central que é o de elevar a condição de cidadão àqueles que antes eram esquecidos, tal realização oferece a todos os indivíduos a capacidade de reconstituir as suas dignidades<sup>21</sup>, quando agora lhe é permitido pertencer a uma comunidade.

Nessa perspectiva, as normas que regulamentavam o Estado, abandonam de fato a seara "formal" e assumem a condição de normas de cunho "material", preocupadas em concretizar todas as atribuições conferidas ao Estado Social. A partir de então, preocupa-se não só com a quantidade de prestações (direitos) estabelecidos no texto constitucional, mas também com a qualidade de sua implementação.

Diante da implementação de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento do Estado Social, bem como a necessidade de concretizar a forma pela qual os indivíduos passariam a contar com a assistência e interferência do ente estatal em suas relações, é que as primeiras constituições empregam em seus textos, os

---

<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acessado em 29 de setembro de 2020, p. 79.

<sup>21</sup> A respeito do tema da dignidade da pessoa humana, Novais de forma ilustre, pontua que "a dignidade da pessoa humana pôde então, mais do que um direito ou mais do que uma garantia jurídica, ser considerada com um verdadeiro "direito originário a ter direitos". NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. I: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Editora Almedina, 2015, p. 70.

chamados direitos sociais e a sua necessária relação com o reconhecimento (Honneth) e as *capabilities* (Sen).

## **2. ESTADO, DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E RECONHECIMENTO**

A realização dos direitos sociais como fundamentais é ponto vital para proteção e reconhecimento da dignidade dos indivíduos, sob a égide de um Estado Democrático de Direito que figura como engendramento transformador social. Os direitos sociais insurgem em um contexto de vociferação social, marcado pelos muros da invisibilidade, perpetuados em face do excentrismo individualista, que compreende (muitas vezes) na proteção dos direitos sociais o risco para o implemento de direitos exclusivamente focados no indivíduo.

Parece – nesta visão de eterno retorno – que que paira o receio, o medo de que com a efetivação, a proteção dos direitos fundamentais sociais colocará em risco as expectativas mais individuais, principalmente aquelas atreladas às liberdades econômicas individuais, afinal, o Estado em sociabilidade necessita estar atendo às necessidades oriundas dos direitos fundamentais sociais, conseqüentemente, investindo em políticas públicas de manutenção de tais direitos.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a afirmação de um Estado Democrático de Direito, tenta-se romper com o pensamento individualista-patrimonialista encravado do liberalismo econômico. Com tal intuito, o texto constitucional positivou inúmeros direitos de cunho social, atribuindo ao Estado o dever de realiza-los afim de permitir ao indivíduo o seu reconhecimento como cidadão e a proteção de sua dignidade<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> A respeito da relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, a primorosa obra de Novais, quando retrata que “[...]assumindo conscientemente a vagueza e diluição de contornos do princípio da dignidade da pessoa humana quando considerado *a se*, a saída seria encontrada através da identificação do conceito, de forma genérica, com tudo aquilo que se de mais substancial valorizamos e prezamos no Estado de Direito do nosso tempo: direitos fundamentais, em geral, [...] participação democrática e liberdade individual, igualdade, direitos sociais, promoção do igual respeito e consideração devidos a todos os seres humanos, deveres estatais de proteção desses valores e direitos, bem como deveres estatais de prestação dos mínimos materiais necessários a uma vida digna[...]”. NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da**

Nesse espectro, ao incluir no Estado de Direito o “princípio Democrático”, passa-se a empregar uma nova concepção do conceito de cidadania, dando enfoque para a afirmação das relações entre os indivíduos, superando (em expectativa), desse modo, a ideia de relação indivíduo e patrimônio<sup>23</sup>, característica do modelo individualista de sociedade.

A partir de então, o Estado (brasileiro) passa a reconhecer os indivíduos como meio justificador de sua existência, conferindo-lhes uma gama infindável de garantias fundamentais, reconhecendo cada homem como cidadão de direitos.

As promessas constitucionais de 1988 conferem aos indivíduos até então à margem de exercícios de seus direitos, a esperança de uma cidadania plena, articulada e participativa entre o mundo da vida e o sistema representado pelo estado. Como típica promessa, a contemporaneidade mostra que a referida articulação carece de efetividade, bem como a inserção nas promessas constitucionais vai encontrar amparo no Poder Judiciário, tornando-o (perigosamente) um sistema anexo à democracia, afinal, a partir da promessa ainda se acredita na possibilidade de superação do pensamento individualista presente nas sociedades contemporâneas.

[...]é necessário, contudo, ressaltar uma condição: nenhuma legislação no mundo – especialmente dos Direitos Humanos – consegue estabelecer cenários de reconhecimento. O território da legalidade, aqui, não tem força suficiente para se garantir, a longo ou curto prazo, cenários de convívio sadio entre as pessoas [...]Nesse local de sentido observa-se tão somente duas possibilidades: 1) assegurar que não haja quaisquer formas de violência, de omissão ou supressão daquelas condições consideradas indispensável à manutenção da Liberdade, da Igualdade, da Fraternidade e da Justiça; 2) rememorar, constantemente, o que pode ocorrer quando o ser humano se torna reificado[14] ao, de modo seletivo, não se desenvolver mecanismos que coíbam os impulsos excessivamente egoístas <sup>24</sup>

---

**Pessoa Humana.** Vol. I: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Editora Almedina, 2015, p. 68.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>24</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Essa abominação chamada homem: invisibilidade, reconhecimento e justiça social. **Empório do Direito.** Disponível em

Na esteira do que defende Streck, a não passagem do Estado por um *Welfare State*, prejudica não só a superação do modelo individualista-liberal, mas também sugere o enfraquecimento dos direitos fundamentais e do direito ao “que se relaciona aos valores substantivos constitucionais – como um mecanismo (meramente) redutor de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador próprio do paradigma do Estado”<sup>25</sup>.

De fato, a promessa constitucional de 1988 seria de que o modelo liberal-individualista seria desestimulado de nossa cultura sócio-estatal. Contudo, tais medidas não se mostraram suficientes para aproximar a relação indivíduo-sociedade, mas a impregnação do modelo de Estado de Direito pré-1988 causou um aumento da produção da individualidade.

Tal afirmativa ganha respaldo, na medida em que se vivencia uma judicialização em massa com processos que visam garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Não obstante se tratar de direito confiado a todos, o que se busca aqui é apontar que tal fenômeno (da judicialização em massa), em muitas ocasiões, é oriundo de indivíduos que possuem meios próprios para alcançar uma vida digna e ter acesso a bens como medicamentos, escola, mas em razão de projetos pessoais, atribuem ao Estado o dever de tal concessão<sup>26</sup>.

O individualismo contemporâneo experimento pelas sociedades contemporâneas, pouco difere do que lhe fora apresentado durante o período liberal. A obsessão pelo aumento de riquezas pessoais ainda prevalece, o que nos distingue do

---

<http://emporiododireito.com.br/essa-abominacao-chamada/>. Acessado em 29 de setembro de 2020.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003, pg. 266. Disponível em; <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acessado em 29 de setembro de 2020.

<sup>26</sup> O que se quer discutir aqui, é a necessidade de uma conscientização social, a respeito da exigência judicial das garantias fundamentais, em razão da escassez de recursos públicos. A necessidade de moralização da necessidade do “outro” ser maior do que a do “eu”, este é o foco da presente discussão. Em outras palavras “[...]É o reconhecimento que confere viabilidade, eficácia, eficiência e efetividade à Justiça Social[...] propõe limites aos impulsos egoístas do “Eu” [...]”. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Essa abominação chamada homem: invisibilidade, reconhecimento e justiça social. **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/essa-abominacao-chamada/>. Acessado em 29 de setembro de 2020.

BERNIERI, João Luis; KRAEMER BORTOLOTTI, José Carlos. A dificuldade de superação do individualismo no estado democrático de direito no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

período liberal, é que agora, mediante a positivação das garantias fundamentais sociais, todos os cidadãos atribuem ao Estado o dever de efetivar tais direitos.

Não obstante, a projeção do desenvolvimento econômico individual é uma das barreiras erguidas frente a dificuldade de reconhecimento do “outro” e a presença do pensamento individualista-liberal.

Nesse sentido, visualiza-se repetida e incansavelmente cada vez mais cidadãos preocupados em imputar ao Estado a responsabilidade pelo fornecimento de bens que, por meios próprios poderiam ser adquiridos, adotando como premissa de tal responsabilização, que essa é sua função.

Tal pensamento denuncia, gritantemente, a falta de sensibilidade presente em nossa sociedade, de reconhecer o “outro” e suas necessidades como mais imediatas do que a do “eu”, corroborando para a dificuldade de reconhecimento e afirmação da alteridade<sup>27</sup>, bem como confirmando que o “Welfare State não passou de um simulacro”<sup>28</sup> no Brasil.

O cenário pelo qual passamos em relação aos direitos fundamentais, é caótico, pois, as dificuldades enfrentadas pelo Estado em efetivar as garantias fundamentais, bem como a escassez de recursos públicos, alertam para “uma crise de direitos fundamentais”<sup>29</sup>. Em virtude disso, a promoção da justiça social, a que se propõe o texto constitucional, somente se mostrará possível, no

---

<sup>27</sup>[...]a sensibilidade é um vetor, uma ponte e um caminho de trânsito, de conflitos, de reconhecimento entre o “Eu” e o “Tu”. É esta transição denominada de Alteridade, matriz ética de nossas responsabilidades comuns[...]. AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de; MAGRO, Diogo Dal. Direitos Humanos, sensibilidade e alteridade: um desafio do século XXI. **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/direitos-humanos-sensibilidade-e-alteridade-um-desafio-do-seculo-xxi-por-sergio-ricardo-fernandes-de-aquino-e-diogo-dal-magro/>. Acessado em 29 de setembro de 2020.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003, pg. 266. Disponível em; <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acessado em 29 de setembro de 2020, p. 278.

<sup>29</sup> Para o autor, a crise dos direitos fundamentais se deve em razão da colisão negativa que a globalização tanto econômica, quanto social, acarreta em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. As consequências de tais impactos, só podem resultar em uma diminuição da capacidade prestacional da máquina estatal, que por consequência contaminam, diretamente, a efetivação das garantias fundamentais, como o direito à igualdade. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v.1, n.1, pg. 1-46, abril, 2001, pp. 1-46..

contexto brasileiro, se os cidadãos passarem a reconhecer a existência do “outro” como cidadão.

Ademais, o dicionário define cidadão como 1-habitante da cidade e 2- indivíduo que, como membro de um Estado, usufrui de direitos civis e políticos por este garantidos e desempenha os deveres que, nessa condição, lhe são atribuídos<sup>30</sup>. Pois bem, o princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com as garantias fundamentais, visam reconhecer o indivíduo afetado pela invisibilidade como cidadão.

Para ser reconhecido como cidadão, basta que o indivíduo seja membro de um Estado, e a ele seja oportunizado gozar de todos os direitos inerentes a sua pessoa. Ocorre, que em tempos aonde o “outro” não é preocupação do “eu”, logo “a imagem, a presença, o *estar-no-mundo*, não é suficiente para desfazer a invisibilidade social”<sup>31</sup> e permitir ao indivíduo sua identificação como cidadão.

O reconhecimento, é peça fundamental para que se retire o véu da invisibilidade dos indivíduos que se encontram espalhados em nosso território, mas que não são recebidos como cidadão. Afim de instigar a uma reflexão mais profundo acerca do tema, Levi:

Vocês que vivem seguros em suas cálidas casas, vocês que, voltando à noite, encontram comida quente e rostos amigos, pensem bem se isto é um homem que trabalha no meio do barro, que não conhece paz, que luta por um pedaço de pão, que morre por um sim ou por um não. Pensem bem se isto é uma mulher, sem cabelos e sem nome, sem mais força para lembrar, vazios os olhos, frio o ventre, como um sapo no inverno. Pensem que isto aconteceu: eu lhes mando estas palavras. Gravem-na em seus corações, estando em casa, andando na rua, ao deitar, ao levantar; repitam-nas a seus filhos. Ou, senão, desmorrone-se a sua casa, a doença os torne inválidos, os seus filhos virem o rosto para não vê-los<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Conceito retirado em <https://www.dicio.com.br/cidadao/>. Acessado em 04 de outubro de 2020.

<sup>31</sup> AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de (**Contra o eclipse da esperança**: escritos sobre a(s) assimetria (s) entre direito e Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2017.

<sup>32</sup> LEVI, Primo. **Se questo é un uomo?** Texto traduzido por RE, Luigi del. Rio de Janeiro: editora Rocco, pg. 9. Disponível em <https://joacamillopenna.files.wordpress.com/2015/03/levi-primoc3a9-isto-um-homem-1988.pdf>. Acessado em 04 de outubro de 2020.



BERNIERI, João Luis; KRAEMER BORTOLOTTI, José Carlos. A dificuldade de superação do individualismo no estado democrático de direito no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Nesse contexto, apresentam-se todos os inúmeros moradores de rua, dos conjuntos habitacionais precários, todos aqueles a que se atribuí os mais despreziosos objetivos de vida.

Em uma rápida reflexão, Dias propõe uma reflexão a respeito do que é uma boa vida. Descreve tal possibilidade, com reservas, quando se realizada a comparação com a de outros indivíduos, e ainda abre espaço para mais um questionamento, qual seja, “se a minha vida requer o sofrimento dos outros, a negação de suas próprias vidas, isso pode ser chamado de vida boa?” De fato, as respostas para tais indagações ganham força para um debate quase infundável, e como não poderia ser diferente, por se tratar de um texto reflexivo, o autor conclui indagando “como é possível uma vida boa em uma vida ruim?”<sup>33</sup>

A comparação que se sustenta sob o aspecto de comparativo da vida do *eu* em face de *outros* indivíduos, projeta dois tipos de reflexão, pois quando comparada com a vida de seres que vivem à beira da invisibilidade, reconhece-se o pertencimento a classe de privilegiados, enquanto relacionada a pequena parcela de indivíduos que detém grande poderio econômico, nos projetamos como pertencentes a classe excluída, marginalizada<sup>34</sup>.

A distorção de tais direitos fica clara quando Cittadino elucida que:

Os direitos civis e políticos são, portanto, a todos destinados, enquanto os direitos sócio-econômicos estão associados ao processo de inclusão social daqueles que, na ausência de tais direitos, encontrariam grande dificuldade não apenas de conduzir com dignidade suas vidas, como também em atuar no cenário público.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> DIAS, Renato Duro. **Em busca de justiça social ou o que é uma boa vida?** Tradução da obra *Qu'est-ce qu'une vie bonne?* de Judith Butler, 2014. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/em-busca-de-justica-social-ou-o-que-e-uma-boa-vida/>. Acessado em 04 de outubro de 2020.

<sup>34</sup> “Nesse sentido, é isso que a estética nos faz perceber: a *diferença* do outro, ainda que no outro queiramos encontrar apenas a *igualdade*, a igualdade que nos faz, por exemplo, comuns por sermos humanos.” BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, **Democracia, Justiça e Direitos Humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

<sup>35</sup> CITTADINO, Gisele. “Invisibilidade”, Estado de Direito e Política de Reconhecimento. **XXVII Encontro Anual da ANPOCSGT 19: República e Cidadania: Teorias e Debates Contemporâneos** Coordenadores: José Eisenberg e Cícero Araújo. 2003. Disponível em [http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=4275&Itemid=316](http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4275&Itemid=316). Acessado em 12 de outubro de 2020.

Nesse sentido, ao adotar o modelo neoconstitucional como forma de reação aos regimes autoritários que “marcados, singularmente, pelo não reconhecimento do outro, da alteridade, a ausência da solidariedade”<sup>36</sup>, é que as garantias fundamentais encontrariam razão de existir na Constituição brasileira.

Tudo isso, nos faz pensar se o homem, é realmente um ser social, pois na medida em que se coloca para vida em sociedade, mais se identifica aspectos de que o homem em nada é um ser voltado para si, centrado em si. Resta a constatação de que “conduzir a vida, de forma autônoma, significa mitigar as fragilidades comuns, as desigualdades a partir de relações pautadas pelo *reconhecimento*”<sup>37</sup>.

Ademais, as diferenças e as pluralidades são características originárias da democracia, reconhecendo-as, estaremos diante da possibilidade de formação de uma sociedade justa. A sensibilidade de conhece-las, valida a dignidade de seus semelhantes e, desse modo, se torna possível visualizar os demais indivíduos como (cidadãos) participantes da vida em sociedade, dotado de direitos e garantias.

A descentralização do ser egocêntrico, é papel fundamental para libertá-lo do amor exagerado de si próprio e assim tornar legítimo o valor do “outro”, bem como sua autonomia. Nas palavras de Honneth, “*reconociendo a alguien, en el sentido de concederle una autoridad moral sobre mí, estoy motivado al mismo tiempo a tratarlo en el futuro de acuerdo con su valor*”<sup>38</sup>.

Desse modo, admitindo a alteridade enquanto meio para uma (con)vivência com o “outro”, a ideia de que as garantias fundamentais no Estado brasileiro são normas vazias, mudam de perspectiva. Pois, como bem destaca Warat, “definitivamente a questão dos direitos humanos é uma questão de alteridade.

---

<sup>36</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais.** Constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf) Acessado em 04 de outubro de 2020.

<sup>37</sup> HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã:** Crítica e Modernidade. <https://www.dicio.com.br/cidadao/>. Acessado em 04 de outubro de 2020, p. 87.

<sup>38</sup> HONNETH, Axel. **La sociedad del desprecio.** Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 176.

Não podemos falar de Direitos humanos ignorando o componente da alteridade que o constitui em estrutura<sup>39</sup>.

Portanto, o constituinte ao atribuir como sendo de todos o direito a exigir do Estado as garantias fundamentais, influenciado pelo movimento socialista dos países europeus, os quais experimentaram, de fato, o Welfare State, insere tais prestações, visando atender aos indivíduos que se encontram a margem do esquecimento<sup>40</sup>. Contudo, não superada a ideia liberal-individual de que é dever do Estado garantir a todos, de uma forma geral, a efetivação dos direitos fundamentais, continuar-se-á remando a favor da produção da invisibilidade social.

Aqui fundamental a contribuição de Amartya Sen em sua obra *A ideia de justiça*, quando aborda temática sobre a *Abordagem das capacidades*. No referido capítulo Sen indica que as a "abordagem das capacidades se concentra na vida humana e não apenas em alguns objetivos separados de convivência, como rendas ou mercadorias que uma pessoa pode possuir"<sup>41</sup>, tais inserções estão vinculadas exclusivamente na ideia de liberdade e econômica "como critério principal do sucesso humano"<sup>42</sup>.

A preocupação de Sen vai focar "desde a concentração nos meios de vida até as oportunidades reais de vida"<sup>43</sup>. Quer dizer, a opção de escolha em desenvolver determinado tipo de vida deve ser a condição real à disposição do ser humano. O volume considerável de marginalizados dos direitos elementares para sobrevivência, estão afastados das oportunidades reais de vida, não chegam sequer a figurar em um plano hipotético de liberdade econômica, mas permanecem fadados à sua condição de ausência de escolha.

---

<sup>39</sup> WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** direitos humanos de alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução de Vívian Alves de Assis, Julio Cesar Marcellino Júnior e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 116.

<sup>40</sup> Nas palavras de Dias "[...]é preciso compreender que uma política de igualdade não necessita ser uma política de identidade única, posto ser fundamental o reconhecimento das diferenças. Negar o direito à diferença é forjar um falso direito à igualdade. Portanto, para além de simplesmente reivindicarmos 'novas' políticas de identidade, necessitamos atrelá-las a políticas de igualdade consubstanciada no reconhecimento das diferenças". DIAS, 2014.

<sup>41</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 198.

<sup>42</sup> SEN, 2006, p. 198.

<sup>43</sup> SEN, 2006, p. 198.

É preciso reconhecer todos os indivíduos, como cidadãos, superar a ideia de que o "outro" é um inimigo constante para realização das vontades particulares. A neurose capitalista-patrimonialista, ainda presente na sociedade brasileira, inflamada pela valorização do patrimônio e da liberdade econômica, leva a continuidade de uma estrutura de cidadania sem condições de oportunidades reais de vida, no sentido dado por Sen.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do estudo realizado neste ensaio cumpre tecer algumas considerações finais. A trajetória dos direitos fundamentais ao longo da história se desenvolve conexas a fatos trágicos. Sob a égide de atribuir aos indivíduos a condição de cidadão portador de direitos básicos e naturais ao homem, bem como garantir a proteção de sua dignidade é que as garantias fundamentais são lançadas no texto constitucional.

Dos primeiros movimentos sociais do Estado de direito se vislumbram uma série de garantias individuais, afim de promover a livre relação entre os homens sem qualquer interferência autoritária do Estado. Contudo, o desenvolvimento econômico sustentado sob a ótica do capitalismo, acabou por frear o gozo das liberdades individuais, ao passo que excessivamente centrado no cidadão com condições de exercício das liberdades a partir do fomento econômico.

A partir de então, os indivíduos que não concentram grandes posses, em consequência não detém poder econômico, passam a ter um caráter meramente simbólico representativo na democracia brasileira, lançados a beira da invisibilidade, e com baixíssimas oportunidades reais de vida, conforme argumenta Amartya Sen em sua Ideia de Justiça.

A (re) emergência do Estado Social, agora atrelado aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, preocupa-se em efetivar as garantias fundamentais de liberdade e assegurar ao indivíduo o acesso a bens que por suas forças não alcançaria. Nesse sentido, figura sob a tônica de ser o responsável pela

superação do pensamento individualista ao (re)estabelecer a dignidade de cada indivíduo, e atribuir aos indivíduos a possibilidade de serem reconhecidos como cidadãos.

As primeiras constituições presentes no Estado Social (de direito), posicionam em seus textos normas regulamentadoras da atuação estatal, bem como inauguram a nova dimensão dos direitos fundamentais, os sociais. Positivados para serem direitos de promoção e proteção, direcionam-se no sentido de promover a igualdade de condições para os mais carentes, fornecendo acesso a saúde, educação, trabalho digno, dentre outros direitos. Busca-se (re)inserir o indivíduo marginalizado à vida em sociedade, reconhecendo desse modo sua dignidade, de maneira a harmonizar a relação entre Estado e cidadãos.

O presente texto é uma provocação ao intérprete do direito para uma observação da problemática da não superação do pensamento individualista-patrimonialista liberal na sociedade brasileira contemporânea, a partir de uma análise a respeito da efetivação e reconhecimento dos direitos sociais (como) fundamentais. Possibilita-se apontar que a falsa experiência brasileira de passagem por um Estado Social é tida como consequência para formação de cidadãos egocêntricos, incapazes de identificar que a atribuição do Estado é de prestar apoio aos que vivem à beira do esquecimento.

Aliada ao simulacro de Estado Social no Brasil, a falta de alteridade dos cidadãos brasileiros<sup>44</sup>, mantém acesa a centelha do individualismo nos dias de hoje, na medida em que os cidadãos reconhecem os que estão a sua volta como ameaças para efetivação de seus direitos. Necessita-se na realidade brasileira uma moralização da sociedade em prol do emprego dos direitos fundamentais aos indivíduos que não possuem meios para gozar de uma vida digna.

---

<sup>44</sup>[...]A “invisibilidade” talvez seja a forma mais sutil, silenciosa e imperceptível de *apartheid* social, uma forma aprimorada de percepção seletiva mediante a qual as pessoas simplesmente *não veem* aqueles cujo “tipo” já foi antecipadamente (preconceituosamente) excluído do seu campo de visão. E é interessante notar que esse distanciamento, essa “cegueira” esteja tão arraigada na sociedade, que acontece mecanicamente, inconscientemente. E isso aumenta ainda mais a eficácia dessa forma de exclusão!”. Sobre a rejeição aos pobres. NETO, Agostinho Ramalho Marques. Empório do Direito, 06 de dezembro de 2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/sobre-a-rejeicao-aos-pobres/>. Acessado em 07 de outubro de 2020.

BERNIERI, João Luis; KRAEMER BORTOLOTTI, José Carlos. A dificuldade de superação do individualismo no estado democrático de direito no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A partir do reconhecimento do outro (Honneth) e a garantia de oportunidades reais de vida (Sen), é que se conseguirá superar o modelo individualista-patrimonialista, que ainda se faz presente na sociedade brasileira, enquanto não se conseguir enxergar no "outro" como se estivesse vendo a mim mesmo, continuar-se-á produzir "cidadãos" esquecidos.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de (**Contra o**) **eclipse da esperança**: escritos sobre a(s) assimetria (s) entre direito e Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2017.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Essa abominação chamada homem: invisibilidade, reconhecimento e justiça social. **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/essa-abominacao-chamada/>. Acessado em 29 de setembro de 2020.

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de; MAGRO, Diogo Dal. Direitos Humanos, sensibilidade e alteridade: um desafio do século XXI. **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/direitos-humanos-sensibilidade-e-alteridade-um-desafio-do-seculo-xxi-por-sergio-ricardo-fernandes-de-aquino-e-diogo-dal-magro/>. Acessado em 29 de setembro de 2020.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Democracia, Justiça e Direitos Humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de Direito e Política de Reconhecimento. **XXVII Encontro Anual da ANPOCSGT 19**: República e Cidadania: Teorias e Debates Contemporâneos Coordenadores: José Eisenberg e Cícero Araújo. 2003. Disponível em [http://www.anpcs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=4275&Itemid=316](http://www.anpcs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4275&Itemid=316). Acessado em 12 de outubro de 2020.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERNIERI, João Luis; KRAEMER BORTOLOTTI, José Carlos. A dificuldade de superação do individualismo no estado democrático de direito no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3 ED. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Renato Duro. Em busca de justiça social ou o que é uma boa vida? Tradução da obra *Qu'est-ce qu'une vie bonne ?* de Judith Butler, 2014. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/em-busca-de-justica-social-ou-o-que-e-uma-boa-vida/>. Acessado em 04 de outubro de 2020.

HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**. <https://www.dicio.com.br/cidadao/>. Acessado em 04 de outubro de 2020.

HONNETH, Axel. **La sociedad del desprecio**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

LEVI, Primo. **Se questo é un uomo?** Rio de Janeiro: editora Rocco. Disponível em <https://joacamillopenna.files.wordpress.com/2015/03/levi-primo-c3a9-isto-um-homem-1988.pdf>. Acessado em 04 de outubro de 2020.

MIRANDA, Jorge. Sobre o princípio da igualdade. In. BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. MORAIS, Fausto Santos de (Orgs). **A Jurisdição Constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**: coleção diálogos sobre Estado, Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHLICKMANN, Flávio; KOCH, Rafaela Borgo. A evolução e crise do estado moderno na perspectiva de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica** da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5486/2910>. Acessado em 21 de outubro de 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Editora Almedina: Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. I: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Editora Almedina, 2015.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. Constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf). Acessado em 04 de outubro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo>

BERNIERI, João Luis; KRAEMER BORTOLOTTI, José Carlos. A dificuldade de superação do individualismo no estado democrático de direito no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

\_Ingo\_DF\_sociais\_PETROPOLIS\_final\_01\_09\_08.pdf. Acessado em 10 de outubro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v.1, n.1, pg. 1-46, abril, 2001.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, constituição e juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Reflexões sobre o Estado constitucional em Hans Kelsen. **Revista Thesis Juris**, n. 1, v. 1, São Paulo, dez. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003, pg. 266. Disponível em; <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acessado em 29 de setembro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos de alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução de Vívian Alves de Assis, Julio Cesar Marcellino Júnior e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RECEBIDO EM: JAN/2021

APROVADO EM: MAR/2021



## **AS BARREIRAS ENFRENTADAS PELA POPULAÇÃO LGBTQIA+ E O RECONHECIMENTO DA HOMOTRANSFOBIA COMO RACISMO**

*THE BARRIERS FACING FOR THE POPULATION LGBTQIA+ IT'S THE RECOGNITION OF HOMOTRANSFOBIA HOW RACISM*

**Saulo Góes Pinto<sup>1</sup>**

**Carolina Noura de Moraes Rêgo<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente artigo trata de algumas das vulnerabilidades da comunidade LGBTQIA+, relacionando o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo. Da mesma forma, apresenta argumentos para a superação das alegações de que o Supremo Tribunal Federal legislou ou utilizou de ativismo judicial indevido para a decisão. Traça-se um paralelo entre as barreiras encontradas pela população LGBTQIA+ e o racismo baseado na cor da pele. Consta que a proteção a vulneráveis possui respaldo constitucional e indica que, algumas vezes, os argumentos apresentados para afastar a interpretação do STF não são jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Homossexualidade, Homofobia, Homotransfobia, Racismo, Vulnerabilidade, Brasil.

### **ABSTRACT**

This present article deals with some of the vulnerabilities of the LGBTQIA + community, relating the recognition of homotransphobia as a crime of racism. Likewise, it presents arguments for overcoming allegations that the Federal Supreme Court legislated or used undue judicial activism for the decision. A parallel is drawn between the barriers encountered by the LGBTQIA + population and

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ/AM). Juiz Eleitoral (TRE/AM). Professor voluntário da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Público. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Contato: [saulo\\_pinto@hotmail.com](mailto:saulo_pinto@hotmail.com).

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessora Jurídica no Ministério Público Federal. Coordenadora na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora nos Programas de Graduação, Mestrado e Doutorado (FADISP). Contato: [carolnoura@gmail.com](mailto:carolnoura@gmail.com).

racism based on skin color. It notes that the protection of vulnerable people is constitutionally supported and indicates that, sometimes, the arguments presented to exclude the interpretation of the STF are not legal.

**KEYWORDS:** *Homosexuality, Homophobia, Homotransphobia, Racism, Vulnerability, Brazil.*

## **INTRODUÇÃO**

O reconhecimento da homofobia e transfobia como crime de racismo, no ano de 2019, apresentou uma mudança na percepção da vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+ no Brasil, assim como deu novas esperanças para os membros dessa comunidade. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal recebeu diversas críticas, por supostamente legislar em matéria criminal, utilizando-se do ativismo judicial. O presente artigo visa comparar algumas das vulnerabilidades da comunidade LGBTQIA+, sensibilizando o leitor acerca das dificuldades enfrentadas, em maior ou menor grau, e comparando com a raça negra, assim como expõe motivos que resguardam a integridade da decisão do STF.

Em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 cuja relatoria é do ministro Celso de Mello e no Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal em julgamento conjunto dos processos supracitados discutiram se haveria ou não a omissão do Congresso Nacional ao não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

O resultado do julgamento foi a aprovação, por 10x1, da tese de aplicação da Lei n.º 7.716, de 08/01/1989, às atitudes homofóbicas e transfóbicas, assim como a configuração do motivo torpe (Código Penal, art. 121, §2º, I, "in fine") nos homicídios com motivação homotransfóbica. Desta forma, houve o reconhecimento de que o Congresso Nacional está em mora na elaboração de lei destinada à punição de atitudes odiosas à orientação sexual ou à identidade de gênero.

A relevância deste julgamento é incontestável. As críticas negativas, por outro lado, vieram tanto na acepção jurídica de que o Supremo Tribunal Federal não poderia decidir pela criminalização da conduta, sob o argumento de invasão na esfera de outros Poderes e ativismo judicial, o que será objeto de explanação no presente estudo; religiosa, sob a suposta alegação de que o reconhecimento da homotransfobia como crime limita ou restringe o exercício da liberdade religiosa; entre tantas outras resistências sociais.

O presente estudo, portanto, reforça os argumentos utilizados pelos Ministros para a aprovação da tese vencedora, utilizando-se da literalidade da norma e comparação com outros tipos de racismo, superando a concepção baseada exclusivamente na cor da pele.

## **1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

Iniciada a sessão com a manifestação do ministro Edson Fachin reconhecendo a mora inconstitucional do Congresso Nacional e para que seja aplicada até que ocorra a aprovação da norma específica sobre a matéria, a Lei 7.716/1989, com o intuito de se estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça à discriminação por orientação sexual e de identidade de gênero.

Sequencialmente, o ministro Edson Fachin acompanhou a relatoria do ministro decano Celso de Mello na ADO 26, cuja ementa ficou assim redigida "Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in

*fine*”). Ninguém pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.”<sup>3</sup>

Papel relevante na configuração da omissão legislativa constitucional, há também a questão temporal, como esclarece José Afonso Silva “a omissão inconstitucional só se caracteriza pelo não cumprimento, depois de tempo razoável, das imposições constitucionais imperativas”<sup>4</sup>.

A ideia central para a percepção da omissão normativa inconstitucional é que o dever constitucional de legislar ou de regulamentar se torne como um dever de tutela dos direitos fundamentais. A atuação judicial, diante da ausência de ação do Estado, não se bastaria a estipulado tipo de preceito constitucional, “mas se justificaria ante um quadro real, atual e objetivo de tutela estatal deficiente de direitos fundamentais e sociais. Isso incluiu, por certo, a interferência sobre políticas públicas concretizadoras de enunciados constitucionais programáticos”.<sup>5</sup>

Conforme André Ramos Tavares a omissão pode ser compreendida pela ausência do cumprimento de uma lei ou de um dispositivo constitucional: “a omissão pode ocorrer por incumprimento de determinação direta da Constituição ou, ao

---

<sup>3</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 11 set. 2020

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. **Controle de constitucionalidade**: variações sobre o mesmo tema. Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional n. 6. Madrid: CEPC, 2002. p. 17.

<sup>5</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**, cit., p. 18-20.

contrário, pode surgir por incumprimento de lei lastreada diretamente na Constituição".<sup>6</sup>

Elucida Jorge Miranda que:

(...) a inconstitucionalidade por omissão – tal como a inconstitucionalidade por ação – não se afere em face do sistema constitucional. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma norma violada, e não ao conjunto de disposições e princípios.<sup>7</sup>

Como se pode extrair do artigo 103, § 2º da Constituição Federal do Brasil a omissão normativa inconstitucional é a ausência de norma que implica falta de efetividade do preceito constitucional, e essa falta de norma, de acordo com a constituição, pode ser de competência de órgão administrativo ou de competência do poder legislativo, "a preocupação deve ser com a falta de medidas normativas que resulte em efetividade de disposições constitucionais, e não necessariamente de medida legislativa, assim entendida como ato de competência do legislador", dessa maneira, o instituto da omissão pode ser devido a "ausência de decreto, regulamentação ou outras medidas próprias do Poder Executivo e seus órgãos", assim como, "a omissão normativa pode decorrer da própria falta de coordenação entre medidas legislativas e administrativas, de falhas nos ciclos de políticas públicas"<sup>8</sup>, ou como bem afirmado por Canotilho ocorrerá a chamada omissão legislativa inconstitucional no momento em que o legislador se afasta do dever de "fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado."<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> TAVARES, André Ramos. O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 391.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. t. VI, p. 305.

<sup>8</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**, cit., p. 31-32.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 5. ed., cit., p. 1003-1004.

Ademais, além da nítida e reconhecida omissão legislativa percebida na questão ora estudada, como se pode extrair da própria ementa da ADO 26, mais do que ser reconhecida a omissão legislativa devem ser entendidos e garantidos os direitos humanos e a dignidade humana a esse grupo da população brasileira que luta pela igualdade das suas escolhas, “garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. As várias dimensões conceituais de racismo. O racismo, que não se resume a aspectos estritamente fenotípicos, constitui manifestação de poder que, ao buscar justificação na desigualdade, objetiva viabilizar a dominação do grupo majoritário sobre integrantes de grupos vulneráveis (como a comunidade LGBTI+), fazendo instaurar, mediante odiosa (e inaceitável) inferiorização, situação de injusta exclusão de ordem política e de natureza jurídico-social – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”.<sup>10</sup>

Apesar de haver projetos de lei no Senado Federal e na Câmara dos Deputados sobre a matéria, isso não afastaria o reconhecimento da omissão constitucional, pois ainda não há efetivamente a lei aprovada, sancionada e publicada, e essa demora legislativa, especificamente, nesta matéria, faz com que haja um

---

<sup>10</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 11 set. 2020

agravamento da problemática, haja vista, as recorrentes notícias de violações dos direitos das comunidades LGBTI+ em todo o país. Como dito em seu voto, o ministro Edson Fachin, reforça que há inúmeros relatórios de organismos internacionais que apontam o Brasil como um dos países onde mais ocorrem mortes e agressões contra esse grupo. . “O quadro de violações, portanto, há muito está reconhecido, a impedir que se acolha a tese de se aguardar a apreciação pelo Congresso Nacional das omissões que se lhe imputam. Nenhuma instituição pode deixar de cumprir integralmente a Constituição”, afirmou.

Dessa forma, acima de tudo se trata de um quadro de massiva e generalizada violação aos direitos humanos e aos direitos fundamental, como dito, pela própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLI “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, sendo assim, é uma violação ao Estado Democrático de Direito toda e qualquer discriminação, até mesmo, por que não, a que se baseia na identidade de gênero ou na orientação sexual. Ressaltando-se ainda que não há ausência ou lacuna de definição de conceitos, mas sim do adequado cumprimento ao princípio da igualdade entre os cidadãos, independente de suas raças, credo, gênero, identidade sexual e/ou qualquer outra questão.

Há, portanto, uma ofensa ao princípio da igualdade, a ofensa a um sentido mínimo de justiça. O ministro Fachin observa que o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, é reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, no Direito Penal, como o instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos contidos na Carta Magna, afirma que “Nada na Constituição autoriza a tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. Toda pessoa tem o direito de viver em uma sociedade sem preconceitos. Toda pessoa deve ser protegida contra qualquer ato que atinja sua dignidade”, reforçando que “a sexualidade constitui dimensão inerente à dignidade da pessoa humana”.

Fato é que o Supremo Tribunal Federal (STF) discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passe a ser considerada um crime. Dez dos onze ministros reconheceram haver uma demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema. Apenas Marco Aurélio Mello votou contrariamente a esse entendimento.

Diante desta omissão legislativa os ministros determinaram que a conduta passasse a ser punida pela Lei de Racismo (7716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". Lembrando que o racismo é um crime inafiançável e imprescritível segundo o texto constitucional e pode ser punido com um a cinco anos de prisão e, em alguns casos, multa.

A homofobia e a transfobia não se encontram na legislação penal brasileira, ao contrário de outros tipos de preconceito. Uma das principais reivindicações de militantes LGBT no país, a criminalização destas condutas chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de duas ações, movida pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) e pelo Partido Popular Socialista (PPS), em 2012 e 2013, respectivamente. Essas ações aduziam que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina que qualquer "discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" seja punida - e que a Lei de Racismo mostra que se optou fazer isso criminalmente. Ao não legislar sobre a homofobia e a transfobia, deputados e senadores estariam se omitindo inconstitucionalmente, por "pura e simples má vontade institucional". As ações pediam também que o STF fixasse um prazo para que fosse criada a lei e que, caso não fosse cumprido ou se fosse considerado desnecessário, a própria Corte regulamentasse temporariamente a questão até haver uma decisão do Congresso, porém não ficou estipulado um prazo para o Congresso Nacional criar as leis.

Na seara da Constitucionalização e da judicialização das relações sociais, nota-se que a constitucionalização se manifesta na irradiação dos preceitos constitucionais pelo sistema jurídico, cuja disseminação pelo ordenamento se dá por meio da jurisdição constitucional, que abarca o emprego direto da Constituição a questões determinadas como a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. Sendo que no Brasil, é importante ressaltar que a jurisdição constitucional é utilizada de forma ampla, ou seja, todo o Poder Judiciário interpreta a Constituição, sendo possível a recusa de aplicação da lei ou outro ato normativo se os entenderem inconstitucionais.



Neste entendimento, compreende-se que sob essa nova ótica, sob a Constituição de 1988, houve uma extensão da demanda por justiça pela população do Brasil, iniciada pela redescoberta da cidadania e pela percepção da sociedade em relação aos seus direitos. Obviamente, isso foi reforçado pelo fato de o texto constitucional trazer esses direitos, ações e a possibilidade de ampliação de participação das pessoas nas buscas dos seus direitos.

O ministro Barroso ensina que, uma das estimulantes novidades do Brasil dos últimos anos foi grande ascensão institucional do Poder Judiciário, desempenhando grande papel político, os dividindo com os demais poderes da União:

(...) Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.<sup>11</sup>

Uma questão relevante para os dias atuais se há legitimidade democrática nesta função judicial que vem sendo largamente exercida pelo Poder Judiciário, quais os seus limites, quais as suas possibilidades, nesta função política que o exercício da justiça tem se apresentado frente aos demais poderes?

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 18 jan. 2019.

De maneira ampla, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado).

A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como contramajoritário: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais.

A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação. A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário.

Enquanto que, por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a

voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.

Dessa maneira, compreende-se que, a função precípua do Poder Judiciário, mais especificamente das cortes constitucionais e supremos tribunais são de preservar o processo democrático e promover os valores constitucionais, suprimindo as carências deixadas pelos demais poderes, quando isso for possível, necessário e quando não significar uma usurpação de poderes. Não podendo, nem devendo desqualificar a sua própria atuação, ou seja, não agir de forma abusiva nas questões políticas ao invés de aplicar os princípios constitucionais.

No Brasil, conforme demonstrado por Barroso compreende-se que:

(...) o texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo. (...) fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais. Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e

o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional <sup>12</sup>.

Uma análise que se pode fazer neste momento é uma busca no conceito de anomia cunhado pelo sociólogo francês Émile Durkheim, que quer dizer, ausência ou desintegração das normas sociais. Esse conceito surgiu com o objetivo de descrever as patologias sociais da sociedade ocidental moderna, racionalista e individualista. O acelerado processo de urbanização, a falta de solidariedade, as novas formas de organização das relações sociais e a influência da economia na vida dos indivíduos após a Revolução Industrial que são os objetos de estudo de Durkheim.

Sendo que, Durkheim desenvolve esta argumentação para apresentar os aspectos positivos da divisão do trabalho, enquanto produtora de solidariedade social. Existindo outro resultado, que é considerado negativo pelo autor, o conjunto de regras sem unidade, de relações não regulamentadas, a desintegração social e a debilidade dos laços que prendem o indivíduo ao grupo.

A organização dos homens em uma mesma sociedade, regulada pelas mesmas leis é o que permite a mediação de conflitos individuais e sociais: "A única força capaz de servir de moderadora para o egoísmo individual é a do grupo; a única que pode servir de moderadora para o egoísmo dos grupos é a de outro grupo que os englobe"<sup>13</sup>, sendo a anomia definida pelo autor como a ausência dessa solidariedade, o desrespeito às regras comuns, às tradições e práticas. Nota-se nesta questão referente a homofobia e a transfobia que há uma nítida omissão legislativa como também há uma ausência e uma desintegração da sociedade das normas sociais em relação aos seres humanos, que deveriam estar refletidos nos princípios da solidariedade, da fraternidade e da igualdade, previstos no preâmbulo da Constituição Federal de 1988: 'Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 18 jan. 2019.

<sup>13</sup> DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social**. Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 428.

em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias,** promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte'. (grifo nosso)

## **2. DO RECONHECIMENTO DO RACISMO COM BASE NA DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO DE RAÇA, COR, ETNIA, RELIGIÃO OU PROCEDÊNCIA NACIONAL**

Importante esclarecer, de início, que o presente estudo, em nenhum momento desvaloriza ou diminui qualquer tipo de racismo sofrido com base em qualquer forma de discriminação.

O Brasil é um país plural, formado por diversas fontes populacionais. Estabelecer discriminações ou escalonar sofrimentos não é a solução para a problemática apresentada. Busca-se demonstrar que as barreiras enfrentadas pelos membros da comunidade LGBTQIA+ são tão relevantes quanto às sofridas por pessoas vítimas de racismo com base em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Na realidade, a empatia é uma qualidade que deve ser cultivada, constando a construção de uma sociedade livre, justa e solidárias como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Ao reconhecer o racismo, na forma de homofobia ou transfobia, como crime, o Supremo Tribunal Federal utilizou uma interpretação literal da norma, perfeitamente aplicável ao desenvolvimento social de nosso país.

É incontestável que a externalização da homofobia, nos últimos anos, ganhou força. Esse fenômeno pode ser motivado pelo ódio disseminado em redes sociais e internet, especialmente pela confiança na impunidade. Além da internet, o cenário político atual, por muitas vezes, deu voz a políticos com claras

manifestações homofóbicas. Quando uma autoridade pública profere discurso de ódio, parte da população se sente encorajada a fazer o mesmo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem sido vanguardista e promissor em questões envolvendo a população LGBTQIA+, assim como o faz com as demais populações vulneráveis.

Em um breve histórico, é possível consignar avanços alcançados por essa população vulnerável como, por exemplo, a retirada, pela Organização Mundial da Saúde, da homossexualidade da lista de distúrbios psiquiátricos (1990); O reconhecimento da união homoafetiva, assim como o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil (2011); O reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo (2019); O fim da restrição de doação de sangue por homossexuais (2020).

### **3. DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA RECONHECIDAS COMO RACISMO**

Em um contexto histórico, a homossexualidade figurou como questão de conflito para diversas instâncias da sociedade em momentos diferentes. Hoje, o entendimento é de que a homossexualidade é tão natural e antiga quanto a heterossexualidade, presente em todo o reino animal.

Os registros nacionais são vagos, entretanto, acompanhando agências internacionais de direitos humanos, o Grupo Gay da Bahia registra que se matam muitíssimo mais homossexuais e transexuais no Brasil do que nos 13 países do Oriente e África, onde persiste a pena de morte contra tal seguimento. Mais da metade dos assassinatos de LGBTQIA+ do mundo ocorrem no Brasil<sup>14</sup>.

Nesse mesmo sentido, homossexuais e especialmente transexuais são vítimas de homicídio motivado pela sua orientação sexual. O crime, quando investigado e

---

<sup>14</sup>Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil -2020: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia;/Alexandre Bogas Fraga Gastaldi; Luiz Mott; José Marcelo Domingos de Oliveira; Carla Simara Luciana da Silva Ayres; Willians Ventura Ferreira Souza; Kayque Virgens Cordeiro da Silva; (Orgs).-1. ed. -Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021.

julgado, não leva em consideração a violência voltada para a comunidade LGBTQIA+. Desta forma, a homofobia não é reconhecida na linha de investigação e, quando do julgamento, esta especificidade não é valorada para majorar a pena.

Integrantes da comunidade LGBT fazem parte da sociedade. Entretanto, existe resistência da investigação criminal com base na homofobia. Ou seja, existe o registro da violência, mas estes registros não são interpretados como homofobia.

Por consequência, as Secretarias Estaduais não possuem números relevantes de registros de violência homofóbica e não há, por desdobramento natural, deslocamento de verbas e investimentos no combate à homofobia.

Nesse sentido, a homossexualidade já foi considerada -e ainda é - um pecado no campo religioso; um crime no âmbito jurídico; uma doença para a medicina; um desvio mental na psicologia. Deste modo, a homossexualidade foi rechaçada e condenada de diferentes formas até alcançar o seu atual status de "orientação sexual" equiparada à heterossexualidade.

No ano passado, o Supremo Tribunal Federal julgou mandado de injunção<sup>15</sup> que reconheceu a homofobia e transfobia como racismo. Por consequência, recebeu enormes críticas do meio político e jurídico, especialmente de uma ala radical que não consegue reconhecer a vulnerabilidade deste grupo de pessoas.

Grande parte dessas críticas são, na realidade, a externalização da homofobia coberta no argumento de que não cabe ao Supremo Tribunal Federal legislar. As críticas, sempre naturais em um Estado Democrático de Direito, não enfrentam o reconhecimento com critérios jurídicos.

O Presente artigo serve para esclarecer, inicialmente, que não houve uma equiparação ou analogia *in malam partem*, mas sim o reconhecimento que a homofobia e a transfobia, por meio de interpretação literal.

---

<sup>15</sup>CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo>. Acesso em: 27 mai. 2021.

Além da interpretação literal, o presente estudo demonstra algumas das dificuldades sofridas por homossexuais e os demais membros da comunidade LGBTQIA+, com a finalidade de relacionar com os outros tipos de racismo previsto na legislação específica.

Faz-se necessário, nesse ponto, conceituar homofobia.

Para definir a homofobia, Borrillo, leva em consideração não somente o plano individual, mas considera os processos ideológicos. Para ele:

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social àqueles ou àquelas que supostamente sentem desejo ou têm relações sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma particular de sexismo, a homofobia renega igualmente todos aqueles que não se enquadram nos papéis determinados para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma (hetero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades, o que tem consequências políticas.<sup>16</sup>

Algumas das críticas à decisão também foram baseadas em uma suposta invasão indevida da esfera de outros poderes ou ativismo judicial. Necessário consignar que qualquer juiz, inclusive o STF, através do princípio da inafastabilidade do exercício de jurisdição, tem o poder-dever de realizar a justiça no caso concreto e de dar efetividade às normas constitucionais.

Sem a observância da separação dos poderes, o equilíbrio constitucional pode ter suas bases estremecidas, sob a ótica da intervenção direta de um Poder na alçada do outro. Para tanto, vale reportar ao dispositivo constitucional, fazendo o seguinte comentário: tem-se como um dos pilares estruturais fundamentais da República Federativa do Brasil o princípio da separação dos poderes, o qual, conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 2º, estipula a coexistência harmoniosa dos três poderes.

---

<sup>16</sup> BORRILLO, Daniel. **Homofobia – História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010, p. 27.



Apesar dessa regra constitucional, o Mandado de Injunção possui previsão expressa na Constituição da República. Desta feita, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, não interferiu na esfera de atuação do outro poder da república. Isso porque, em julgamentos de Mandados de Injunção, caso a ação seja procedente, a regra estabelece a comunicação ao Poder inerte para que tome providências. Situação diversa do caso concreto, uma vez que o STF reconheceu a homofobia e transfobia como racismo.

#### **4. PARALELO ENTRE O RACISMO BASEADO NA COR DA PELE E O RACISMO SOFRIDO PELA POPULAÇÃO LGBTQIA+**

O critério para identificar raça não pode ser exclusivamente a cor da pele. Nesse sentido, faz-se necessário traçar algumas limitações estruturais ao pleno desenvolvimento de LGBTQIA+, especialmente no Brasil.

Sobre local de fala das pessoas negras, este não é um dado de análise de discurso proibitivo, serve para identificar a origem das ideias, sem intenção de usurpar o protagonismo. Quando nos deparamos com o racismo, não podemos utilizar exclusivamente o critério de fenótipo para identificação deste grupo, até porque a carga genética pode não ser passada exclusivamente pela cor da pele. Por exemplo, em bancas de concursos públicos e de faculdades públicas - e até mesmo nosso sistema único de saúde - o critério utilizado, em sua maioria, é o da autodeclaração.

É possível identificar, desde a extensão do grupo familiar e vizinhos, como as primeiras experiências de racismo que uma pessoa pode sofrer e ter consciência. Especialmente porque, em regra, antes da idade escolar, as crianças têm seu convívio social limitado. Portanto, nesta fase da vida, o racismo direto ou estrutural é voltado para seus pais ou responsáveis, com reflexo nas crianças.

Com maior intensidade, a diferenciação ocorre nas escolas, especialmente particulares. O racismo é identificável, inicialmente, com a quantidade de alunos negros e, apesar da evolução, é difícil encontrar ainda hoje modelos de

identificação para reconhecimento em super-heróis e heroínas, extremamente raros se formos olhar 10 (dez) anos atrás.

Essa situação, aos poucos, está evoluindo. Uma criança negra hoje consegue se enxergar, por exemplo, no super-herói Pantera Negra<sup>17</sup> ou até mesmo uma menina negra pode observar a campeã do Big Brother Brasil 2020<sup>18</sup>, Thelma Assis, médica negra e escolhida pelo país como vencedora.

Antes dessa singela e significativa evolução social, a segregação racial pela cor da pele ocorria – e ainda ocorre - de forma explícita e implícita. Em um contexto escolar, ocorre explicitamente quando sua cor da pele é utilizada como critério de escolha para saber quem seria ou não convidado para as festas infantis. No ambiente profissional, quem seria ou não escolhido para ocupar o cargo ou emprego, independentemente de qualquer qualificação técnica. Na esfera investigativa, quem seria escolhido ou não para ser revistado em uma abordagem policial ou até mesmo utilizado para definir qual o termo a ser atribuído em uma reportagem, haja vista a relação entre a cor da pele e os termos “usuário” ou “traficante de drogas”.

A ciência<sup>19</sup> há muito tempo, já reconheceu e divulgou que a homossexualidade é tão natural quanto a heterossexualidade, haja vista ser uma questão genética. Independentemente da posição científica, contar a história da humanidade é contar a história da homossexualidade e transexualidade.

Com base nesse dado, pessoas que no ano de 2020 ainda utilizam o termo “opção” para retratar a homossexualidade não podem mais ser considerados como simplesmente desinformados ou que estão simplesmente expressando a sua

---

<sup>17</sup>BADALO. Disponível em: <https://badalo.com.br/featured/pantera-negra-primeiro-super-heroi-negro-da-marvel-estreia-hoje-nos-cinemas/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

<sup>18</sup>BRASIL247 Disponível em: <https://www.brasil247.com/midia/medica-negra-vence-o-bbb-20-com-44-1-dos-votos>. Acesso em: 27 mai. 2021.

<sup>19</sup>DRAUZIO. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/homossexualidade-dna-e-a-ignorancia-artigo/> . Acesso em: 27 mai. 2021.

opinião, como o recente caso do repórter da CNN<sup>20</sup>, demitido em julho de 2020, após proferir diversos impropérios homofóbicos, perpetuando preconceitos e utilizando a palavra “opinião” como escudo, retratando como cultura do cancelamento as consequências de suas infelizes declarações.

Uma pessoa que nasce homossexual demora a entender o que realmente está acontecendo dentro da sua mente, na realidade, segue uma desconfiança por muito tempo. Se você cresce em uma família muito religiosa, logo cedo você aprende que a homossexualidade é algo errado e que deve ser evitado. Algumas religiões ainda a classificam como pecado e aí surgem algumas opções de sobrevivência, destacando-se a negação.

Quando a negação de seus desejos é efetivada, existe a possibilidade de torna-se um homofóbico árduo. Faz-se necessário registrar pesquisas identificando a relação entre homofobia e homossexualidade<sup>21</sup>. Outra possibilidade é a de esconder a orientação sexual e continuar tentando experiências sexuais com o sexo pelo qual não sente atração.

Avançando nas possibilidades, existe quem siga sua orientação sexual sem conversar sobre o assunto e também quem a assuma publicamente.

A própria palavra “assumir” é um problema, haja vista que tal cobrança não é feita a heterossexuais. Ninguém precisa sair do armário como heterossexual.

No caso da homossexualidade, a segregação escolar acontece, geralmente, quando o jovem ou a criança não se identifica com os mesmos tipos de brincadeira que os heterossexuais masculinos ou femininos gostam. Por exemplo, o futebol.

---

<sup>20</sup> GENTE. Disponível em: <https://gente.ig.com.br/tvenovela/2020-07-08/jornalista-da-cnn-da-show-de-homofobia-ao-falar-sobre-doacao-de-sangue.html>. Acesso em: 27 mai. 2021.

<sup>21</sup> EL PAÍS. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/actualidad/1561319996\\_440148.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/actualidad/1561319996_440148.html); Acesso em: 27 mai. 2021.

Toda regra comporta exceções, existem casos de homossexuais que gostam muito de esportes que são, em sua maioria, praticados por heterossexuais<sup>22</sup>. Então, pela vontade de participar de esportes diversos, pela vontade brincar com as garotas (os), em conversar sobre assuntos diversos, o jovem acaba se isolando.

Na adolescência, quando muitas pessoas e colegas de classe começam a se interessar por encontros e cinemas com pessoas de sexo oposto, novamente uma encruzilhada. Ele (a) pode sair com uma pessoa pela qual não tem atração sexual, porque é o que todos esperam dele (a) ou pode optar por não sair e ficar mais isolado, sendo alvo fácil para todo tipo de *bullying*. Tudo isso é reflexo de uma sociedade estruturada para a heterossexualidade. A normalidade que o homossexual sente é completamente divorciada do padrão social imposto. Não por menos, muitas das vezes, a primeira frase dos pais de homossexuais, ao tratar da sexualidade de seus filhos é "eu estou chorando porque tenho medo do que você vai enfrentar".

A questão da identificação, como também ocorria com negros, é muito difícil para os homossexuais. Os personagens de televisão, em sua maioria, são extremamente estereotipados, utilizados como chacota ou como um tipo de diversão. Até o começo da década de 2010, era realmente difícil encontrar na dramaturgia nacional algum homossexual bem-sucedido, vivendo além dos estereótipos clássicos.

A batalha mental é realmente grave, inicialmente porque, de tanto receber informações de que o que é natural para ele (a) é errado para a sociedade, o homossexual tenta, em regra, mudar algo imutável. Sua natureza. Não aceitar a orientação, rezar e tentar se socorrer de qualquer forma para que aquilo não seja realidade é uma fase extremamente comum na vida de um homossexual.

---

<sup>22</sup> DIÁRIO DO NORDESTE. Disponível em <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/suicidio-entre-publico-lgbt-aumenta-quase-quatro-vezes-em-dois-anos-1.2058979>. Acesso em: 27 mai. 2021.

Registre-se, nesse ponto, o elevado índice de suicídio entre homossexuais<sup>23</sup>. No período de idade entre 10 até 18 anos de idade, muitos homossexuais são expulsos de casa e sofrem violência física, verbal e psicológica de quem lhes deve proteção.

Sendo alvo de segregação dentro da sua própria casa, o homossexual tem a opção de esconder ao máximo sua orientação sexual ou pode revelar para sua família. Ambas as decisões possuem consequências graves.

Ao revelar sua orientação sexual a seus familiares, ainda na juventude, o homossexual pode ser acolhido ou sofrer uma severa rejeição. Em um passado não muito distante, poderia ser submetido à terapia de conversão ou acampamentos de transformação, muitos deles resultando em suicídio, conforme tristemente relatado no livro *Boy Erased*<sup>24</sup>.

Além da possibilidade de expulsão de casa, todos os tipos de violência psicológicas imagináveis são possíveis. A indiferença, inegavelmente, também possui consequências.

Quando um jovem homossexual recebe uma ofensa gratuita, geralmente, não tem a quem recorrer. Então, neste ponto, a homossexualidade fica mais vulnerável do que a cor da pele. Faz-se necessário registrar aqui que este artigo traz a regra. É claro que, felizmente, algumas famílias dão apoio a seus filhos e filhas homossexuais desde muito cedo, mas esses ainda são minoria.

No ano de 2019, quando o Supremo Tribunal Federal, entendeu que raça não era apenas um critério fenótipo, ele deu voz a inúmeros homossexuais que não tinham a quem recorrer. Em um paralelo com a raça negra, quando um jovem negro ou uma jovem negra sofre injúrias raciais, preconceito e discriminação, as vítimas desse tipo de crime geralmente podem se valer de sua família e buscar apoio com

---

<sup>23</sup>CARTA CAPITAL. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/suicidio-da-populacao-lgbt-precisamos-falar-e-escutar/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

<sup>24</sup>AMAZON. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Boy-Erased-Uma-Verdade-Anulada/dp/8551004115>. Acesso em: 27 mai. 2021.

seus pais, irmãos e seus familiares próximos ou que tenham o seu mesmo tom de pele. Esta realidade, infelizmente, não ocorre com os homossexuais.

A situação torna-se bem mais grave com jovens transexuais, que são empurradas desde muito cedo para a prostituição. Essas pessoas vivem uma dura realidade nas ruas, encaram constante violência física, abuso sexual, utilização compulsória de drogas pela vontade dos clientes, extrema desvalorização da sua pessoa humana.

Nesse ponto do desenvolvimento, necessário solicitar licença poética à Elza Soares, pois quando canta que a carne mais barata do mercado é a carne negra, deixa de reconhecer que a carne trans é dada sem cobrança, torturada e sem investigação da *causa mortis*.

No Brasil, a expectativa de vida das transexuais é de 35 anos<sup>25</sup>. Muitas delas são feitas de escravas sexuais, viajam para o exterior e nunca mais retornam. Raras são aquelas que conseguem algum tipo de destaque ou emprego formal. A fonte de renda, muitas vezes, acaba com a jovem idade 30 anos, uma vez que o mercado da prostituição tem preferência por profissionais jovens. Esse grupo de pessoas provavelmente é grupo mais vulnerável do nosso país.

O Estado se porta de forma indiferente diante das violências perpetradas contra transexuais e até corrobora para a segregação desse grupo de pessoas. Não fosse a justiça, os indivíduos não poderiam nem utilizar o nome que escolheram por ser compatível com sua sexualidade. Gerando, por consequência, constrangimentos diários.

A violência policial sofrida por transsexuais também é explícita, visto que, por consequência da prostituição, muitas são presas tentando recuperar os valores não pagos por seus clientes. Quando isso ocorre, as transexuais são

---

<sup>25</sup> SENADO NOTÍCIAS. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em: 27 mai. 2021.

ridicularizadas, filmadas e expostas pela mídia ou pelos próprios policiais. Abandonados pela família, sem possibilidade de um emprego formal, sem estudo, vivendo da prostituição, muitas delas escolhem morrer.

No mesmo sentido, a universidade de Oregon fez uma pesquisa em que ficou constatado que gays, lésbicas e bissexuais possuem o risco de 5 vezes mais no cometimento de suicídio. No Brasil, entre 2017 e 2018, houve o aumento de 43% da taxa de suicídio da população LGBTQIA+.

Ao considerar as vítimas LGBTQIA+ como super vulneráveis, identifico que os casos de suicídio também são homofobia. Isso porque a indiferença estatal, desde a infância, com o *bullying* provocado por sua orientação sexual ou identidade de gênero, até a falta de orientação familiar, colaboram para um cenário em que o índice de suicídios é muito superior.

Quanto ao suicídio de LGBTQIA+ no Brasil, em 2019, segundo dados do relatório do Grupo Gay da Bahia, 32 casos foram localizados nos meios de comunicação, 40,6% eram trans, 37,5% gays e 21,8% lésbicas. 26,3% dos suicidas tinham menos de 20 anos, o mais jovem com 14 anos e com 44 o mais velho.

Faz-se necessário registrar que os dados encontrados foram retirados de meios de comunicação, uma vez que o Estado não faz um registro específico para as ocorrências.

As dificuldades de acesso a oportunidades de trabalho e renda, especialmente no mercado formal, constituem obstáculos para a construção de projetos de vida mais sólidos e, em certa medida, empurra as pessoas para condições de subemprego, compelindo-as a estratégias marginais de sobrevivência. Assim sendo, uma vez expostas a tais situações, podem ser vítima de violência e morte.

Quando o homossexual resolve viver independente de contar acerca de sua orientação sexual para sua família, a vida em sociedade imediatamente impõe diversas dificuldades. O mercado do trabalho é seletivo, existem profissões em que o homossexual é bem-vindo como, por exemplo, nos salões de beleza. Aqueles que optam e conseguem fazer uma faculdade é um grupo raro.

O preconceito, entretanto, ocorre em todos os níveis de emprego. Mesmo na profissão de magistrado, depara-se, de forma comum e habitual, com ofensas à homossexuais em grupos de conversa de juízes.

Diante de todas essas constatações, é inegável que o conceito de raça acatado pelo Supremo Tribunal Federal foi extremamente acertado.

Desta forma, o artigo de Paulo Roberto Iotti<sup>26</sup> [10] retrata de forma clara que o STF não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia e transfobia como racismo. A reprodução do conceito utilizado é fundamental para o enfrentamento do tema:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

Não é equilibrado, portanto, considerar que o STF legislou. A vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+ é explícita, assim como a inércia do Poder Legislativo. Da mesma forma, a identificação desse grupo e os motivos de sua segregação social também são.

A violência contra homossexuais e transexuais, mesmo após a decisão do Supremo, é aceita pela maioria da sociedade, especialmente quando acobertada pelo manto da “opinião”. Constantemente, o perfil institucional de *Instagram* do

---

<sup>26</sup> CONJUR Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>. Acesso em: 27 mai. 2021.



PINTO, Saulo Góes; MORAES RÊGO, Carolina Noura de. As barreiras enfrentadas pela população lgbtqia+ e o reconhecimento da homotransfobia como racismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Conselho Nacional de Justiça recebe críticas quando realiza alguma postagem voltada à proteção de LGBTQIA+.

Segundo os ensinamentos de Maria Berenice Dias, em novembro de 2006, vinte e nove especialistas de vinte e cinco países, reunidos na Universidade de Gadjah Mada, em Yogyakarta – Indonésia, elaboraram os Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação de Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de gênero. Para a autora:

Trata-se de uma espécie de nova interpretação das normas já existentes sobre direitos humanos, a fim de aplicá-las em situações de discriminação em virtude das orientações sexuais. Devem ser efetivamente aplicados pelos Estados, uma vez que as regulamentações sobre direitos humanos já foram ratificadas em diversos tratados internacionais. Nada mais do que uma reinterpretação dessas legislações.<sup>27</sup>

Após um ano de criminalização pelo Supremo Tribunal Federal<sup>28</sup>, os Tribunais de Justiça não dispõem de dados sobre processos em andamento ou de pessoas condenadas por homofobia no país. No mesmo sentido, no âmbito pré-processual, faltam elementos para identificação ou linha de investigação quando o delito possui motivação homofóbica.

Além dos homicídios, a violência pode ser física, psicológica ou de segregação. Por exemplo, no ano de 2019, registrou-se o caso de um motorista de aplicativo que se recusou a fazer corrida a um cidadão homossexual<sup>29</sup>. O fato ocorreu no dia 10/03/2019 e a vítima, um cabeleireiro e maquiador, 29 anos, registrou o caso no 3º Distrito Integrado de Polícia da capital amazonense. Na ocasião, não havia ainda o reconhecimento da tipificação de racismo como homofobia, apesar de se um

---

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI** / Maria Berenice Dias. – 7. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 92.

<sup>28</sup> UOL Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/06/13/um-ano-apos-criminalizacao-tribunais-nao-dispoem-de-dados-sobre-homofobia.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

<sup>29</sup> ACRITICA. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/motorista-do-99pop-se-recusa-a-fazer-corrida-em-manaus-porque-cliente-era-homossexual>. Acesso em: 27 mai. 2021.

claro caso de racismo, levando os policiais a considerarem estar diante simplesmente de um caso de injúria.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo buscou conceituar homofobia, explicar algumas das vulnerabilidades sofridas pelos integrantes da comunidade LGBTQIA+ e, especialmente, traçar um paralelo com o racismo baseado na cor da pele.

As dificuldades, identificadas e relatadas, servem para fundamentar que a comunidade LGBTQIA+ possui diversas barreiras sociais, familiares e no mercado de trabalho que vão além da regra. Ficam superadas, portanto, as alegações de que esse grupo de pessoas busca benefícios ou privilégios. Anseia-se, na realidade, a diminuição da violência e a ilegalidade do racismo, explícito e implícito, praticado com frequência contra homossexuais.

De forma detalhada, os fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 foram explicitados, assim como a relação com elementos expressos da Constituição da República. Ademais, a homotransfobia foi analisada em um contexto jurídico e social, comprovando que o crime de racismo não é praticado exclusivamente no fenótipo.

Além desses pontos, demonstrou-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, acertada e extremamente necessária, não foi fruto de simples ativismo judicial ou de criação de um novo tipo penal. Na realidade, o STF reconheceu que a homotransfobia possui previsão literal na legislação específica acerca do racismo. No mesmo sentido, restou explicitado que algumas das críticas não são baseadas em conceitos jurídicos, mas sim na própria homofobia.

O reconhecimento da homotransfobia como racismo nada mais é do que a interpretação necessária para a evolução social de um grupo de pessoas extremamente vulnerável e carente de legislação protetiva. Por fim, coloca em prática o anseio de uma sociedade sem preconceitos, conforme positivado no preâmbulo da Constituição da República.

PINTO, Saulo Góes; MORAES RÊGO, Carolina Noura de. As barreiras enfrentadas pela população lgbtqi+ e o reconhecimento da homotransfobia como racismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## REGERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACRITICA. Disponível em:

<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/motorista-do-99pop-se-recusa-a-fazer-corrída-em-manauš-porque-cliente-era-homossexual>. Acesso em: 27 mai. 2021.

AMAZON. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Boy-Erased-Uma-Verdade-Anulada/dp/8551004115>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 18 jan. 2019.

BADALO. Disponível em: <https://badalo.com.br/featured/pantera-negra-primeiro-super-heroi-negro-da-marvel-estreia-hoje-nos-cinemas/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia – História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BORRILLO, D. (2009). **Homofobia**. In T. Lionço, & D. Diniz (Orgs.), *Homofobia e educação: Um desafio ao silêncio* (pp. 15-46). Brasília: Letras livres.

BRASIL247 Disponível em: <https://www.brasil247.com/midia/medica-negra-vence-o-bbb-20-com-44-1-dos-votos>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 5. ed., cit., p. 1003-1004.

CARTACAPITAL. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/suicidio-da-populacao-lgbt-precisamos-falar-e-escutar/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/stf-reconhece-criminalizacao-homofobia-lei-racismo>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CONJUR Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>. Acesso em: 27 mai. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI** / Maria Berenice Dias. – 7. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIÁRIO DO NORDESTE .Disponível em <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/suicidio-entre-publico-lgbt-aumenta-quase-quatro-vezes-em-dois-anos-1.2058979>. Acesso em: 27 mai. 2021.

PINTO, Saulo Góes; MORAES RÊGO, Carolina Noura de. As barreiras enfrentadas pela população lgbtqia+ e o reconhecimento da homotransfobia como racismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

DRAUZIO. Disponível em:

<https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/homossexualidade-dna-e-a-ignorancia-artigo/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

GENTE. Disponível em: <https://gente.ig.com.br/tvenovela/2020-07-08/jornalista-da-cnn-da-show-de-homofobia-ao-falar-sobre-doacao-de-sangue.html>. Acesso em: 27 mai. 2021.

EL PAÍS. Disponível em:

[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/actualidad/1561319996\\_440148.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/actualidad/1561319996_440148.html); Acesso em: 27 mai. 2021.

GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp (Org.). **Homossexualidade e direitos sexuais**: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011.

GUIMARÃES, Anibal, os princípios de Yogyakarta. In: Dias, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 2 ed., São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 709-720.

SILVA, José Afonso. **Controle de constitucionalidade**: variações sobre o mesmo tema. Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional n. 6. Madrid: CEPC, 2002.

TAVARES, André Ramos. O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. t. VI.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia/ José Marcelo Domingos de Oliveira; Luiz Mott. – 1. ed. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

RAMOS, NICOLE, BRENNER. **Gênero, sexualidade e direito**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em: 27 mai. 2021.

PINTO, Saulo Góes; MORAES RÊGO, Carolina Noura de. As barreiras enfrentadas pela população lgbtqia+ e o reconhecimento da homotransfobia como racismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 11 set. 2020.

UOL Disponível em:

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/06/13/um-ano-apos-criminalizacao-tribunais-nao-dispoem-de-dados-sobre-homofobia.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

RECEBIDO EM: MAI/2021

APROVADO EM: JUL/2021

**LAND DILEMMAS IN BRAZIL: THE HISTORY OF LAND PRIVATIZATION IN  
BRAZIL<sup>1</sup>**

DILEMAS DE TERRAS NO BRASIL: A HISTÓRIA DA PRIVATIZAÇÃO DE TERRAS  
NO BRASIL

**Katia Carolino<sup>2</sup>**

**Ricardo Stanziola Vieira<sup>3</sup>**

**Marcos Sorrentino<sup>4</sup>**

**ABSTRACT**

This article aims to present, from a historical perspective, the main legal instruments on access to land, based on authors who have studied the agrarian issue in Brazil, namely: João Pedro Stédile (2011), José de Souza Martins (1980), Marcia Maria Mendes Motta (1998), Maria Ligia Osório Silva (1996, 1997), Ruy Cirne Lima (1954), among others. It also aims to demonstrate how legislation has advanced in the process of recognizing the socio-environmental function of property while it brought ambiguities that have led to regression in terms of a fairer and more equitable distribution of land, essential to human needs, such as housing and food. The materials used to prepare the article came from primary and secondary sources collected through bibliographic and documentary research.

**KEYWORDS:** property of land, socio-environmental function of property, Brazilian legislation.

**RESUMO**

Este artigo tem como objetivo apresentar, numa perspectiva histórica, os principais instrumentos jurídicos sobre o acesso à terra, a partir de autores que estudaram a questão agrária no Brasil, a saber: João Pedro Stédile (2011), José de Souza Martins (1980), Marcia Maria Mendes Motta (1998), Maria Ligia Osório

---

<sup>1</sup> We are grateful to the Queen Elizabeth Scholars program, funded by the Canadian Council for Research in Social and Human Sciences and the Development Research Center and the Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel in Brazil for the doctoral scholarship granted to Katia Carolino.

<sup>2</sup> PhD in Environmental Science and researcher at the Laboratory of Education and Environmental Policy (Oca) at the Luiz de Queiroz Higher School of Agriculture at the University of São Paulo (Brazil) and in the Ecological Economy, Commons Governance and Climate Justice project at York University. Email: carolino.ea@gmail.com.

<sup>3</sup> Postdoctoral position at the Center for Interdisciplinary Research in Environmental Law, Urban Planning and Territorial Management (Crideau, University of Limoges - France). Professor in the Master and Doctorate Courses of the Stricto Sensu Postgraduate Program in Legal Science and in the Master Course in Public Policy Management - UNIVALI. E-mail: stanziolaricardo@gmail.com.

<sup>4</sup> Senior professor in the Department of Forest Sciences and coordinator of the Laboratory of Education and Environmental Policy (Oca), both at the Luiz de Queiroz Higher School of Agriculture at the University of São Paulo (Brazil). E-mail: sorrentino.ea@gmail.com.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Silva (1996, 1997), Ruy Cirne Lima (1954), entre outros. Também visa demonstrar como a legislação avançou no processo de reconhecimento da função socioambiental da propriedade ao mesmo tempo em que trouxe ambiguidades que têm levado a um retrocesso em termos de uma distribuição mais justa e equitativa de terras, essenciais às necessidades humanas, como a habitação e comida. Os materiais utilizados na elaboração do artigo foram provenientes de fontes primárias e secundárias coletadas por meio de pesquisas bibliográficas e documentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** propriedade da terra, função socioambiental da propriedade, legislação brasileira.

## **INTRODUCTION**

Since the Brazilian colonization, with the first laws implemented by the Portuguese Crown, later with the Land Law of 1850, the Land Statute of 1964 and the Federal Constitutions, especially the one enacted in 1988, significant advances have occurred in terms of the creation of legal instruments with the aim of regulating access to land.

Although full property of land has been limited by legal institutes such as expropriation, usucapion and, subsequently, by socio-environmental function of property, they have not been able to alter the unequal relations existing in Brazilian society, breaking with the superiority of private interest, created based on the liberal tradition of law, which precludes any social interpretation of legal norms.

In this context, this article aims to present, from a historical perspective, the main legal instruments on with access to land based on authors who have studied the agrarian issue in Brazil, namely: João Pedro Stedile<sup>5</sup>, José de Souza Martins<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup> STEDILE, J. P. **The agrarian issue in Brazil**. The traditional debate - 1500-1960. 2nd edition. Editora Expressão Popular, São Paulo, 2011.

<sup>6</sup> MARTINS, J. de S. **Expropriation and violence (The political issue in the field)**. São Paulo, Hucitec, 1980.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Marcia Maria Menendes Motta<sup>7</sup>, Maria Ligia Osório Silva<sup>8</sup>, Ruy Cirne Lima<sup>9</sup>, among others. It also aims to demonstrate how legislation has advanced in the process of recognizing the socio-environmental function of property while it brought ambiguities that have led to regression in terms of a fairer and more equitable distribution of land, essential to human needs, such as housing and food.

## 1. METHODOLOGICAL PATH

The materials used to prepare the article came from primary and secondary sources collected through bibliographic and documentary research. Secondary sources are “the search for second-hand data, that is, information that has already been worked on by other researchers, scholars and, therefore, is already in the scientific domain”. While the primary sources are the “original data, from which the researcher has a direct relationship with the facts to be analyzed, that is, he is the one who analyzes, observes, for example, (...); it is he who hears the report of experiences lived by others”<sup>10</sup>.

Within the scope of this research, the secondary sources include, for example, books, scientific articles, dissertations and theses, while the primary sources comprise the official documents (laws, decrees, ordinances, among other normative acts) related to the history of land legislation.

Secondary data were collected through bibliographic research that “is a modality of study and analysis of scientific documents” whose main purpose is “to lead the researcher to come into direct contact with works, articles or documents on the topic under study”. While the primary data were obtained through documentary research that “is characterized by the search for information in documents that have not received any scientific treatment”<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil**. Public Archives of the State of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

<sup>8</sup> SILVA, L. M. O. **Devoluted Lands and Latifundio**. Effects of the 1850 law. Editora da Unicamp. Campinas, 1996; SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. **São Paulo In Perspective**, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997.

<sup>9</sup> LIMA, R. C. **Small territorial history of Brazil: “sesmarias” and vacant lands**. Imprensa, Porto Alegre, Sulina, 1954.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, M. M. de. **How to do qualitative research**. Publisher Vozes, Petrópolis, 2007, p. 70.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, M. M. de. **How to do qualitative research**, p. 69.



## 2. AGRARIAN LEGISLATION AND POLICY

In reference to the studies of Darcy Ribeiro gathered in the book "The Brazilian People", João Pedro Stédile<sup>12</sup> states that when European colonists invaded Brazilian territory there were approximately 5 million people, distributed in more than 300 tribal groups, organized in social groups of 100 to 500 families, basically living on hunting, fishing and fruit extraction. According to the author, at that time, a concept of property did not yet exist, since "all the natural elements existing in the territory - land, water, rivers, fauna, flora - were all, of possession and collective use and were used with the sole purpose of meeting the social needs of groups survival", in such a way that "when natural elements became scarce in certain regions, the groups moved to other places, which characterized their condition of nomadic living".

From 1500, with the arrival of the Portuguese to the Brazilian territory, indigenous peoples were subjected to the political will of the Portuguese Monarchy and to guarantee the possession in the new territory and prevent invasion by other interested, rules were created that allowed the occupation of Brazilian lands by the Portuguese. The Brazilian territory, from 1530, was then divided into 15 huge strips of land, from the coast to the imaginary line of Tordesillas, known as Hereditary Captaincies, which, in turn, came to be administered by people linked to the Kingdom from Portugal - the so-called "donatários" - by donation letters.

With almost absolute power over the Hereditary Captaincies, the "donatários" had autonomy to divide the lands into several parts - the so-called "sesmarias" - donating them to anyone who could manage them, building the necessary infrastructure such as mill, slave quarters, among others. While the "sesmeiros" had to make a series of commitments, especially the full use of the donated land, often unrealizable due to the large size of the land granted<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> STEDILE, J. P. **The agrarian issue in Brazil**. The traditional debate 1500-1960. p. 18-19.

<sup>13</sup> TALASKA, A. **The Brazilian agrarian space from a conceptual perspective**: from legal aspects to territorial implications. Thesis (Doctorate in Regional Development) - University of Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

Thus, contrary to what happened in Portugal, in which the "sesmarias" concession was created to solve the food supply problem that occurred at the end of the 14th century, in Brazil, the "sesmarias" concession aimed at the colonization of Brazilian lands<sup>14</sup>.

Although the original concern with the productive and continuous use of the land has been maintained, the "sesmarias" in Brazil made possible the formation of country estate, existing until today, since, in addition to the concession of extensive areas of land by the Portuguese Crown, "sesmeiros", over time, also occupied other areas of land. The final text of the License of October 5, 1795 demonstrates this situation when the Queen, through measurements and demarcations of the lands granted to "sesmeiros", tried to regulate the abuses committed by the "sesmeiros".

License, in which Your Majesty, disapproving and correcting the abuses, irregularities and disorders, which has given rise to the lack of the Regiment of the "sesmarias" of the State of Brazil, is served to order a firm and unavoidable form of its dates, confirmations and demarcations: giving them invariable rules to process the causes of these "sesmarias" with other equally useful measures to the end. Everything as stated above<sup>15</sup>.

Marcia Maria Menendes Motta<sup>16</sup> explains that, even after the issuance of the License of October 5, 1795, the owners continued to disregard the measurement and demarcation of land. According to the author, "measuring and demarcating, following the requirements of the legislation on "sesmarias", meant, for "sesmeiros", to submit to the imposition of a limit to their territorial expansion, to subjugate themselves - in these cases - to the general interests of a Crown so far". In addition, territorial expansion did not refer only to the question of the physical limits of the owners or the capacity for economic growth of an extensive culture, it also meant the possibility of obtaining dominion over the men who lived there or wished to live there. For the author:

---

<sup>14</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil.**

<sup>15</sup> BRASIL. **License of October 5**, 1795, Rio de Janeiro, RJ, 1795.

<sup>16</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil.** p. 38.

(...), [the “sesmeiros”] resisted in measuring and demarcating their lands because such territorial limitation implied a limit to the exercise of their power over neighbors and possessor and a subordination to external power, represented by the Crown. Being lord of lands meant, first, being lord - and it was above all this manorial domain that could not be measured or limited<sup>17</sup>.

In this context, Ligia Maria Osório Silva explains that:

Despite the conditionality of the donation, the metropolis, while the “sesmarias” concession regime lasted, never managed to prevent the formation of unproductive land property. In addition to that used effectively in a productive way in plantations, great stretches of land were appropriated, now to guarantee future explorations, featuring a large-scale migratory culture, now as a store of value<sup>18</sup>.

Therefore, during the colonial period, in addition to the “sesmarias”, little by little, another legal category - the possession - received the recognition from the Portuguese authorities<sup>19</sup>. As a result, through the Resolutions of April 11 and August 2, 1753, it was determined that “the lands given in “sesmarias” where there were colonists cultivating the soil and paying forum to the “sesmeiros” should be given to the reals cultivators”<sup>20</sup>.

According to José de Souza Martins<sup>21</sup>, as the “sesmarias” concession was given only to those who met the conditions imposed by the Portuguese Crown, people with few material resources became the first possessors in disagreement with the rules imposed by Portugal. These possessors occupied land until then not used by “sesmeiros”, sometimes distant from the population centers.

Thus, during the colonial period, possession also represented the form of occupation of the small farmer who was unable to request a “sesmaria”, developing, therefore, on the margins of latifúndios. However, due to the power that the “sesmeiros” already held over the land, the possession also took on the shape of latifúndios, since “the same conditions that led to the lack of control over

---

<sup>17</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil.** p. 39.

<sup>18</sup> SILVA, L. M. O. *Agrarian Laws and the Unproductive Latifúndio.* p. 16.

<sup>19</sup> SILVA, L. M. O.; SECRETO, M. V. *Public lands, private occupation: elements for the comparative history of territorial appropriation in Argentina and Brazil.* **Economy and Society**, v. 8 n. 1, Campinas, December 1999. p. 115.

<sup>20</sup> MOTTA, M. M. M. *At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil.* p. 123.

<sup>21</sup> MARTINS, J. de S. **Expropriation and violence** (The political issue in the field). São Paulo, Hucitec, 1980.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí*, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

the size of the "sesmarias" caused the possession limit to be given by the possessor himself"<sup>22</sup>.

Due to the disputes between "sesmeiros" and possessors, and between these and the colonial authorities, the maintenance of the "sesmarias" concession in Brazil has become unsustainable. With Resolution nº 76, of July 17, 1822, by Prince Regent D. Pedro, the concession of "sesmarias" was suspended, consecrating the possession institute<sup>23</sup>. The possession became, then, "the only form of acquisition of domain of the lands, even if only in fact, and, for this reason, in the history of territorial appropriation, this period became known as the 'golden phase of the squatter'"<sup>24</sup>.

With the promulgation of the first Brazilian Federal Constitution, on March 25, 1824<sup>25</sup>, elaborated under the influence of the Napoleon Code of 1804 which, in turn, encouraged liberal individualism, the right of property<sup>26</sup> was fully guaranteed<sup>27</sup>. This Constitution did not regulate the "sesmarias", nor the possessions. The property right was limited only by the legal institute of expropriation<sup>28</sup>, later regulated by ordinary law that distinguished cases of expropriation due to public necessity and utility<sup>29</sup>.

In 1850, the first agrarian legislation was drafted - Law nº 601 of September 18, 1850<sup>30</sup>, known as the Land Law - that regulated the vacant lands of the Empire, later complemented by Decree nº 1318, of January 30, 1854<sup>31</sup>.

---

<sup>22</sup> SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. **São Paulo In Perspective**, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997. p. 16.

<sup>23</sup> With the end of the "sesmarias" concession, the Brazilian territory was, until 1850, without specific legislation to regulate access to land.

<sup>24</sup> SILVA, L. M. O.; SECRETO, M. V. Public lands, private occupation: elements for the comparative history of territorial appropriation in Argentina and Brazil. **Economy and Society**, v. 8 n. 1, Campinas, December 1999. p. 117.

<sup>25</sup> BRASIL. **Political Constitution of the Empire of Brazil** (March 25, 1824). Rio de Janeiro, RJ, 1824.

<sup>26</sup> The property right is one of the oldest prerogatives of mankind and its concept has been modified and evolved with the change of social and historical conditions (DEBONI, 2010). On the historical origin of private property and its development in Classical Antiquity, specifically in Roman Law, passing through the Middle Ages (Feudal Law), Modern Age (French Revolution), until the Contemporary Age, see the work of Giuliano Deboni (2010).

<sup>27</sup> Article 179, item XXII, of the Brazilian Federal Constitution of 1824.

<sup>28</sup> Article 179, item XXII, of the Brazilian Federal Constitution of 1824.

<sup>29</sup> VIEIRA, J. C. Constitutional aspects of Agrarian Law - Constitutional Amendment nº 10/64, **Semina: Cultural and Scientific Magazine of the State University of Londrina**, v. 9, n. 1, Londrina, September 1988.

<sup>30</sup> BRASIL. **Law nº 601, September 18, 1850**. Provides for the vacant lands of the Empire. Rio de Janeiro, RJ, 1850.

<sup>31</sup> BRASIL. **Decree nº 1.318, of January 30, 1854**. It orders to execute Law nº 601, of September 18, 1850. Rio de Janeiro, RJ, 1854.

Among the main points of this law, Motta<sup>32</sup> (1998, page 141 - 142) points out that: 1) the purchase was the only legal form of acquisition of vacant land; 2) vacant lands would be defined by excluding private lands; 3) there would be a reserve of vacant land for the purposes of colonization, settlement foundation, opening of roads, shipbuilding; 4) the "sesmarias" and the meek and peaceful possession of the first occupants would be revalidated, if they were cultivated or with agricultural culture in early stage; 5) land acquired through possessions, "sesmarias" or other concessions should be demarcated within a period to be stipulated; 6) the possessor who failed to carry out the measurement would have their land collapsed in commission, keeping only the possession of the cultivated land; 7) the obligation of the possessors to acquire title to their land; 8) and the organization of the parish registration of owned land.

This law, therefore, represented an attempt by the Imperial State to regain control of vacant land due to the appropriation process that occurred in the previous period. To that end, the Land Law determined that the procedure for identifying would be done by excluding what was not private land. According to Motta<sup>33</sup>, it was a reverse procedure, since it started from the survey of private lands to identify public lands by exclusion. According to the Land Law:

Article 3. The following are vacant lands:

§ 1º Those that are not applied to any national, provincial, or municipal public use.

§ 2º - Those that are not in the private domain by any legitimate title, nor are held by "sesmarias" and other concessions of the General or Provincial Government, not incurred in commission for failure to comply with the conditions of measurement, confirmation and culture.

§ 3º - Those that are not given by "sesmarias", or other concessions from the Government, which, despite incursions in "comisso", are revalidated by this Law.

§ 4º - Those that are not occupied by possessions, which, despite not being founded in a legal title, are legitimized by this Law<sup>34</sup>.

The Land Law determined that land granted by the "sesmarias" or possession would not be considered vacant land if it were regularized, in such a way that the

---

<sup>32</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil.** p. 141-142.

<sup>33</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil.**

<sup>34</sup> BRASIL. **Law nº 601, September 18, 1850.** Provides for the vacant lands of the Empire. Rio de Janeiro, RJ, 1850.

“sesmarias” should be revalidated<sup>35</sup> and the possessions legitimated<sup>36</sup>. The need to create a agency- a person according to the law - was also determined to make the measurements and regularization<sup>37</sup>. It was also established that the right of the possessor could fall in commission, if they failed to proceed with the measurement within the stipulated deadlines, considering as vacant lands what was found uncultivated<sup>38</sup>.

Notwithstanding the stipulated deadlines for revalidation and legitimation of possessions, it was also determined that the Imperial State should proceed with the measurement of vacant lands<sup>39</sup>, extending it from the private domain<sup>40</sup>. The possessor should remove the land titles of property so that they can mortgage or dispose of their land, should they wish to do so<sup>41</sup>. However, to perform such a procedure, it was necessary to pay a certain amount to the Provincial Offices.

With the Circular of April 10, 1858, the Government was responsible for the expenses in the regularization process of small extension lands - of up to 250,000 m<sup>2</sup> - belonging to those who could not afford the expenses required for the legitimation of possessions<sup>42</sup>.

To perform all of these actions, Decree nº 1.318, of January 30, 1854, which regulated the Land Law, provided for the creation of the General Division of Public Lands, subordinate to the Minister and Secretary of State for Business of the Empire<sup>43</sup>, and of Special Offices of Public Lands, linked to existing Provinces<sup>44</sup>. It also established rules on measurement, revalidation, legitimation, sale and registration of land.

With regard specifically to registration of land, it was established that the Vicars of each of the Parishes of the Empire would be responsible for receiving the declarations of land made by the possessors themselves, imposing fines and penalties on those who failed to do within the deadlines stipulated by law or those who too did in an inaccurate way<sup>45</sup>. In this context, the first Brazilian property registry is born – the Registry of Vicary, also called Registries of Parish Land<sup>46</sup>.

---

<sup>35</sup> Article 4º of Law nº 601 of September 18, 1850.

<sup>36</sup> Article 5º of Law nº 601 of September 18, 1850.

<sup>37</sup> Article 7º of Law nº 601 of September 18, 1850.

<sup>38</sup> Article 8º of Law nº 601 of September 18, 1850.

<sup>39</sup> Article 9º of Law nº 601 of September 18, 1850.

<sup>40</sup> Article 10 of Law nº 601 of September 18, 1850.

<sup>41</sup> Article 11 of Law nº 601 of September 18, 1850.

<sup>42</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power:** land conflict and land rights in 19th century Brazil.

<sup>43</sup> Article 1º of Decree nº 1.318, of January 30, 1854.

<sup>44</sup> Article 6º of Decree nº 1.318, of January 30, 1854.

<sup>45</sup> Article 13 of Law nº 601 of September 18, 1850 and article 97 of Decree nº 1,318, of January 30, 1854.

<sup>46</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power:** land conflict and land rights in 19th century Brazil.

Based on the reports presented by the Division of Public Lands, Motta<sup>47</sup> demonstrates that, little by little, it became evident that the regularization policy instituted by the Land Law was a failure for several reasons. According to the author:

First, many of the landlords were not used to following a legal determination regarding the measurement and demarcation of their land. As we have already had the opportunity to follow, the more likely it was that these gentlemen would act as they had always done, that is, in breach of any rule that could limit their powers.

Second, any individual could be aware that the assumptions established by the Law of 1850 allowed all possessors - regardless of the extent of their land - to register them. This procedure, in theory, would make it possible to legalize the occupation.

Third, the obligation to register a parcel of land was not accompanied by any documentary or testimonial evidence in relation to the area occupied. As we have also had occasion to show, the declarant should only inform the extent of his land, if it were known. The declarant was also requested to register the limits of his area. Strictly speaking, this was not asking a lot for a farmer, even though for a peasant, the registration could in fact guarantee dominance over the occupied land<sup>48</sup>.

In this context, Ligia Maria Osório Silva<sup>49</sup> explains that, as it was implemented, the Land Law was unable to prevent large areas of vacant land from being appropriated illegally. According to the author<sup>50</sup>:

The 1850 Law did not achieve one of its basic objectives, which was the demarcation of vacant lands, or, as it was said at the time, the discrimination of public and private lands, the first obstacle to be overcome in the implementation of a land policy. This occurred mainly for two reasons:

firstly, the regulation of the law left to the occupants of the land the initiative of the delimitation and demarcation process, and only after the private individuals informed the

---

<sup>47</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power:** land conflict and land rights in 19th century Brazil

<sup>48</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power:** land conflict and land rights in 19th century Brazil. p. 166-167.

<sup>49</sup> SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. **São Paulo In Perspective**, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997.

<sup>50</sup> SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. **São Paulo In Perspective**, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997. 17.

State about of the limits of the land they occupied that they could deduce what had left to promote colonization;

second, the law was not clear enough in the prohibition of possession, because, although this was contained in article 1º, other articles led to the supposition that the "effective culture and habitual address" would guarantee the permanence of any possessor, at any time, in the occupied lands.

The combination of these two elements meant that the law served, in the period of its validity and until much later, to regularize the possession and not to stop it.

It is also worth noting that, by prohibiting the acquisition of vacant land for a title other than that of purchase<sup>51</sup>, the Land Law enshrined the "captivity of the land"<sup>52</sup>, since it prevented the possession of land by those that would replace the captive in the transition from slave to free labor<sup>53</sup>. According to José de Souza Martins:

Contrary to what happened in the American pioneer zones, the Land Law established in Brazil the captivity of the land - here the lands were not and are not free, but captive.

Law 601 established, in absolute terms, that land would not be obtained by any means other than purchase. [...]. Concretely, the implementation of territorial legislation represented a victory for large farmers, since this was not the only social category to be concerned with the land issue.

On the other hand, there were those who advocated a free land regime that would give rise, in Brazil, to a middle class of free peasants that broke with the slave social structure and mischaracterized the farmers as slave masters and landlords to make them fundamentally bourgeois and businessmen.

The formula enshrined in the law, however, had its meaning in that historical circumstance. In the same year, 1850, the slave trade from Africa to Brazil ceased<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Article 1º of Law 601 of September 18, 1850.

<sup>52</sup> MARTINS, J. de S. **Expropriation and violence (The political issue in the field)**. São Paulo, Hucitec, 1980.

<sup>53</sup> MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil**.

<sup>54</sup> MARTINS, J. de S. **Expropriation and violence (The political issue in the field)**. São Paulo, Hucitec, 1980. p. 73.



CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Thus, in determining that vacant lands could only be acquired through purchase, the Land Law provided the "legal basis for the transformation of land - which is a natural element and, therefore, has no value, from the point of view of the political economy - in merchandise, in a business object, therefore, having a price"<sup>55</sup>. This measure made it impossible to access to land by slaves that would be freed in the future, preventing them from becoming peasants, because "having no property, they would not have the resources to "buy", pay for the land to the Crown", thus continuing at the mercy of the farmers as wage earners<sup>56</sup>.

With the promulgation of the second Federal Constitution, on February 24, 1891<sup>57</sup>, marked historically by the proclamation of the Republic (in 1889), there was a decentralization of power, previously concentrated in the hands of the Emperor. The property of vacant land was transferred to the Member States, with only the portion of the territory indispensable for the defense of borders remaining under the Union's domain<sup>58</sup>.

The right to property remained fully guaranteed, except regarding expropriation for necessity or public utility, which, in turn, had to be carried out by means of prior indemnity<sup>59</sup>. In this legal context, each member state had to develop its own land policy, including creating and instituting legal mechanisms to measure, divide, demarcate, sell and register land, as well as legitimize possessions or other types of concessions that occurred in the past.

Subsequently, the first Brazilian Civil Code was issued, on January 1, 1916<sup>60</sup> - Federal Law nº 3,071, of January 1, 1916 - inspired by the Napoleon Code<sup>61</sup>. This

---

<sup>55</sup> STEDILE, J. P. **The agrarian issue in Brazil**. The traditional debate - 1500-1960. 2nd edition. Editora Expressão Popular, São Paulo, 2011. p. 22-23.

<sup>56</sup> STEDILE, J. P. **The agrarian issue in Brazil**. The traditional debate - 1500-1960. 2nd edition. Editora Expressão Popular, São Paulo, 2011. p. 23.

<sup>57</sup> BRASIL. **Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (of February 24, 1891). Rio de Janeiro, RJ, 1891.

<sup>58</sup> Article 64 of the Federal Constitution, on February 24, 1891.

<sup>59</sup> Article 72, § 17 of the Federal Constitution, on February 24, 1891.

<sup>60</sup> The Civil Code of 1916 was revoked by **Federal Law No. 10,406, of January 10, 2002**, which instituted the new Civil Code. BRASIL. **Federal Law No. 3,071**, January 1, 1916. Civil Code of the United States of Brazil. Rio de Janeiro, RJ, 1916.

<sup>61</sup> The protectionist conception of the right to property in the sense that the owner has the absolute, exclusive and almost unlimited right was consolidated in the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 and, later, in the Napoleonic Code of 1804, inspiring the Civil Code of several countries in the world, including the first Civil Code of Brazil, promulgated in 1916. In article 17 of

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

legal diploma - which was in force for 86 years (from 1916 to 2002) - guaranteed the owners of real estate "the right to use, enjoy and dispose of their property, and to recover them from the power of anyone who unjustly owns them"<sup>62</sup>, guaranteeing, therefore, the possibility, without any opposition, of having more real estate than what he can use himself<sup>63</sup>.

Following what had already been foreseen in the previous Federal Constitutions, the Civil Code established the hypotheses of expropriation for utility<sup>64</sup> and public necessity<sup>65</sup>, imposing administrative limits on private property. This law also advanced, albeit in an extremely limited way, by providing for the usucapion institute - a term used in the feminine after the promulgation of the current Civil Code of 2002 - establishing that:

Article 550. That one that, for **thirty years**, without interruption or opposition, owns his property, will acquire his domain, regardless of title in good faith, which, in such a case, are presumed; being able to request the judge to declare it so by sentence, which will serve as a title for registration in the estate registry<sup>66</sup>.

Therefore, the conception given to the usucapion institute would make it possible to promote the distribution of land among those who hold the title to the property, but do not have possession<sup>67</sup> (that is, the use), and those who hold possession, but do not have the title (of property). However, the conditions foreseen - that is, using the property without opposition and without interruption for at least 30 years

---

the Declaration of the Rights of Man and the Citizen it was established that "Since property is an inviolable and sacred right, nobody can be deprived of it, not when the legally proven public need requires it and on condition of just and prior indemnity" (DECLARATION OF THE RIGHTS OF MAN AND CITIZEN, 1789).

<sup>62</sup> Article 524 of the 1916 Civil Code.

<sup>63</sup> MELO, T. M. de. **Law and concrete existence**: the legal ideology and the social function of rural property. Master's Dissertation, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2007.

<sup>64</sup> Article 179, item XXII, of the Brazilian Federal Constitution of 1824 and article 590, § 1 The following are considered cases of public need: I. The defense of the national territory. II. Public security. III. Public aid in cases of calamity. IV. Public health.

<sup>65</sup> Article 590, § 2º Cases of public utility are considered: I. The foundation of settlements and public assistance, education or instruction establishments. II. The opening, widening or extension of streets, squares, canals, railways and in general, any public roads. III. The construction of works, or establishment, destined for the general good of a locality, its decoration and hygiene. IV. Mining.

<sup>66</sup> BRASIL. **Federal Law No. 3,071**, January 1, 1916. Civil Code of the United States of Brazil. Rio de Janeiro, RJ, 1916.

<sup>67</sup> According to article 485 of the Civil Code of 1916: "Everyone is considered to be a possessor, who in fact has the exercise, full or not, of any of the powers inherent in the domain, or property".

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

- prove to be unfeasible to guarantee any proposal for the distribution of land. In addition, the change of possessor to owner through the usucapion institute should be done through a judicial process, representing, therefore, one more difficulty especially for the possessor without material resources and without knowledge about the procedures of justice.

Later, the usucapion institute was foreseen in the 1934 Magna Carta<sup>68</sup>, promulgated in the 1930 Revolution, which, when creating the "pro labore" usucapion, established new conditions, as follows:

Article 125 - Every Brazilian who, not being a rural or urban owner, occupies, **for ten continuous years**, without opposition or recognition of another's domain, **a piece of land of up to ten hectares, making him productive on reason of his work and having his home there**, will acquire the domain of the soil, through a declaratory sentence duly transcribed<sup>69</sup>.

In this legal context, it is observed that, in addition to the occupation of land with up to ten hectares for ten years without opposition, the usucapion demanded from the possessor the productive work and use for housing, while the owners, for the first time, established the right to property would be guaranteed if it were not exercised against social or collective interest, in the form that the law determines<sup>70</sup>. It is, therefore, the first legal measure to consolidate what in the Federal Constitution of 1988 came to call "the socio-environmental function of property".

However, in the following Constitution, that of 1937, which had as its historical landmark the dictatorship of Getulio Vargas, there was another regression. The terms "social or collective interest" were removed from the constitutional text,

---

<sup>68</sup> BRASIL. **Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (from July 16, 1934). Rio de Janeiro, RJ, 1934.

<sup>69</sup> BRASIL. **Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (from July 16, 1934). Rio de Janeiro, RJ, 1934

<sup>70</sup> Article 113, item 17, of the Federal Constitution of 1934.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí*, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

maintaining the expropriation for necessity or public utility through prior indemnity<sup>71</sup> and usucapion “pro labore”<sup>72</sup>.

With the 1946 Federal Constitution, which preceded the 1964 military coup, there was a new advance in relation to the use of property by conditioning it to social welfare, with the objective of promoting a fair distribution of property with equal opportunity for all<sup>73</sup>. The “social interest” expropriation modality to be paid by means of a prior and fair indemnity in cash was incorporated to the institute of expropriation about utility and need public<sup>74</sup>. Therefore, this new type of expropriation allowed the Executive Branch to remove the property of a private individual and transfer it to the domain of a group of people or certain recipients specified in the law, with a view to reducing social inequalities.

However, according to some authors<sup>75</sup>, although the constitutional text has advanced in the sense of providing the necessary legal support for the realization of a fair and equitable distribution of land in Brazil through expropriation for social interest, by establishing that the indemnity should be previously made in cash, the constitutional text made the application of the legal provision unfeasible.

According to Vieira<sup>76</sup>, the conclusion at the time was that agrarian reform would only be possible if the constitutional provision was changed, since the State was not in a position to afford such expenses. In the same sense, Ligia Maria Osório Silva<sup>77</sup> explains that “the approved terms constituted an obstacle during the entire period following the social forces that fought fervently for the alteration of the

---

<sup>71</sup> Article 122, item 14 of the 1937 Federal Constitution.

<sup>72</sup> In the following Constitution, that of 1937, an identical text was reproduced in article 148. **BRASIL. Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (from November 10, 1937). Rio de Janeiro, RJ, 1937.

<sup>73</sup> Article 147 of the 1946 Federal Constitution.

<sup>74</sup> Article 141, § 16, of the 1946 Federal Constitution. **BRASIL. Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (September 18, 1946). Rio de Janeiro, RJ, 1946.

<sup>75</sup> VIEIRA, J. C. Constitutional aspects of Agrarian Law - Constitutional Amendment nº 10/64, **Semina: Cultural and Scientific Magazine of the State University of Londrina**, v. 9, n. 1, Londrina, September 1988; SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. **São Paulo In Perspective**, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997.

<sup>76</sup> VIEIRA, J. C. Constitutional aspects of Agrarian Law - Constitutional Amendment nº 10/64, **Semina: Cultural and Scientific Magazine of the State University of Londrina**, v. 9, n. 1, Londrina, September 1988.

<sup>77</sup> SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. **São Paulo In Perspective**, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997. p. 19.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

agrarian structure and for the fight against the unproductive property of land”, once that the previous indemnity and in cash made the expropriations unfeasible.

Although in the legal sphere, the theme was paralyzed, since the expropriation for social interest needs a regulatory law that took 16 years to be approved in the following decades (1950 to 1960), the theme of agrarian reform gained a new projection. Various mobilizations of rural workers around the struggle, not only for the right to land, but also for guaranteeing labor rights for rural workers, began to receive greater attention<sup>78</sup>.

The law that defined the cases of expropriation for social interest and provided for its application was then approved - Federal Law nº 4,132, of September 10, 1962<sup>79</sup> - considering the following situations provided for in article 2 as social interest:

I - the use of all unproductive or exploited property without correspondence with the needs of housing, work and consumption of the population centers to which it must or can supply by its economic destiny.

II - VETOED.

III - the establishment and maintenance of colonies or colonization cooperatives and agricultural work:

**IV - the maintenance of possessor on urban land where, with the express or tacit tolerance of the owner, they have built their qualification, forming residential nuclei of more than 10 (ten) families.**

V - the construction of popular houses.

VI - lands and waters susceptible to extraordinary appreciation, due to the completion of public works and services, notably sanitation, ports, transport, electrification, water storage and irrigation, in the event that socially exploited areas are not said.

VII - the protection of the soil and the preservation of water courses and sources and forest reserves.

---

<sup>78</sup> MEDEIROS, L. S. de; QUINTANS, M. T. D.; ZIMMERMANN, S. A. Rural and urban in Brazil: legal frameworks and political strategies. *Contemporânea - Sociology Journal of UFSCar*, v. 4, n. 1, São Carlos, January - June 2014.

<sup>79</sup> BRASIL. **Federal Law nº 4,132, September 10, 1962**. Defines cases of expropriation for social interest and provides for its application. Brasília, DF, 1962.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

VIII - the use of areas, places or property that, due to their characteristics, are appropriate for the development of tourist activities. Included by Law nº 6,513, of December 20, 2007<sup>80</sup>.

Among the situations, the concern with the use of the property for the purposes of production and supply of the population stands out, and the need to supply housing shortages, although in the urban area the condition of express or tacit tolerance of the owner has been imposed, which demonstrates new setback in the maintenance of private property to the detriment of the consolidation of collective uses, in this case, explicitly related to the formation of residential nuclei in an urban area.

With the military coup on April 1, 1964, although there is consensus on the setback in terms of guaranteeing rights in other sectors, regarding agrarian reform, the first post-64 military government was successful where several previous governments failed.

With the publication of Constitutional Amendment nº 10, of November 9, 1964, article 147, § 1º was included in the Federal Constitution of 1967<sup>81</sup>, allowing the payment of indemnities related to expropriation for social interest to be, from then on, were made in public debt securities (and no longer in cash, as predicted earlier), displeasing owners who obviously did not wish to receive government bonds as payment of indemnities.

Article 147. § 1º. For the purposes provided for in this article, the Union may promote expropriation of rural territorial property, upon payment of the prior and fair indemnity in special public debt securities, with an exact monetary correction clause, according to indices set by the National Council of Economy, redeemable within a maximum period of twenty years, in successive annual installments, ensuring its acceptance at any time, as a means of payment of up to fifty percent of the Rural Territorial Tax and as payment of the price of public lands<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> BRASIL. **Federal Law nº 4,132, September 10, 1962**. Defines cases of expropriation for social interest and provides for its application. Brasília, DF, 1962.

<sup>81</sup> BRASIL. 1967 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1967.

<sup>82</sup> BRASIL. 1967 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1967.

Another measure adopted by the military government was the promulgation of the Land Statute - Federal Law nº 4.504, of November 30, 1964. Through this legal instrument, two important goals were established: the execution of agrarian reform, defined as “the set of measures which aims to promote a better distribution of the land, through changes in the regime of its possession and use, in order to comply with the principles of social justice and the increase of productivity”<sup>83</sup> and the promotion of the agricultural policy defined as “the set of measures of support to the land, which are intended to guide, in the interests of the rural economy, agricultural activities, whether in the sense of guaranteeing full employment for them, or in harmonizing them with the country's industrialization process”<sup>84</sup>.

With regard to the agrarian issue, this legal diploma established that the opportunity of access to land ownership should be ensured to everyone, conditioned by their social function, in the manner provided for in this law<sup>85</sup>. By this legal instrument, it was determined that the land ownership fulfill its social function when, at the same time<sup>86</sup>:

- a) it favors the well-being of the owners and workers who work there, as well as their families.
- b) maintains satisfactory levels of productivity.
- c) ensures the conservation of natural resources.
- d) observes the legal provisions that regulate fair working relationships between those who own and cultivate it.

It is observed that the conception of the social function of the property was associated with three criteria, namely: 1) the environmental - when establishing the need to conserve natural resources; 2) social and labor - when establishing the need for well-being and fair work relationships; and, finally, 3) the productive - by predicting the need to maintain satisfactory levels of productivity. Although other conditions were created that directly interfered with the concept of the social

---

<sup>83</sup> Article 1º, § 1º of Federal Law nº 4.504, of November 30, 1964.

<sup>84</sup> Article 1º, § 2º of Federal Law nº 4.504, of November 30, 1964.

<sup>85</sup> Article 2º of Federal Law nº 4.504, of November 30, 1964.

<sup>86</sup> Article 2º, § 1º of Federal Law nº 4.504, of November 30, 1964.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí*, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

function of property, the criteria mentioned above were maintained in the current Federal Constitution<sup>87</sup>.

The Land Statute also established and classified rural properties into land property, small property, family properties and rural companies. However, although the terms provided for in the Land Statute have been used for 24 years (from 1964 to 1988), consolidating a rich literature on the subject, with the promulgation of the current Federal Constitution (of 1988)<sup>88</sup>, a new nomenclature was established, revoking the concepts foreseen in the Land Statute.

With the promulgation of the sixth Federal Constitution of 1967, the social function of property was envisaged as one of the principles of the economic order<sup>89</sup> and again the payment of expropriation for social interest was reestablished through prior and fair compensation in cash<sup>90</sup>. With the Institutional Act nº 9 of 1969, this article was reformulated, in such a way that the compensation for the expropriation of the rural territorial property returned to be made through the payment of a fair indemnity, but no longer in a prior form, in special public debt securities, redeemable within a maximum period of twenty years, in successive annual installments<sup>91</sup>.

Two years after the end of the dictatorship, on February 1, 1987, a new National Constituent Assembly was installed, with the purpose of drafting a new Federal Constitution, which, in turn, was promulgated on October 5, 1988. In this Constituent Assembly, the theme of the social function of property put openly the interest of owners and social movements<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> BRASIL. 1988 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1988.

<sup>88</sup> BRASIL. 1988 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1988.

<sup>89</sup> Article 157 of the 1967 Federal Constitution.

<sup>90</sup> Article 150, § 22 of the 1967 Federal Constitution. BRASIL. 1967 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1967.

<sup>91</sup> Article 157, § 1º of the 1969 Federal Constitution. BRASIL. **Institutional Act No. 9**, of April 25, 1969. Brasília, DF, 1969.

<sup>92</sup> TALASKA, A. **The Brazilian agrarian space from a conceptual perspective**: from legal aspects to territorial implications. Thesis (Doctorate in Regional Development) - University of Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015; MEDEIROS, L. S. de; QUINTANS, M. T. D.; ZIMMERMANN, S. A. Rural and urban in Brazil: legal frameworks and political strategies. **Contemporânea - Sociology Journal of UFSCar**, v. 4, n. 1, São Carlos, January - June 2014.



CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

As a result, in the final text of the 1988 Federal Constitution, the right to property, the social function of property and the right to expropriation for social interest were recognized as fundamental rights<sup>93</sup>. A specific chapter was created to deal with the theme - Chapter III - Agricultural and Land Policy and Agrarian Reform - present in Title VII - Economic and Financial Order, composed of articles 184 to 191 that establish norms for both agrarian issues, as for agricultural issues.

Following what had already been provided for in the Land Statute, it was established that rural property fulfills its social function when it meets, simultaneously, according to criteria and degrees of demand established by law, the following requirements: "I - rational and adequate use; II - adequate use of available natural resources and preservation of the environment; III - observance of the provisions that regulate labor relations; IV - exploitation that favors the well-being of owners and workers"<sup>94</sup>.

Interpreted in accordance with article 225 of the Federal Constitution<sup>95</sup>, it is observed that property, in addition to a social function, also has an environmental function, since the duty of environmental preservation is imposed on public authorities and the community. In this legal context, the term "social function" has been replaced by "socio-environmental function", whose non-compliance, under the terms of the law, should lead to expropriation for social interest for the purposes of agrarian reform:

Article 184. It is incumbent upon the Union to expropriate for social interest, for agrarian reform purposes, rural property that is not fulfilling its social function, through prior and fair indemnity in agrarian debt securities, with a clause for the preservation of real value, redeemable at up to twenty years, from the second year of its issue, and whose use will be defined by law.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Article 5º, item XXII, item XXIII and item XXIV. BRASIL. 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. Brasília, DF, 1988.

<sup>94</sup> Article 186 of the 1988 Federal Constitution.

<sup>95</sup> Article 225 of the Federal Constitution says that "everyone has the right to an ecologically balanced environment, a good for the common use of the people and essential to a healthy quality of life, imposing on the Public Power and the community the duty to defend and preserve it for present and future generations".

<sup>96</sup> BRASIL. 1988 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1988.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

In the legal world, this constitutional provision provides the legal support for carrying out a wide and necessary agrarian reform. However, as Professor Carla Amado Gomes explains, this is a falsely broad norm, since the following article excludes the possibility of expropriation of the productive properties, as follows:

Article 185. Expropriation for agrarian reform purposes is not susceptible:

I - the small and medium-sized rural property, as defined by law, provided that its owner does not have another.

II - productive property<sup>97</sup>.

The exceptions provided for in item II, of article 185, lead to the understanding that, regardless of size, productive rural property should not be the object of expropriation for social interest even if it does not meet the other criteria of the social function - the environment and the socio-labor. However, it is worth noting that the wording of the final part of the sole paragraph of article 185 - which was submitted for approval by the National Constituent Assembly - allowed the expropriation of productive property if the requirements related to the social function were not observed<sup>98</sup>. However, the decision of the Constituents, at that time, was to supply the part of the text that allowed the expropriation of the productive property, as follows:

Sole paragraph - The law will guarantee special treatment to productive property and will establish rules for the fulfillment of the requirements related to its social function (whose non-compliance will allow its expropriation, pursuant to article 184).

For José Gomes da Silva<sup>99</sup>, as the constitutional text was approved, "it is, in fact, one of the most serious setbacks ever occurred in the history of the Brazilian Constitutions", since by excluding the productive properties of the list of

---

<sup>97</sup> BRASIL. 1988 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1988.

<sup>98</sup> According to Alcione Talaska, the final wording of the final text was the result of the dispute between conservatives and pro-reformists, in which the former emphasized that productive property should not be expropriated, while the latter associated the right property to its social function, including the expropriation of the country estate. TALASKA, A. **The Brazilian agrarian space from a conceptual perspective**: from legal aspects to territorial implications. Thesis (Doctorate in Regional Development) - University of Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015

<sup>99</sup> SILVA, J. G. da. Agrarian reform in Brazil. STEDILE, João Pedro (org.). **The agrarian issue in Brazil**: the debate in the 1990s. Editora Expressão Popular, 1st edition, São Paulo, 2013.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí*, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

expropriation for the purposes of agrarian reform, the Federal Constitution of 1988 made, in practice, no serious attempt to change the Brazilian land structure.

For Ligia Maria Osório Silva<sup>100</sup>:

It can be concluded that the concept of the social function of the land, although it was introduced to facilitate large-scale expropriations of unproductive latifundios, served to distract attention from the injustices inherent in a very unequal distribution of agrarian resources, placing the emphasis in the land uses, which is less compromising.

In this context, the only criterion used in expropriation for social interest for the purpose of agrarian reform has been the criterion of unproductiveness. Therefore, large tracts of land that, disregarding social, labor and environmental issues, since they are considered productive, are not subjected to expropriation for social interest, maintaining the same *status quo* as before, namely: the guarantee of private interests, represented by property private, to the detriment of social interest, represented by the fair and equitable distribution of land to produce healthy food and fair labor relations in the countryside.

Allied to this, when determining the elaboration of a complementary law to establish the special contradictory procedure, of summary rite, for the judicial process of expropriation<sup>101</sup>, the Federal Constitution inserted the possibility of the Judiciary to interfere in issues related to the legality of expropriations, arbitration of values by way of indemnity, etc. as a result of the expropriation lawsuit<sup>102</sup>.

In relation to the legal institute of usucapion, there is a reduction from 10 to 5 years and an increase from 10 to 50 hectares, as follows:

Article 191. Anyone who, without being the owner of a rural or urban property, has as his, for **five uninterrupted years**, without opposition, an area of land, in a rural area, **not exceeding fifty hectares**, making it productive for his work or of his family, having his dwelling, will acquire the property.

---

<sup>100</sup> SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. *São Paulo In Perspective*, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997. p. 25.

<sup>101</sup> Article 184, § 3º of the 1988 Federal Constitution.

<sup>102</sup> MEDEIROS, L. S. de; QUINTANS, M. T. D.; ZIMMERMANN, S. A. **Rural and urban in Brazil: legal frameworks and political strategies**. *Contemporânea - Sociology Journal of UFSCar*, v. 4, n. 1, São Carlos, January - June 2014.

Single paragraph. Public real estate shall not be acquired by usucapion.

In 2014, as a result of Constitutional Amendment nº 81, the expropriation of urban or rural properties was allowed, for purposes of agrarian reform or popular housing program, where psychotropic plant culture and slave labor could be found, without the payment of any indemnity to the owner, demonstrating an advance, at least in legislative terms, in the prohibition of slave labor in Brazil.

The terms - small property and large property- have been replaced by the terms - small and medium-sized rural and productive property. Through Federal Law nº 8,629, of February 25, 1993<sup>103</sup>, small and medium-sized properties, respectively, were defined as properties with an area between 1 and 4 fiscal modules and greater than 4 and up to 15 fiscal modules<sup>104</sup>, while the large property, as it does not have an express definition in the law, by deduction, was defined as the property with an area above 15 fiscal modules.

In relation to productive property, the law defined it as "that which, exploited economically and rationally, reaches, simultaneously, degrees of land use and efficiency in exploration, according to indexes fixed by the competent federal agency"<sup>105</sup>, being that the degree of land use should be at least 80% and the degree of efficiency in exploration at least 100%<sup>106</sup>. Regarding unproductive property, by exclusion, it is defined as that which does not reach the production and productivity indices established by law, regardless of size - small, medium or large property.

In 2003, with the publication of the II National Plan for Agrarian Reform<sup>107</sup>, the expectations that, at last, the long-awaited agrarian reform would be carried out, which would change the course of the Brazilian land structure. However, as well explained by Nakatani, Faleiros and Vargas<sup>108</sup>, the option seems to have been to freeze the land structure with compensation policies, such as: the Family Agriculture Strengthening Program (better known as PRONAF); the "Technical Assistance and Rural Extension (better known as ATER) and the "Bolsa Família", which also covered part of the rural population.

---

<sup>103</sup> Federal Law nº 8,629, of February 25, 1993, provides for the regulation of constitutional provisions related to agrarian reform, provided for in Chapter III, Title VII, of the Federal Constitution.

<sup>104</sup> Article 4º of Federal Law nº 8,629, of February 25, 1993.

<sup>105</sup> Article 6º of Federal Law nº 8,629, of February 25, 1993.

<sup>106</sup> Article 6º, § 1º and § 2º of Federal Law nº 8,629, of February 25, 1993.

<sup>107</sup> The I National Plan for Agrarian Reform (I PNRA) was published in 1985 at the beginning of the Sarney government.

<sup>108</sup> NAKATANI, P.; FALEIROS, R. N.; VARGAS, N. C. History and the limits of agrarian reform in Brazilian contemporaneity. *Serv. Soc. Soc.*, n. 110, São Paulo, April / June 2012.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Undoubtedly, these public policies contribute to improving the situation of many families living in the rural area, however they do not solve the social and environmental problem currently experienced by the Brazilian population, in such a way that it becomes necessary to create new public policies for access to land that allow to break with historical paradigms of land concentration in the hands of a few, while many do not even have a piece of land to grow their food.

## **FINAL CONSIDERATIONS**

From what was exposed in this article, we show that the individualistic approach of liberalism, reflected in the private ownership of the land, made it impossible a fair and equitable distribution of land in Brazil despite the constant social demands that still occur today. In this way, even though there are legal instruments capable of altering the unequal relations that exist in Brazilian society, the superiority of the private interest, based on the liberal tradition of Law, precludes any social interpretation of legal norms.

The concentration of land remains a persistent historical data in Brazil, demonstrating that the different legal strategies adopted were not sufficient to correct the injustices of access to land since the times of colonization, corroborating the hypothesis that simple normative forecasting does not change the world of facts and often serves to maintain the *status quo*, that is, the maintenance of the private interest to the detriment of the social interest.

## **BIBLIOGRAPHIC REFERENCES**

BRASIL. **License of October 5, 1795**, Rio de Janeiro, RJ, 1795.

BRASIL. **Institutional Act No. 9, of April 25, 1969**. Brasília, DF, 1969.

BRASIL. **Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (of February 24, 1891). Rio de Janeiro, RJ, 1891.

BRASIL. **Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (from July 16, 1934). Rio de Janeiro, RJ, 1934.

BRASIL. **Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (from November 10, 1937). Rio de Janeiro, RJ, 1937.

BRASIL. **Constitution of the Republic of the United States of Brazil** (September 18, 1946). Rio de Janeiro, RJ, 1946.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

BRASIL. 1967 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1967.

BRASIL. 1988 **Constitution of the Federative Republic of Brazil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Political Constitution of the Empire of Brazil (March 25, 1824)**. Rio de Janeiro, RJ, 1824.

BRASIL. **Decree nº 1.318, of January 30, 1854**. It orders to execute Law nº 601, of September 18, 1850. Rio de Janeiro, RJ, 1854.

BRASIL. **Law nº 601, September 18, 1850**. Provides for the vacant lands of the Empire. Rio de Janeiro, RJ, 1850.

BRASIL. **Federal Law No. 3,071, January 1, 1916**. Civil Code of the United States of Brazil. Rio de Janeiro, RJ, 1916.

BRASIL. **Federal Law nº 4,132, September 10, 1962**. Defines cases of expropriation for social interest and provides for its application. Brasília, DF, 1962.

BRASIL. **Federal Law nº 8,629, February 25, 1993**. Provides for the regulation of constitutional provisions related to agrarian reform, provided for in Chapter III, Title VII, of the Federal Constitution. Brasília, DF, 1993.

DEBONI, G. Private property: from absolute character to social and environmental function. **Magazine of the Faculty of Law Dom Alberto**, v. 1, 2010.

DECLARATION OF HUMAN AND CITIZEN'S RIGHTS, 1789. University of São Paulo: Virtual Human Rights Library, 2015.

LIMA, R. C. **Small territorial history of Brazil: "sesmarias" and vacant lands**. Imprensa, Porto Alegre, Sulina, 1954.

MARTINS, J. de S. **Expropriation and violence (The political issue in the field)**. São Paulo, Hucitec, 1980.

MEDEIROS, L. S. de; QUINTANS, M. T. D.; ZIMMERMANN, S. A. Rural and urban in Brazil: legal frameworks and political strategies. **Contemporânea - Sociology Journal of UFSCar**, v. 4, n. 1, São Carlos, January - June 2014.

MELO, T. M. de. **Law and concrete existence: the legal ideology and the social function of rural property**. Master's Dissertation, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2007.

CAROLINO, Katia; STANZIOLA VIEIRA, Ricardo; SORRENTINO, Marcos. Land dilemmas in Brazil: the history of land privatization in Brazil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

MOTTA, M. M. M. **At the Frontiers of Power: land conflict and land rights in 19th century Brazil**. Public Archives of the State of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

NAKATANI, P.; FALEIROS, R. N.; VARGAS, N. C. History and the limits of agrarian reform in Brazilian contemporaneity. **Serv. Soc. Soc.**, n. 110, São Paulo, April / June 2012.

OLIVEIRA, M. M. de. **How to do qualitative research**. Publisher Vozes, Petrópolis, 2007.

STEDILE, J. P. **The agrarian issue in Brazil**. The traditional debate - 1500-1960. 2nd edition. Editora Expressão Popular, São Paulo, 2011.

TALASKA, A. **The Brazilian agrarian space from a conceptual perspective: from legal aspects to territorial implications**. Thesis (Doctorate in Regional Development) - University of Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

SILVA, J. G. da. Agrarian reform in Brazil. STEDILE, João Pedro (org.). **The agrarian issue in Brazil: the debate in the 1990s**. Editora Expressão Popular, 1st edition, São Paulo, 2013.

SILVA, L. M. O.; SECRETO, M. V. Public lands, private occupation: elements for the comparative history of territorial appropriation in Argentina and Brazil. **Economy and Society**, v. 8 n. 1, Campinas, December 1999.

SILVA, L. M. O. **Devoluted Lands and Latifundio**. Effects of the 1850 law. Editora da Unicamp. Campinas, 1996;

SILVA, L. M. O. Agrarian Laws and the Unproductive Latifundio. **São Paulo In Perspective**, v. 11, n. 2, Sao Paulo, April - June 1997.

VIEIRA, J. C. Constitutional aspects of Agrarian Law - Constitutional Amendment nº 10/64, *Semina: Cultural and Scientific Magazine of the State University of Londrina*, v. 9, n. 1, Londrina, September 1988.

RECEBIDO EM: OUT/2020

APROVADO EM: MAR/2021

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

## **RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA PERSPECTIVA PÓS-PANDEMIA ATRAVÉS DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS**

*RESPONSIBILITY OF THE STATE IN THE ENFORCEMENT OF SOCIAL RIGHTS: A POST-PANDEMIC PERSPECTIVE THROUGH RAWLS THEORY OF JUSTICE*

**Ilton Garcia da Costa<sup>1</sup>**  
**Ronaldo Sergio Duarte<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

A Constituição Federal prevê extenso rol de direitos fundamentais sociais de responsabilidade do Estado. Sua concretização reverbera na dignidade humana, mas a disponibilização destes direitos demanda previsão orçamentário-financeira. O presente estudo tem por finalidade analisar o comportamento do Estado na concretização dos direitos sociais no contexto atual e pós-pandemia diante da necessidade da população e opções políticas que devem ser tomadas através da leitura da teoria da justiça de John Rawls. Trata-se de uma visão influenciada pelo impacto social e econômico gerado pela crise decorrente da pandemia. O método adotado é o dedutivo adotando-se a técnica de pesquisa bibliográfica na doutrina e revistas científicas. Pretende-se mostrar como a equidade rawlsiana pode influenciar, de forma igualitária, o comportamento do Estado para concretizar direitos fundamentais sociais através da construção de uma sociedade justa, concluindo-se que este resultado é possível.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade do Estado, Direitos Sociais Fundamentais, Pós-Pandemia, John Rawls, Teoria da Justiça.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito - PUC SP Pontifícia Universidade de São Paulo, Mestre em Administração pelo Unibero, Pesquisador e Professor do Doutorado, Mestrado e Graduação da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Professor no latu sensu da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso e da Universidade Federal do Mato Grosso - Uniselva, avaliador institucional e de cursos do INEP - MEC Ministério da Educação, Especialista em Formação Profissional - Alemanha, Especialista em Finança - FECAP. Foi Secretário Adjunto de Educação e Diretor Executivo do Instituto de Previdência do Município de Ourinhos SP, Membro do Comitê de Área da Fundação Araucária de Apoio à Pesquisa do Estado do Paraná, Membro do Comitê Avaliação da Lei de Incentivo ao Esporte do Estado de São Paulo, membro do Conselho Fiscal do Conpedi, Presidente da Comissão de Estágio e Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP, coordenou o curso de Direito das Faculdade Anchieta SBC - Anhaguera, foi do Conselho Fiscal, Diretor e Coordenador do Curso de Direito da Unib - Universidade Ibirapuera, Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Crefisul - BAQ. É membro do Conselho Editorial da Editora da UENP, É líder do GpCertos - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organização Sociais registrado no CNPq, Membro da E-Justicia Latinoamericana, Matemático, Advogado.  
E-mail: iltongcosta@gmail.com e Iltongcosta@uenp.edu.br

<sup>2</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho - PR. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional. Procurador Geral do Município de Marília, São Paulo. E-mail: ronaldoduarteadv@hotmail.com



## **ABSTRACT**

The Federal Constitution provides for an extensive list of fundamental social rights under the responsibility of the State. Its realization reverberates in human dignity, but the availability of these rights demands budgetary-financial forecast. This study aims to analyze the behavior of the State in the realization of social rights in the current and post-pandemic context, in view of the population's needs and political options that must be taken through the reading of John Rawls' theory of justice. It is a view influenced by the social and economic impact generated by the crisis resulting from the pandemic. The method adopted is the deductive one, adopting the technique of bibliographic research in doctrine and scientific journals. It is intended to show how Rawlsian equity can equally influence the State's behavior to realize fundamental social rights through the construction of a just society, concluding that this result is possible.

**KEY-WORDS:** State Responsibility, Fundamental Social Rights, Post-Pandemic, John Rawls, Theory of Justice.

## **INTRODUÇÃO**

A sociedade tinha como característica ser imparável, incessável. Mas de súbito, sofreu uma determinada ruptura não esperada, apesar de previsível por muitos cientistas da área da saúde.

A sociedade contemporânea e complexa, ávida por avanços tecnológicos sem preconceitos e desenvolvimento econômico sem sustentabilidade ambiental, está em ritmo de colapso estrutural e ético.

Trata-se de fenômeno universal. É tempo de recessão para a maioria dos segmentos econômicos, de contenção de despesas, enfim, de repaginar alguns conceitos que certamente afetarão a humanidade, mas sem aniquilar a condição essencial do homem para a vida em sociedade.

Fala-se em novo normal onde supõem os especialistas que teremos uma sociedade de princípios remodelados baseados no coletivo. Há quem diga que os valores humanos terão o elemento necessário para as relações sociais baseadas na solidariedade e fraternidade através do enfoque de questões necessariamente coletivas.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Outros, em esfera de atuação diversa, acreditam que o pacto global surgido ao final do século passado tende a mudar através de controle das finanças estatais, alterações na economia e respectivo sistema financeiro, modos de capitalismo e transformações sociais que mudam o estilo de vida de toda a população mundial.

Perguntas sem respostas surgem diante do quadro pandêmico e pós-pandemia. O Brasil possui uma população de milhões de pessoas que estão inseridas num universo de incertezas sob o ponto de vista social e econômico já que, apesar da posição econômica que ocupa no mundo, ostenta uma das maiores desigualdades sociais do planeta e ainda que a partilha de renda fosse igual, sem qualquer distinção de valores, ter-se-ia um país pobre.

Viver de incertezas ou de meras predições não é e nem pode ser a melhor solução para a efetivação de direitos sociais, em especial quando se percebe a ausência de recursos no orçamento estatal e incertezas políticas.

No cenário pós-pandemia a sociedade poderá não ser a mesma; já os problemas, além de persistirem, terão outra dimensão de gravidade e sob uma ótica de justiça como equidade não há melhor oportunidade do que esta em repensar acerca de uma sociedade justa e igualitária através da efetiva atuação estatal na efetivação dos direitos sociais.

Redimensionar o rearranjo da sociedade no clima pós-pandemia é um desafio para o Estado com suas responsabilidades de materialização da dignidade humana, mas certamente é uma circunstância que traz esperança para os brasileiros.

Por isso, refletir sobre o que está se passando poderá levar o país, através dos agentes do Estado, a repensar o pacto social dado pelos constituintes, despido de particularidades parciais, sem comprometimento com pessoas ou cargos, funções ou órgãos, elite ou plebeus, trabalhadores ou classe empresarial. Na verdade, parte-se para o pressuposto de cumprir o pacto através de um novo olhar sendo este o motivo de escolha do método dedutivo.

Obviamente que não se pretende tomar a fundo a totalidade do pensamento de Rawls neste estudo, bem como a solução do problema a ser discutido vai depender

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

de estudo empírico da responsabilidade atual do Estado do que da proposta da filosofia política adotada na teoria da justiça do jusfilósofo de Harvard.

Mas sem dúvida, o conceito formulado pela teoria da justiça – como uma das possibilidades viáveis – é importante para a efetivação dos direitos sociais pós-pandemia, em especial quando os recursos do orçamento público não alcançam todos na mesma medida.

## **1. VÉU DA IGNORÂNCIA SOBRE OS EFEITOS DA PANDEMIA:**

No regime democrático o povo possui poder para decidir sobre questões relevantes<sup>3</sup>, inclusive, sobre a concretização dos direitos fundamentais por meio de processos políticos eleitorais de escolha dos representantes dos Poderes que ao final implantarão as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais.

Depende de ação estatal efetiva. Parte do que era real, hoje é virtual; o abstrato da imaginação se tornou concreto, especialmente em tempos de isolamento social originado da pandemia.

Há uma interferência direta na vida das pessoas quando se fala sobre era digital, isto porque os atores protagonistas da sociedade da informação interagem através dos meios colocados à sua disposição de modo que este fato, associado à realidade virtual, se faz para implantar novos modelos de (participação na) democracia, de processos de inclusão social, influência digital que refletem no comportamento dos agentes políticos quanto à forma de governar, de administrar os negócios públicos.

A questão que se impõe neste contexto é perquirir o grau de ruptura ocorrida entre a sociedade pré e pós-pandemia a justificar um novo pacto social – ainda que em proporções menores se comparadas à proposta de John Rawls<sup>4</sup> para um

---

<sup>3</sup> Concepção sobre democracia segundo Aristóteles podemos encontrar em: GUARIGLIA, Osvaldo. Democracia: Origen, Concepto y Evolucion según Aristóteles. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 33 (2010). Disponível em <<https://doxa.ua.es/article/view/2010-n33-democracia-origen-concepto-y-evolucion-segun-aristoteles>>. Acesso em 23/06/2021.

<sup>4</sup> RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Editora Martins Fontes. 2000, p. 5.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

neocontratualismo – mas que tenha alcance direto na efetivação dos direitos sociais e conseqüentemente na busca de uma sociedade mais igualitária no exato sentido da Constituição Federal em construí-la de forma livre, justa e solidária:

“Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica; o desejo geral de justiça limita a perseguição de outros fins. Pode-se imaginar uma concepção da justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada.”

Portanto, na visão de Rawls, seria necessário um novo contrato social, agora, formada sob o véu da ignorância onde todos devem opinar por uma sociedade justa, onde se distribui bens e direitos através de regras e princípios de igualdade de oportunidade (princípio da igualdade de oportunidades) e levando em conta as diferenças de cada cidadão (princípio da diferença), mas sempre de uma forma que considere aqueles que estejam em posição de vulnerabilidade social.

Com uma sociedade que sofre com a carência de recursos estatais que deveriam estar diretamente vinculados a políticas públicas de qualidade, a ruptura social e econômica causada pela pandemia refletirá incisivamente no alcance de direitos sociais; a situação atual demonstrou uma sociedade digitalizada onde trabalho, serviços, lazer, comunicação, bancos e escola estão “on line”.

Mas alimentação, renda decorrente de trabalho, segurança, saúde, proteção não são e não podem ser virtuais, demandam ação estatal efetiva que insere todos aqueles que estão no mesmo *status* social de proteção em um mínimo vital de existência digna conforme Costa e Campidelli<sup>5</sup>:

Deste modo, pode-se perceber que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a preocupação com garantias mínimas aos indivíduos só vem crescendo. Hoje, o mundo percebe que a garantia deve ir além de fornecer alimento pra manter o ser humano vivo: é preciso dar condições básicas para o seu desenvolvimento.

---

<sup>5</sup> COSTA, Ilton Garcia, CAMPIDELLI, Laísa Fernanda. **A diminuição da extrema pobreza, baseada em políticas públicas eficazes e garantia do mínimo existencial.** Paz, constituição e políticas públicas – Vol. II. Organizadores: Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Teófilo Marcelo de ArêaLeão Júnior. Instituto Memória Editora & Projetos Culturais. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoeopolitica](http://www.univali.br/direitoeopolitica) - ISSN 1980-7791.

No momento pós-pandemia, suspeita-se que, sob uma perspectiva ética e moral, uma nova sociedade se consolidará e o ideal seria que fosse sob o critério de equidade, de justiça social já que parcela relevante não estará mais na mesma posição anteriormente vivida.

Muitos irão depender de políticas públicas de responsabilidade do Estado para que os direitos sociais não sofram retrocesso social na sua manutenção o que implica na imperativa gestão igualitária dos recursos públicos destinados a esta parcela da sociedade na forma defendida por Francisco Secaf Silveira<sup>6</sup>:

Como se disse, a consolidação de direitos implica na utilização de recursos ("direitos custam"). O que se demonstra é que a mera previsão desses direitos (ou de programas a eles relativos) no orçamento significa somente um pequeno passo rumo a sua concretização. O que de fato importa é o momento da execução orçamentária, no qual muitos programas ficam pelo caminho."

É neste viés que Elizabeth Martos<sup>7</sup> disserta sobre a eficiência na alocação de recursos financeiros do Estado sob a perspectiva jurídico-filosófica de John Rawls:

"O modo como determinada concepção de justiça faz a especificação de direitos e deveres fundamentais e define as parcelas distributivas fatalmente inclui nos problemas da eficiência, da coordenação e da estabilidade social, indiscutível, portanto, a influência dessas decisões na alocação de recursos para a realização das despesas públicas."

Por isso, a solução de equidade posta é no sentido de vendar os olhares de toda a sociedade e a partir daí formular um novo conceito de inclusão social para alcance de vida digna, justa e de qualidade.

Para isso, Rawls<sup>8</sup> propõe uma sociedade forjada em situação de equidade, com princípios de justiça que assegurem as liberdades básicas e ao mesmo tempo

---

<sup>6</sup> SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. **A concretização do Direito Financeiro: Os efeitos do contingenciamento na execução orçamentária.** Dissertação em Direito Financeiro. Universidade de São Paulo – USP. 2014.

<sup>7</sup> MARTOS, Elizabeth. **O conteúdo jurídico do Princípio da Eficiência no Direito Financeiro.** Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, ano 2013.

<sup>8</sup> RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Editora Martins Fontes. 2000. p. 162.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

garante a diferença entre os indivíduos da sociedade, mas de modo que quem está em melhor condição, principalmente econômica, ajude o outro.

Ademais, os direitos sociais estão assegurados por princípios de justiça que Outeiro, Oliveira e Nascimento explicam:

A justiça deve permear todas estas esferas de atuação do Estado, para assegurar a justa distribuição de bens primários, que correspondem a um mínimo necessário para que um indivíduo possa viver com dignidade, ensejando uma forte correlação com o princípio da dignidade humana, que serve de fundamento da República<sup>9</sup>.

Com efeito, repensar a sociedade através de um novo modo de viver será tão elementar e importante quanto pensar na necessidade de se manter a geração atual e a vindoura – afirmando o indispensável pacto intergeracional – não relegando a sustentabilidade ambiental que permite o elemento vida, nem tampouco deixar de se aperceber que o mundo está sendo remodelado, esculpido em suas bases.

Tais mudanças devem gerar na sociedade o impacto contrário do que fora causado pela pandemia, isto é, com o efeito inverso no sentido de elevar o grau de civilidade na construção de uma sociedade mais altruísta, igualitária.

Neste sentido, como mencionado por Rawls<sup>10</sup> quando trata da ideia principal da teoria da justiça:

“Assim, devemos imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade.”

---

<sup>9</sup> OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-81, ago. 2016. Disponível em <https://www.readcube.com/articles/10.5433%2F1980-511x.2016v11n2p47>>. Acesso em 22/06/2021.

<sup>10</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. p. 12-13.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

O Estado, por seus agentes, deve manter-se despido de tantos conceitos políticos e partidários, de nuances de vaidade no poder institucional concluindo, ao final, por um exercício mental de sobrepor à sociedade o véu da ignorância para um estado original mencionado na obra de Rawls e dali em diante estabelecer-se em situação de equidade.

## **2. DIREITOS SOCIAIS A SEREM EFETIVADOS NO PÓS-PANDEMIA DIANTE DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO:**

É cediço e manifesto na doutrina jurídica que os direitos sociais têm como destinatários principais os cidadãos que se encontrem em situação de vulnerabilidade social, fragilizados. São direitos prestacionais que dependem de atuação estatal positiva. Como bem tratado por Sarlet<sup>11</sup>:

“Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalamos alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem”.

A Constituição Federal traz um elenco exposto de modalidades de direitos sociais, tais como a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer e segurança, dentre outros.

O momento pós-pandemia tem sido chamado de “novo normal” no sentido de novo comportamento que possa garantir a sobrevivência, como bem mencionado por Schirato<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> SARLET Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 284.

<sup>12</sup> Segundo Schirato, o novo normal, na verdade, seria a proposta de um novo padrão que possa garantir nossa sobrevivência. SCHIRATO, Maria Aparecida Rhein. Novo normal: entenda melhor esse conceito e seu impacto em nossas vidas (07/05/2020). Disponível na internet em: <<https://www.insper.edu.br/noticias/novo-normal-conceito/>>. Acesso em 19/06/2021.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Há vantagens nesta nova forma proposta que apesar de estar se consolidando, ainda não está totalmente definida. É fato ainda que as fronteiras físicas estão sendo transpostas pelo mundo digital e foram, de forma absolutamente visível, ampliadas; então, ocorrem as mudanças no modo de vida da sociedade moderna, do novo normal, de rotina comportamental de transição.

Por esta questão fundamental e particular modo de reflexão do novo estilo comportamental, o jusfilósofo Jurgen Habermas<sup>13</sup> outrora questionou acerca dos novos horizontes éticos de modo a redefinir até mesmo a identidade do homem nas sociedades pluralistas:

“Os desenvolvimentos notórios e temidos da tecnologia genética afetam a imagem que havíamos construído de nós enquanto ser cultural da espécie, que é o homem, e para o qual parecia não haver alternativas.”

A questão é que o avanço tecnológico que combina acesso da população à internet e aos serviços públicos de forma “on line”, que provoca uma onda de prestação de serviços *home office*, que dá acesso à população ao ensino, entre outras, traduz uma nova forma de inclusão social, aumentando eficazmente a participação da sociedade em tudo quanto diz respeito às instituições e à própria vida.

De outro lado, da mesma forma que a tecnologia digital alavancada pela pandemia proporcionou que se efetivassem alguns direitos sociais cujos custos são diminuídos para o Estado – ou ao menos devem diminuir – grande parcela dos cidadãos enfrentarão a crise social e econômica na perda do emprego formal, na forma de trabalho que poderá restar ultrapassada, na falta de renda que não é gerada da mesma forma como antes e na falta de qualificação daquele cidadão que perdeu o emprego entre tantas outras situações adversas.

Enfim, que futuro de normalidade será este onde os direitos sociais poderão sofrer retrocesso social na medida em que o Estado, responsável pela sua efetivação, não obter o êxito esperado em políticas públicas inovadoras a um número elevadíssimo de pessoas sem condições de manter suas famílias e a si próprio?

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jurgen. O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2004. p. 56.



COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

O desafio requer criatividade do Estado quanto a criar políticas públicas após detectar as mazelas que impregnarão a sociedade brasileira tão cravejada de injustiça e exclusão social.

Um dos problemas a serem enfrentados pós-pandemia é de certo a equalização das despesas e das receitas públicas sendo que estas devem ser direcionadas, agora em maior intensidade, às políticas públicas na área da educação – e aqui englobam cursos técnicos ou de formação profissional, além de especializações nas universidades públicas que digam respeito aos novos rumos da sociedade – da saúde tal o nível de deficiência de recursos humanos revelado na pandemia, embora o Sistema Único de Saúde tenha demonstrado boas condições gerais de atendimento à população, e de geração de renda mínima.

A questão é que o endividamento público agravado com a pandemia já está causando grande impacto nas finanças públicas de modo a surrupiar o exercício dos direitos sociais, mormente se for levado em conta que o número de pessoas em situação de vulnerabilidade social aumentou e tende a aumentar ainda mais por conta do tempo necessário para a volta da normalidade.

Ainda, reportando-se ao ensino de Rawls, um dos pressupostos da justiça como equidade é o fato da escassez moderada de recursos, isto é, a totalidade dos recursos é menor que a demanda da sociedade e a vida no futuro vai depender de escolhas públicas acertadas. Não basta administrar para as próximas eleições, mas para toda uma geração que se aproxima.

Nestas condições, Oliveira e Ferreira<sup>14</sup> argumentam sobre a necessidade de responsabilidade na gestão fiscal a fim de que as políticas públicas alcancem o cidadão:

“Ora, se os cidadãos, com seus recursos vertidos para o sistema, financiam a atividade estatal, é mais do que obrigação do Estado, portanto, que a contrapartida seja ofertada com a concretização de políticas públicas essenciais

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira, FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. **Saúde, Ética e Justiça**, vol. 38, n. 76, p. 183-212, ago. 2017.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

ao povo, fazendo-se o uso responsável dos recursos públicos por meio da adequada gestão orçamentária.’

Vale perquirir quais serão as escolhas do Estado responsável – e garantidor – para impedir o retrocesso quanto aos direitos sociais, bem como para assegurar que o momento pós-pandêmico atinja o menor número de pessoas, em especial porque levadas a um patamar de carência econômica que não lhes permita o exercício de um mínimo existencial sem depender, necessariamente, de efetiva ação estatal.

Garantir o exercício dos direitos sociais das pessoas em vulnerabilidade é um desafio manifesto na medida em que a sociedade contemporânea – pluralista por excelência – possui necessidades diversas.

Mas o que converge para o norte a ser seguido pelo Estado são as ações que garantam a dignidade humana; e tudo isto vai depender do quanto de esforço criativo e de recursos orçamentário-financeiros<sup>15</sup> o Estado vai direcionar para a concretização desta tarefa através das políticas públicas determinantes:

“Por tal feita, a insuficiência de recursos orçamentários decorrentes de escassa arrecadação tributária não serve como mote justificador de ausência de cobertura dos direitos fundamentais, pois suprimiria a garantia de proibição de retrocesso.”

A ação do Estado em garantir a normalidade no novo comportamento de vida pós-pandemia vai existir na mesma medida em que os agentes políticos se esforçarem, legitimamente, para que se inclua na agenda pública tão somente a efetivação dos direitos sociais prestacionais independentemente da agenda política, dissociada do interesse nas urnas, o que faz incluir o desejo de justiça dos membros da sociedade que já foram cobertos – hipoteticamente - por um véu da ignorância causado, aprioristicamente, pela pandemia do coronavírus.

Portanto, o mínimo existencial deve ser a meta do Estado a qualquer tempo; no momento pós-pandemia muito mais. Veja-se, como exemplo, o alerta da ONU feito

---

<sup>15</sup> MARQUES de Azevedo, E.; BARÇANTE de Almeida, G. e ALVARENGA Portes, P. O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 8, p. 33-59, 5 jun. 2017.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

em 2020 no sentido de que 49 milhões de pessoas poderiam ser levadas à pobreza em razão da pandemia<sup>16</sup>.

Vale apontar ainda importante estudo da OXFAM<sup>17</sup> - Oxford Committee for Famine Relief - organização mundial de direitos humanos que busca soluções nos problemas de pobreza, desigualdade e injustiça, no sentido de que:

“A pandemia da COVID-19 somou-se a essa combinação já tóxica de fatores, aumentando rapidamente as taxas de pobreza e fome em todo o país. As medidas de distanciamento social adotadas para conter a propagação do coronavírus e evitar o colapso do sistema público de saúde agravaram a crise econômica. Milhões de trabalhadores mais pobres, com poucos recursos em poupança e acesso limitado a benefícios, perderam seus empregos ou renda da noite para o dia.”

Estudos como o supra citado revelam a necessidade imperiosa do Estado Brasileiro em detectar agendas referentes aos problemas de gravidade social que já estavam arraigados na população brasileira, agravados pelos efeitos da pandemia, e por consequência implantar as políticas públicas que garantam, no mínimo, a existência digna.

### **3. MÍNIMO EXISTENCIAL E A DE ESCASSEZ DOS RECURSOS PÚBLICOS:**

Não há vida em sociedade sem um mínimo de direitos que possam ser exercidos pelo cidadão. Não há boa gestão pública de responsabilidade do Estado sem que antes venha a concretização dos direitos fundamentais que outrora tinha como

---

<sup>16</sup> Segundo António Guterres, secretário-geral das Nações Unidas, “Este ano, cerca de 49 milhões de pessoas podem cair na pobreza extrema devido à crise da COVID-19. O número de pessoas expostas a uma grave insegurança alimentar e nutricional vai crescer rapidamente. A queda de um ponto percentual no Produto Interno Bruto global significa mais 700 mil crianças raquíticas”. (15/07/2020). Disponível na internet: < <https://nacoesunidas.org/pandemia-pode-ampliar-fome-e-jogar-49-milhoes-de-pessoas-na-pobreza-extrema-alerta-onu/>>. Acesso em 24/06/2021.

<sup>17</sup> “O Vírus da Fome: como o coronavírus está potencializando a fome em um mundo faminto”, relatório lançado pela OXFAM. Disponível na internet em: <<https://d2v21prk53tg5m.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/07/Informe-Virus-da-Fome-embargado-FINAL-1.pdf>> (23/07/2020). Acesso em 24/06/2021.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

concepção a de ser 'interesse público', conceito que foi reformulado segundo Gustavo Binbenojm<sup>18</sup>:

"Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito."

O mínimo vital compreende parcela indelegável da ação do Estado na atividade empreendedora dos direitos sociais devendo abarcar um teto e alimento para sua sobrevivência. Traz dignidade a qualquer pessoa do país mais fragilizado social e economicamente do mundo.

Neste viés, como bem exposto por Suxberger e Lemos<sup>19</sup>:

"Por isso, a compreensão da dignidade como razão fundante da entrega de direitos fundamentais, tomados como mais básicos, sobretudo a permitir a realização desses poderes e direitos ao indivíduo, destinatário último do sistema jurídico. Do contrário, ter-se-á um Estado que não cumpre suas funções essenciais e, o que é mais grave, afasta-se das razões que justificam sua própria existência".

Ter saúde é por demais importante, mas não se pode esquecer que o conceito de saúde, segundo definido pela Organização Mundial de Saúde<sup>20</sup>, engloba não só a ausência de doenças ou moléstias, mas também um estado de bem estar físico e mental.

A Constituição Federal estabelece claramente as regras de competência de cada ente estatal instituir e cobrar seus respectivos tributos, em especial os impostos. É a competência tributária referente ao poder arrecadador do Estado. A questão

---

<sup>18</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 38.

<sup>19</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, LEMOS, Rubin. O orçamento público como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020, p. 88-112. Disponível na internet em < <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1878>>. Acesso em 30/05/2021.

<sup>20</sup> Conceito formulado pela OMS; disponível na internet < <https://saudebrasil.saude.gov.br/eu-quer-me-exercitar-mais/o-que-significa-ter-saude>>. Acesso em 28/06/2021.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoeopolitica](http://www.univali.br/direitoeopolitica) - ISSN 1980-7791.

nodal é após o ingresso das rendas públicas nos cofres, ou seja, como se dará a destinação dos recursos para se garantir um bem estar físico e mental, um mínimo vital que represente a dignidade da vida humana, bem supremo de responsabilidade do Estado.

E neste sentido, vale a proposta de melhor utilização dos recursos públicos e respectiva distribuição em atenção ao princípio da diferença adotado por Rawls, o que é lembrado por Elizabeth Martos<sup>21</sup>:

“A leitura da obra de J. Rawls permite inferirmos que a despesa pública funciona como um elemento corretor de desigualdade, ou melhor, nivelador de condições sócio-econômicas, em que se extrai que os menos afortunados pelas condições de nascimento independente de seus méritos tem prioridade no acesso aos recursos públicos.”

Neste sentido, o texto constitucional previu o chamado pacto federativo donde se extrai que as receitas arrecadadas por cada ente a ele pertencem para cumprir o papel de garantidor dos direitos sociais devendo referida ação ser responsável (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 1º, § 1º).

Mas o pacto federativo também estabelece regras de redistribuição das receitas públicas de modo que a União destina parte dos tributos arrecadados aos Estados e Municípios e aqueles a estes. Sempre do ente de maior envergadura para o de menor, nunca o contrário conforme doutrina de André Portella e Jéssica de Jesus<sup>22</sup>:

“Dessa forma, o ente federativo com maior capacidade de arrecadação repassa recursos para os entes menores, para que estes possam cumprir com as obrigações constitucionais estabelecidas.”

Questão importante para garantir as políticas públicas de efetivação dos direitos sociais, portanto, é investigar a execução orçamentária pelo Estado na consecução destes direitos, isto é, se os recursos previstos originariamente no orçamento público estão sendo aplicados, em sua integralidade, de forma positiva, através da

---

<sup>21</sup> MARTOS, Elizabeth. O conteúdo jurídico do Princípio da Eficiência no Direito Financeiro, p. 98.

<sup>22</sup> PORTELLA, André Alves, JESUS, Jessica Ferreira de. Federalismo Fiscal e Descentralização Administrativa: A deficiência de autonomia dos Municípios do Baixo Sul da Bahia na promoção de ações de saúde. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 10, nº 2, p. 834-861. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/31563>>. Acesso em 17/06/2021.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

atuação governamental já que esta, em princípio, é a finalidade pela qual o Estado existe.

Precisamente, aos agentes políticos é dado poder para representar e agir em favor do povo, executando ações em busca do bem estar social e não individual, isto é, agindo nos exatos limites do mandato conferido a ele.

Aqui entra um dado empírico, especificamente o resultado da análise do Plano Plurianual de 2016/2019, do Poder Executivo Federal pelo Tribunal de Contas da União através do Processo de Contas do Governo do exercício de 2019, tendo como relator o Ministro Bruno Dantas<sup>23</sup>.

Dentre os vários indicadores demonstrados no relatório que culminou na apresentação de Parecer Prévio favorável às Contas do Governo, se observou que:

“A partir da análise dos principais índices de desenvolvimento econômico e social, verifica-se que o Brasil, no período do PPA 2016-2019, não foi capaz de retomar a evolução nos indicadores. O país vem perdendo posições nos diversos rankings, uma vez que os valores médios para os demais países do mundo continuam crescendo”<sup>24</sup>.

Isto quer dizer que os direitos sociais, em especial, a segurança, a educação e programas de moradia, estão sofrendo um retrocesso social. Neste teor, o mencionado relatório do TCU nas Contas do Governo cita que o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH – estagnou a partir de 2013 no Brasil enquanto que nos demais países cresceu de forma manifesta<sup>25</sup>.

Também demonstra a baixa densidade de concretização de direitos sociais e desenvolvimento econômico o relatório do Banco Mundial também citado no aludido relatório do Parecer Prévio do TCU através do projeto Indicadores de Governança Mundiais (WGI - Worldwide Governance Indicators) que detectou piora

---

<sup>23</sup> TC 018.177/2020-4, Processo das Contas do Governo de responsabilidade do Presidente da República Jair Bolsonaro cujo parecer prévio foi da relatoria do Ministro Bruno Dantas, do TCU.

<sup>24</sup> Trecho do Parecer Prévio do TCU já citado.

<sup>25</sup> Trecho do Parecer Prévio do TCU já citado: “Porém, a partir de 2013, o país deixou de apresentar evolução no índice geral e de educação e houve declínio no componente da renda. O que se verifica no gráfico é que, enquanto o IDH brasileiro estagnou a partir de 2013, o restante do mundo, incluindo os países em desenvolvimento, manteve seu crescimento”.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

significativa dos índices de ação governamental, tendo como fator a ausência de qualidade na implantação das políticas públicas<sup>26</sup>.

O relatório do Parecer Prévio aponta ainda, entre outros resultados, que a política pública referente à renda ofertada às famílias e indivíduos em situação de vulnerabilidade social e pessoal através do Sistema Único de Assistência Social apresentou desempenho insatisfatório<sup>27</sup>:

“[...] o que significa que a camada mais pobre e vulnerável da população está, de fato, recebendo menos e piores serviços socioassistenciais, complementares às transferências de renda, o que contribui potencialmente para o aumento da pobreza multidimensional”.

Neste viés, a tendência poderá ser a falência das políticas públicas inerentes aos direitos sociais prestacionais a considerar o desempenho da ação governamental no quadriênio 2016-2019; considerando ainda que os efeitos da pandemia no contexto econômico-social se caracterizam por pontos negativos, esperar que as profecias se cumpram seria o mais lógico e mais próximo da realidade, inclusive, diante da escassez dos recursos orçamentários e financeiros.

Em outras palavras, sem recursos não há incremento das políticas públicas de efetividade dos direitos sociais.

Todavia, a justiça como equidade deve ser buscada visto que países em pior condição socioeconômica vivida outrora (Coréia do Sul, Japão, Rússia, etc) saíram ou estão saindo de uma condição de baixa densidade na concretização dos direitos para a adoção de políticas públicas na educação, saúde, profissionalização, geração de empregos e rendas que constituem um processo de evolução social e desenvolvimento econômico tão sonhado pela população brasileira.

---

<sup>26</sup> Trecho do Parecer Prévio do TCU já citado: “Para essas duas dimensões de resultado, no período do PPA 2016-2019, com base no último dado dos indicadores de 2018, houve piora significativa no desempenho, de -0,17 para -0,45. Por isso, o Brasil cai no *ranking* de 46,63 para 36,06 na efetividade governamental, e de -0,21 para -0,31 na qualidade regulatória, com queda do indicador de 46,63 para 39,90”.

<sup>27</sup> TC 018.177/2020-4, Processo das Contas do Governo apreciado pelo Tribunal de Contas da União.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Assim, para assegurar o mínimo existencial diante da escassez de recursos públicos, Ricardo Gaspar<sup>28</sup> apresenta um plano bastante convincente:

“Em suma, talvez uma das tarefas mais importantes que desafiam o futuro humano seja recuperar o sentido do público, a esfera coletiva da existência, o que impõe reformar o Estado, dotando-o de transparência, mecanismos de gestão participativa e descentralizada e do reforço dos instrumentos de regulação da economia e do mercado”.

Portanto, é cediço que os recursos orçamentários do Estado servem para cumprir o papel consagrado no pacto social quanto aos direitos fundamentais sendo certo dizer que a escassez passa a ser justificativa para o não cumprimento dos objetivos delineados nas políticas públicas.

Todavia, não pode ser esta a conduta do gestor, em especial quando levando em conta o senso de justiça e a base da igualdade na obra de Rawls uma vez que a postura do gestor público na Administração Pública complexa a qual vivemos deve ser a mais criativa e igualitária possível, desvencilhando-se da política de governo – emperrada por conceitos patrimonialistas – para uma verdadeira política de estado motivada pela busca do interesse público consubstanciado em direito fundamental social, exclusivamente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As análises acima constatam que os problemas sociais estão identificados, revelados manifestamente pelos indicadores sociais apontados pelo controle externo dos atos governamentais, sem contar com os demais estudos de instituições multilaterais. O país coleciona severas dificuldades, problemas sociais e econômicos para uma população que espera avidamente por uma postura proativa do Estado, espera-se por dias melhores.

---

<sup>28</sup> GASPAR, Ricardo Carlos. A trajetória da economia mundial: da recuperação do pós-guerra aos desafios contemporâneos. **Cadernos Metrópole**, PUC. São Paulo, v. 17, n. 33, pp. 265-296, maio 2015.



COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

O aguardado estado de normalidade deve alcançar a todos, sem distinção de classe social, em especial sem anomalias sociais ou econômicas nos exatos termos da obra de John Rawls.

O desenvolvimento econômico do país deve voltar ao rumo que se pretendia antes da pandemia, mas as escolhas e opções políticas devem ter como meta os direitos sociais, o interesse público da comunidade em situação de vulnerabilidade.

A possibilidade para a retomada do curso na efetivação dos direitos sociais existe, mas requer trabalho hercúleo a partir da vontade do Estado aliado à força e dignidade que tem a legislação séria, despida de interesses que não seja o bem comum e o desenvolvimento sustentável.

Não se pode esquecer que o pacto social impresso pela Constituição Federal foi determinante para o início da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na real concepção de um estado original rawlsiano com garantias dos direitos e liberdades básicas.

O relatório do Parecer Prévio das Contas do Governo do ano de 2019 emitido pelo Tribunal de Contas da União foi capaz de expedir inúmeras recomendações encaminhadas ao Poder Executivo, tendo detectado várias metas não alcançadas o que significa dizer que o mapeamento das necessidades e dos problemas estão diagnosticados e claramente demonstrados a merecerem total atenção dos agentes políticos.

Significa dizer que há caminho certo e determinado a seguir sem que dele se desvie no sentido de atingir o objetivo final. Sabe-se que os direitos fundamentais servem para a concretização da dignidade humana.

Os indicadores de políticas públicas e de eficiência na gestão pública servem para balizar as ações governamentais futuras de modo a elevar os índices de atendimento e concretização dos direitos sociais de responsabilidade do Estado.

A partir do momento em que se interfira nos direitos sociais por conta da omissão ou ausência de políticas públicas determinantes oriundas do Estado, inclusive por incorrer em manifesto retrocesso social, não há outro remédio senão o de

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

escancorar os sintomas e os efeitos colaterais do ato administrativo ilegítimo a fim de que seja contido pelos órgãos constitucionalmente incumbidos desta singular tarefa, sem prejuízo de expor à sociedade os malefícios da ausência dos direitos sociais a verdadeiro titular deste direito.

Assim e só com políticas responsáveis, a responsabilidade do Estado na efetivação dos direitos sociais será cumprida de acordo com os mandamentos constitucionais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Eder Marques de; ALMEIDA, Gustavo Barçante de; PORTES, Paola Alvarenga. O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 8, p. 33-59, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 38.

COSTA, Ilton Garcia da; REZENDE, Rita de Cassia. Liberdade, Igualdade e Democracia. **Revista Em Tempo** (Online), v. 18, p. 272-299, 2019.

COSTA, Ilton Garcia; GOES, Winnicius Pereira . A Diretiva 2014/24/UE como Guia de Contratualizações Sustentáveis de Políticas Públicas Sociais. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 21, p. 656-690, 2016.

COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn; CACHICHI, Rogério Cangussu D. . Denationalization Production and Social Exclusion in Labor Economics Globalized. **Nomos** (Fortaleza), v. 39, p. 149-162, 2019

COSTA, Ilton Garcia, CAMPIDELLI, Laísa Fernanda. **A diminuição da extrema pobreza, baseada em políticas públicas eficazes e garantia do mínimo existencial**. Paz, constituição e políticas públicas – Vol. II. Organizadores: Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Instituto Memória Editora & Projetos Culturais. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

GASPAR, Ricardo Carlos. A trajetória da economia mundial: da recuperação do pós-guerra aos desafios contemporâneos. **Cadernos Metrôpole, PUC**. São Paulo, v. 17, n. 33, pp. 265-296, maio 2015.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

GUARIGLIA, Osvaldo. Democracia: Origen, Concepto y Evolucion según Aristóteles. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 33 (2010). Disponível em <https://doxa.ua.es/article/view/2010-n33-democracia-origen-concepto-y-evolucion-segun-aristoteles>. Acesso em 23 abr2021.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2004.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos**. Lisboa: Gadiva, 1995.

MARQUES de Azevedo, E.; BARÇANTE de Almeida, G. e ALVARENGA Portes, P. O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 8, p. 33-59, 2017.

MARTOS, Elizabeth. **O conteúdo jurídico do Princípio da Eficiência no Direito Financeiro**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, ano 2013

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira, FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. **Saúde, Ética e Justiça**, vol. 38, n. 76, p. 183-212, ago. 2017.

ONU: Pandemia pode ampliar fome e jogar 49 milhões na pobreza extrema. Disponível na internet: <https://nacoesunidas.org/pandemia-pode-ampliar-fome-e-jogar-49-milhoes-de-pessoas-na-pobreza-extrema-alerta-onu/>.

OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-81, ago. 2016. Disponível em <https://www.readcube.com/articles/10.5433%2F1980-511x.2016v11n2p47>. Acesso em 22 abr2021.

OXFAM. Disponível na internet em: <https://d2v21prk53tg5m.cloudfront.net/wp-content/uploads/2020/07/Informe-Virus-da-Fome-embargado-FINAL-1.pdf>.

PORTELLA, André Alves, JESUS, Jessica Ferreira de. Federalismo Fiscal e Descentralização Administrativa: A deficiência de autonomia dos Municípios do Baixo Sul da Bahia na promoção de ações de saúde. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 10, nº 2. P. 834-861.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Editora Martins Fontes. 2000.

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. Responsabilidade do estado na efetivação dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

RIGO, Mônica Giusti. Meio ambiente igualitário: análise da relação entre a justiça equitativa de Rawls e o princípio da “não-regressão” de Michel Prieur. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica), acesso em 15 abr2021

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 284.

SCHIRATO, Maria Aparecida Rhein. NOVO normal: entenda melhor esse conceito e seu impacto em nossas vidas (07/05/2020). Disponível na internet em: <https://www.insper.edu.br/noticias/novo-normal-conceito/>. Acesso em 19 abr2021.

SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. **A concretização do Direito Financeiro: Os efeitos do contingenciamento na execução orçamentária**. Dissertação em Direito Financeiro. Universidade de São Paulo – USP. 2014.

SOUZA JUNIOR, Jarbas Paula de. Responsabilidade civil do Estado em tempos de COVID-19: breves considerações a luz das recomendações da Organização Mundial da Saúde e sob a ótica constitucional moderna dos Direitos e Garantias Fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.3, 3º quadrimestre de 2020. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica), Acesso em 12 abr2021

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, LEMOS, Rubin. O orçamento público como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 22 n. 126 Fev./Maio 2020, p. 88-112.

TC 018.177/2020-4, Processo das Contas do Governo de responsabilidade do Presidente da República Jair Bolsonaro cujo parecer prévio foi da relatoria do Ministro Bruno Dantas, do TCU.

RECEBIDO EM: MAI/2021

APROVADO EM: JUL/2021

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## **EXTERNALIDADES NA INSTALAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA O ATENDIMENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL**

*EXTERNALITIES AND THE SETTLEMENT OF PENITENTIARY IN BRAZILIAN MUNICIPALITIES: LEGISLATIVE PROPOSALS TO COMPLY WITH THE PRINCIPLE OF ECONOMIC-SOCIAL EFFICIENCY*

**Eduardo Granzotto<sup>1</sup>**

**Marcelo Bauer Pertille<sup>2</sup>**

**Thais Silveira Pertille<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

O Brasil enfrenta um estado de coisas inconstitucional no que se refere às condições do sistema prisional brasileiro. Para contornar o problema, uma das medidas necessárias é construção de novas unidades penais. Porém, grande parte dos Municípios brasileiros se coloca como um entrave, diante das externalidades negativas acarretadas. Este estudo buscará responder se uma análise econômica do Direito, realizada a partir do princípio da eficiência econômico-social, pode contribuir para dissolução do impasse ocasionado entre a necessidade de aumento de vagas nos presídios e a resistência dos Municípios em recebê-los. Trata-se de pesquisa qualitativa exploratória, de procedimento monográfico, de abordagem dedutiva e técnica de pesquisa a bibliográfica.

---

<sup>1</sup> Mestre em Paz e Segurança Internacional (Kings College London/Inglaterra). Especialista em Ciências Criminais e Processo Legislativo. Diplomado pela Escola Superior de Guerra (ESG) no curso Superior de Política e Estratégia (CSUPE). Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados na área de Segurança Pública e Defesa Nacional. Advogado (OAB/DF). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9355829869409713>. ORCID: 0000-0002-7827-7363. E-mail: [pinheirogranzotto@gmail.com](mailto:pinheirogranzotto@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutorando e mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Direito Processual Penal (UNIVALI) e em Direito Público (UNIVALI). Professor de Direito Penal e Direitos Humanos. Advogado (OAB/SC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4560522200827508>. ORCID: 0000-0003-0083-450X. E-mail: [marcelopertille@yahoo.com.br](mailto:marcelopertille@yahoo.com.br).

<sup>3</sup> Doutoranda e mestra em Direito (UFSC). Especialista em Filosofia e Direitos Humanos (PUCPR). Pesquisadora do Observatório de Justiça Ecológica (UFSC-Grupo cadastrado no Cnpq). Professora de Direito Internacional e Direito Constitucional. Advogada (OAB/SC). Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4049196E0>. ORCID: 0000-0003-2939-8238. E-mail: [thaispertille@gmail.com](mailto:thaispertille@gmail.com).

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Conclui por possíveis alterações legislativas que podem ser adotadas para que as externalidades negativas sejam minimizadas e/ou contornadas no sentido da concretização do princípio da eficiência econômico-social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise prisional, Novos estabelecimentos penais e a recusa de municípios, princípio da Eficiência Econômico-Social, Análise econômica do Direito, Propostas legislativas.

## ABSTRACT

Brazil is facing an unconstitutional state of affairs with regard to the conditions of the Brazilian prison system. To get around the problem, there is a need to build new penal units. However, a large part of Brazilian municipalities is an obstacle, given the negative externalities involved. This study will seek to answer whether an economic analysis of Law based on the principle of economic-social efficiency can contribute to dissolving the impasse caused between the need to increase spaces in prisons and the resistance of municipalities to receive them. It is an exploratory qualitative research, monographic procedure, deductive approach and bibliographic research technique. It concludes for possible legislative changes that can be adopted so that negative externalities are minimized or/and circumvented and the positive ones are sufficient to achieve economic and social efficiency.

**KEY WORDS:** Prison crisis, the settlement of penitentiary and the refusal of municipalities, principle of Economic-Social Efficiency, Economic Analysis of Law, Legislative proposals.

## INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta, segundo levantamentos públicos<sup>4</sup> e estudos científicos<sup>5</sup>, além da própria declaração do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>, um estado de coisas inconstitucional no que se refere às condições do sistema prisional. Segundo recente relatório do Monitor da Violência<sup>7</sup> (2021), a população carcerária no Brasil é de 682.182 internos.<sup>8</sup> No entanto, conforme dados do Anuário de

---

<sup>4</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio (coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> Acesso em 08.07.2021.

<sup>5</sup> MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito**: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. Revista Direito GV, v. 15, n. 2, 2019, e1916. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

<sup>6</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015.

<sup>7</sup> Parceria entre o Portal G1, Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

<sup>8</sup> G1. **Monitor da violência**. 2021. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisional/> Acesso em: 09/07/2021

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Segurança Pública (2020), só há 449.614 vagas disponíveis no sistema, o que representa um déficit que gira em torno de duzentas e trinta mil.<sup>9</sup>

A solução para esse problema passa por uma série de discussões, que vão desde reflexões sobre práticas operacionais no âmbito da segurança pública, reformas legais (também suas sistematizações teóricas) e cultura do encarceramento<sup>10</sup>, até projetos para a construção de novos estabelecimentos penais.

Quando o assunto recai sobre a edificação de novas unidades penitenciárias, grande parte das administrações municipais no Brasil se coloca em oposição. Como fundamento, são suscitadas dúvidas acerca dos impactos econômicos e sociais que essas construções podem causar às suas realidades diárias.

E aqui reside o foco deste estudo, diante do que se pretende enfrentar a questão a partir de contribuições que uma análise econômica do direito pode oferecer na esteira do primado da eficiência econômico-social. Daí que os possíveis impactos dessas construções para os Municípios brasileiros serão abordados enquanto externalidades positivas e negativas.

Cabe a ressalva, entretanto, de que não se pode perder de vista que cada realidade administrativa tem suas peculiaridades geográfica e social, que representam características próprias e inafastáveis nos processos de tomada de decisões. Por isso, a intenção das ideias trabalhadas neste artigo reside fundamentalmente na análise de um contexto geral. Serão levados em conta motivos que podem auxiliar no convencimento das administrações municipais de que um estabelecimento penitenciário em seus domínios pode também representar possibilidades de crescimento.

O objetivo, assim, é delinear como as consequências negativas podem ser minimizadas, mediante estudos de impacto de vizinhança, assim como incentivos de cunho financeiro àquelas cidades que voluntariamente aceitem receber unidades prisionais em seus territórios. Para tanto, também se considerará o

---

<sup>9</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio (coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública**. p. 283.

<sup>10</sup> ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1997.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

tema sob a hipótese de que alterações legislativas podem colaborar com o cenário em exame.

Acerca da metodologia, vale destacar que há uma limitação bibliográfica envolvida em pesquisas dessa natureza. Não há publicação suficiente de dados, análises ou estudos por órgãos governamentais sobre o assunto. As fontes, ainda tímidas, sobre consequências aos Municípios pela implantação de unidades prisionais são fruto, em geral, de trabalhos acadêmicos.

Assim, considerando tais limitações, o referencial teórico deste artigo tem como base cinco publicações: a) "Estudo de Impacto de Vizinhança e a Construção de Novos Estabelecimentos Penais: Delineando uma Relação"<sup>11</sup>; b) "Impactos Sociais e Ambientais Sofridos nos Municípios com Presídios, bem como Alternativas de Contrapartida do Estado para esses Municípios"<sup>12</sup>; c) "O Rastro da Indústria Penal: A Interiorização Penitenciária e Novo Paradigma dos Municípios Paulistas"<sup>13</sup>; d) "Contribuição ao Estudo dos Dilemas e Impactos das Unidades Prisionais do Pontal do Paranapanema: um Estudo de Caso do Município de Marabá"<sup>14</sup>; e e) "Cidades Carcerárias: Migração e Presídios em Regiões de São Paulo"<sup>15</sup>.

No intuito de melhor delinear do tema, o presente estudo pretende colaborar para a resposta do seguinte problema: a análise econômica do Direito, realizada

---

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. Estudo de Impacto de Vizinhança e a Construção de Novos Estabelecimentos Penais: delineando uma relação. **Revista Transgressões**: Ciências Criminais em Debate, v.4, n.1, Maio 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/9477/6843>, acesso em 27.3.2021.

<sup>12</sup> MENDES, Tânia R.. **Impactos sociais e ambientais sofridos nos municípios com presídios**, bem como alternativas de contrapartida do Estado para esses Municípios. Biblioteca Digital da Assembleia Legislativa de São Paulo. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/377\\_arquivo.pdf](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/377_arquivo.pdf), acessado em 27.3.2021.

<sup>13</sup> SILVESTRE, Giane. O rastro da Indústria Penal: A Interiorização Penitenciária e novo paradigma dos Municípios paulistas. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança – Levis**, n.1 (2008). Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/767>, acesso em 27.3.2021

<sup>14</sup> FERREIRA, Sílvia Aline Silva. **Contribuição ao Estudo dos Dilemas e Impactos das Unidades Prisionais do Pontal do Paranapanema**: um Estudo de Caso do Município de Marabá. Tese de Mestrado defendida em 7.12.2017, na Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. Disponível em: <http://bdtd.unoeste.br:8080/jspui/handle/jspui/1075>, acesso em 27.3.2021.

<sup>15</sup> CESCÓN, Flávia R. P.; BAENINGER, Rosana. **Cidades Carcerárias**: Migração e Presídios em Regiões de São Paulo Trabalho apresentado no XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu - MG - Brasil, de 20 a 24 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/2328/2282>, acesso em 27.3.2021.



GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

a partir do princípio da eficiência econômico-social, pode contribuir para dissolução do impasse ocasionado entre a necessidade de aumento de vagas no sistema penitenciário brasileiro e a resistência dos Municípios em recebê-los?

Para tanto, o artigo utiliza metodologia de pesquisa qualitativa exploratória, de procedimento monográfico, de abordagem dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfica, e está dividido em três partes. A primeira trará dados do sistema prisional brasileiro, a fim de contextualizar generalidades do cenário que se pretende considerar. A segunda abordará os eventuais impactos positivos e negativos para os Municípios brasileiros diante da instalação de casas penais, elencando as externalidades que podem ser valoradas na busca pela concretização do princípio da eficiência econômico-social. A terceira parte considerará a hipótese de que com adaptações legislativas é possível minimizar os impactos negativos e incentivar os Municípios a receberem unidades penais em suas regiões.

## **1. ELEMENTOS SOBRE A SITUAÇÃO GERAL DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL**

A situação do sistema prisional brasileiro já foi criticada pelos mais diversos setores da sociedade diante de seus diferentes déficits no cumprimento dos fins das penas e na adequação às normas básicas de Direitos Humanos. As violações são tantas que o encarceramento no Brasil faz com que as pessoas privadas de liberdade passem a integrar grupos vulneráveis para diversos outros problemas.

Esses, em contexto geral, resumem-se na falta de condições materiais e humanas para o implemento de exigências da Lei de Execução Penal (7.210/84). Dentre as principais consequências, precariza-se a prevenção específica, com consequente aumento da taxa de reincidência, diante da falta de condições para a viabilidade de um futuro profissional (também pessoal) extramuros. Tal quadro colabora até mesmo para uma maior capacidade organizacional de grupo criminosos que se estabelecem no interior do sistema penitenciário e que agem cotidianamente na cooptação de novos membros, articulando variadas formas de ações delituosas.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Em contexto específico, situações como a da atual pandemia de Covid-19 demonstram ainda mais as dificuldades diárias das administrações prisionais no país. Tão grande é a preocupação que a Organização das Nações Unidas já concluiu que "Problemas estruturais preexistentes, tais como superlotação crônica e condições anti-higiênicas, aliados à falta de acesso adequado à saúde, possibilitaram a rápida disseminação da COVID-19"<sup>16</sup>.

À luz desse cenário, em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)<sup>17</sup> do sistema penitenciário brasileiro. Com as palavras do Tribunal é possível dimensionar a gravidade do tema: "um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura"<sup>18</sup>. E mais, indicou a Corte que "apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional"<sup>19</sup>.

Assim sendo, dessa premente necessidade de pensar ações e efetuar reformas é que este estudo se origina. E no centro da preocupação está a superlotação das casas penais brasileiras, ponto decisivo para tantas violações e que, se contornado, pode capitanear uma série de mudanças indispensáveis. Isso em razão de que se mostra incongruente imaginar um sistema de execução penal capaz de fruir direitos e deveres básicos das pessoas presas em ambientes sem capacidade física mínima para abrigar o número de condenados existente.

---

<sup>16</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. ONU faz alerta sobre presídios no Brasil e apoia desencarceramento por causa da pandemia; presidente da CDHM endossou iniciativa em março. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/onu-faz-alerta-sobre-presidios-no-brasil-e-apoia-desencarceramento-por-causa-da-pandemia-presidente-da-cdhm-endossou-iniciativa-em-marco> Acesso em: 09/07/2021.

<sup>17</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF.

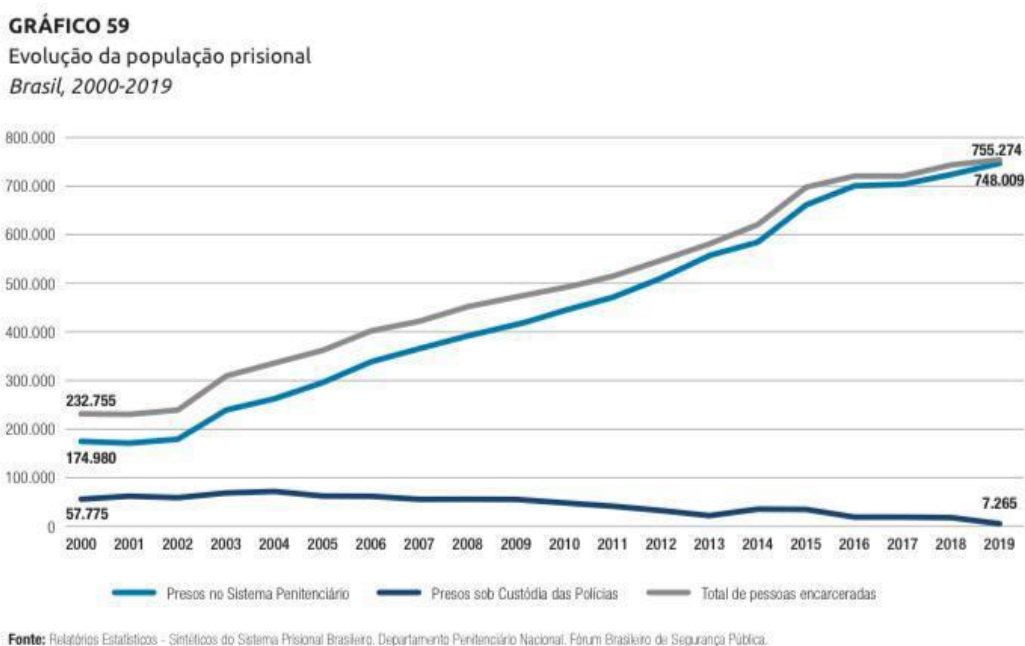
<sup>18</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF.

<sup>19</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

De acordo com o último relatório do Monitor da Violência<sup>20</sup> (2021), a população carcerária no Brasil é de 682.182 pessoas.<sup>21</sup> Embora o estudo revele uma queda desde 2014, o que também se deu em decorrência da criação de novos espaços, o déficit ainda é alto, alcançando algo perto de duzentas e trinta mil vagas. Essa realidade, vale sublinhar, mantém o país entre os que mais encarceram no mundo em números absolutos.<sup>22</sup>

No ano 2000, a população carcerária no Brasil era de 232.755 presos e, no ano de 2019, atingiu 755.274, configurando-se aqui um aumento de 224,5%.<sup>23</sup> Para melhor visualizar a evolução, segue, na íntegra, gráfico publicado pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública:<sup>24</sup>



Essa espiral de crescimento tem pressionado a União e os Estados para a criação de novas vagas. Há clara necessidade da construção de estabelecimentos

<sup>20</sup> Parceria entre o Portal G1, Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

<sup>21</sup> G1. **Monitor da Violência**.

<sup>22</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio (coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública**. p. 86.

<sup>23</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio (coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública**. p. 290-291.

<sup>24</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio (coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública**. p. 292.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

capazes de abrigar presos em diferentes regimes de cumprimento de penas e medidas de segurança (penitenciárias, colônias agrícolas e industriais, albergues e hospitais de custódia). Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, pelo sistema Geopresídios, há 2.853 estabelecimentos penais ativos no país<sup>25</sup>, o que, na esteira dos dados anteriores, não atende a demanda nacional.

Um dos vários dilemas que envolvem a construção de novas unidades penais é a escolha do local. Embora a responsabilidade pela criação de novas vagas seja da União e, principalmente, dos Estados, quem acaba sofrendo os maiores impactos com a implementação dessas estruturas são os Municípios.

Assim, fundamental analisar os argumentos que corriqueiramente são invocados como justificativas para recusas.

## **2. EXTERNALIDADES POSITIVAS E NEGATIVAS PELA INSTALAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PENAIS NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS**

De início, ressalta-se que a lógica argumentativa se dará por meio da análise econômica do Direito, vertente cujo horizonte hermenêutico parte do manejo de recursos para justificar o comportamento de indivíduos e instituições diante da busca por resultados eficientes.<sup>26</sup> A lógica que ocupa o centro das avaliações dessa natureza parte da condição de que as demandas são infinitas, embora os recursos sejam limitados, quando respostas precisam ser avaliadas diante dessa interação estrutural.

Os problemas que constituem a razão dessa vertente de pensamento, portanto, estão em promover a otimização dos meios de modo que possam cumprir seu papel perante objetivos preestabelecidos. Trata-se de pensar soluções capazes de, com os meios disponíveis, chegar mais perto daquilo desejado. E é essa a dialética que pode ser muitas vezes útil ao Direito na medida em que propõe o

---

<sup>25</sup> CNJ. **Sítio eletrônico do Geopresídios**. 2021. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php), acessado em 27.3.2021.

<sup>26</sup> ALVAREZ, Alejandro. **Análise Econômica do Direito**: contribuições e desmistificações. Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo\\_n29.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf) Acesso em: 4 junho. 2021.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

estabelecimento de padrões capazes de racionalizar a escolha das determinações legislativas, por exemplo.

Portanto, essencial esclarecer o conceito de externalidade no âmbito das análises econômicas do direito. Serão aqui consideradas como os efeitos gerados a terceiros não envolvidos diretamente no processo de tomada de decisões.<sup>27</sup> Exemplificando, pode-se imaginar uma relação entre A e B, em que ambos tomam decisões conscientes sobre o que desejam acordar: as externalidades compreendem-se nas consequências positivas e/ou negativas que a relação entre A e B vão gerar para C, quem não teve gerência alguma sobre as condições do convencionado.

A externalidade é considerada negativa quando decisões de produção e de consumo afetam a disponibilidade dos serviços e/ou reduzem o bem-estar ou a satisfação de outros interesses envolvidos.<sup>28</sup> Importante advertir que sem parâmetros que possam indicar o desequilíbrio nessas relações a quantidade de externalidade produzida por um agente não alcançará um ponto eficiente<sup>29</sup>, capaz de oferecer condições de contorno. Pontos de equilíbrio devem ser entendidos como a definição de processos de tomada de decisões a partir do conhecimento das reais condições capazes de exercer influência para os acordantes e para terceiros indiretamente envolvidos.

É a partir do ponto de equilíbrio que se podem reconhecer vantagens desproporcionais (e até ilícitas) ou desvantagens capazes de influenciar a esfera econômica e/ou de direitos daqueles abrangidos. O custo social que as externalidades podem produzir sequer poderá ser levado em conta pelos agentes

---

<sup>27</sup> Explica-se que os custos sociais correspondem a todos os custos diretos e indiretos que uma atividade gera. Envolvendo os que não são suportados pelos agentes diretos da relação, inclusive: "Quando não há consciência e/ou aceitação das parcelas de custo, apresenta-se o fenômeno de geração de custos externos, também chamado de externalidade". Ver mais em: MARTINS, Paulo Matos. **Externalidades e custos externos**: alguns conceitos quanto à sua avaliação e internalização no sector dos transportes. DEC/ISEL. 2004.

<sup>28</sup> WEYDMANN, Celso Leonardo. Externalidades e mudanças da regulamentação ambiental para a suinocultura norte-americana: é possível no caso brasileiro? **Revista de Economia e Sociologia Rural** [online]. 2005, v. 43, n. 2. Acesso: 9/07/2021. pp. 287-305.

<sup>29</sup> Aqui cabe o conceito de "ótimo de Pareto" pelo qual os recursos encontram a melhor alocação possível em uma relação gerando um equilíbrio.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

nas decisões quando desconhecido o ponto de equilíbrio. O desequilíbrio, por sua vez, deve ser entendido como falha de mercado.

Daí a importância de análises econômicas que possam contribuir com soluções jurídicas, quando são criadas melhores condições para se identificar e ressarcir direitos afetados pelas externalidades. Assim é que se pode agir juridicamente na prevenção de danos e na delimitação de eventuais responsabilidades. Havendo falha de mercado, "o Estado pode intervir na tentativa de correção da externalidade, sendo comum a incidência de imposto e ou a fixação de limites".<sup>30</sup>

Aqui, pretende-se identificar os impactos sentidos pelos Municípios que recebem estruturas do sistema prisional como exemplo de externalidades. Propõe-se compreender em que medida podem ser consideradas em um contexto global para que seja possível, diante de compensações, insistir na construção de novas casas penais sob a justificativa de efetivar o princípio da eficiência econômico-social.

Análises econômicas do Direito têm sido cada vez mais comuns, pois muitos economistas e juristas debruçam-se sobre a relação econômico-jurídica e sua capacidade de criar e lidar com as externalidades. Importante citar aquele que é tido como o idealizador de muitos dos paradigmas hoje seguidos: Ronald Coase foi quem desenvolveu grande parte das bases teóricas que relacionaram a otimização de recursos com o tratamento das externalidades.

Apesar da revolução que proporcionou, o Teorema de Coase<sup>31</sup> não reúne condições para ser aplicado aqui diante das limitações estabelecidas pelo próprio autor, uma vez que mira relações entre particulares. A questão dos sistemas penitenciários, entretanto, manifesta-se diretamente no âmbito dos temas de Estado.

Ciente disso, repisa-se que não há quantidade necessária de estudos públicos feitos por órgãos governamentais a respeito dos impactos causados aos

---

<sup>30</sup> WEYDMANN, Celso Leonardo. **Externalidades e mudanças da regulamentação ambiental para a suinocultura norte-americana**: é possível no caso brasileiro? pp. 287-305.

<sup>31</sup> COASE, Ronald. **O problema do custo social**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Volume 3, Issue 1. Article 9. University of Chicago. 2008.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Municípios com a implantação de estabelecimentos penais. O empenho em identificar essas consequências tem se concentrado precipuamente no ambiente acadêmico. Nesse contexto, o estudo de Raul Victor do Nascimento evidencia:

[...] os impactos das unidades prisionais não são limitados aos apenados reclusos em sua carceragem – elas abarcam, direta e indiretamente, um grande número de pessoas, na qualidade dos familiares e visitantes dos apenados que constantemente se dirigem aos estabelecimentos penais, na qualidade de agentes penitenciários e funcionários das unidades prisionais, na qualidade de comerciantes e fornecedores que oferecem seus produtos e serviços para aqueles que mantêm relações diretas e indiretas com os presídios, e na qualidade daqueles que vivem nos entornos dos presídios.

[...]

[...] Uma prisão, em teoria, acumula e desempenha as atividades naturais ao funcionamento de escola, oficina, indústria ou local de trabalho, centro de saúde e templo religioso, sem esquecer as próprias funções inerentes à manutenção da vida de centenas de seres humanos.<sup>32</sup>

Destarte, são os Municípios que enfrentam essas externalidades, haja vista que se revestem de impactos locais. Contudo, é importante lembrar que uma mesma variável pode ter impacto positivo em um Município e negativo em outro. Tudo a depender de aspectos culturais do local, e principalmente do planejamento para a construção da unidade e dos recursos empregados.

Passa-se agora a evidenciar uma relação não exaustiva de eventuais externalidades. Como possível externalidade positiva, a melhoria da economia local é realidade que deve ser considerada. A instalação de unidades penais pode estimular a economia do Município uma vez que os estabelecimentos prisionais movimentam boa parte da estrutura a sua volta, com a criação de empregos diretos e indiretos.

Serviços que envolvem os próprios detentos (alimentação, produtos de higiene, contratação de advogados etc.), além daqueles necessários para o atendimento

---

<sup>32</sup> NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. **Estudo de Impacto de Vizinhança e a Construção de Novos Estabelecimentos Penais**: delineando uma relação. p. 162.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

dos familiares visitantes e funcionários (hotéis, meios de transporte, restaurantes, farmácias, etc.) movimentam a economia local. Em meio à estagnação econômica vivida por muitos Municípios brasileiros<sup>33</sup>, a criação de unidades penais pode representar um estímulo. O exemplo trazido por Flávia Cescon e Rosana Baeninger, no município de Pacaembu, após a instalação de uma unidade prisional na localidade, ilustra essa perspectiva:

O número de taxistas praticamente triplicou. É vasto também o número de pessoas que prestam serviços de transporte informal aos visitantes para obter uma renda extra; O hotel mais antigo da cidade encontra-se superlotado aos finais de semana, em decorrência, aproveitando-se desta demanda, alguns moradores do município oferecem serviços de hospedagem com alimentação ou abriram pensões na informalidade; Um dos dois supermercados do município permanece de portas abertas aos Sábados até às 18 horas e aos domingos até as 12 horas (o horário normal do comércio municipal é de Sábado até as 12 horas e aos Domingos os estabelecimentos não abrem); O valor do aluguel das casas está em alta, subindo consideravelmente nos últimos anos, porém em decorrência da grande procura (familiares dos detentos e de funcionários dos presídios) não se encontra mais casas de aluguel no município; [...]<sup>34</sup>

No âmbito financeiro do Município, pode-se elencar como externalidade positiva o aumento de arrecadação: em algumas situações, o aumento populacional causado pela instalação da unidade penal (não só por causa do número de apenados, mas também por conta do número dos funcionários e dos familiares que se mudam para ficarem mais perto de seus entes) altera o coeficiente de arrecadação do Fundo de Participação do Município (FPM). Ou seja, a depender do tamanho do aumento populacional, o Município pode ser beneficiado com o acréscimo da arrecadação, por meio do FPM.

Exemplo disso encontra-se no município do Tupi Paulista, no Estado de São Paulo, que contava com população de 13.000 habitantes antes da instalação de uma unidade prisional em seu território, o que possibilitava arrecadação no

---

<sup>33</sup> MARIANO, Jeferson; BARCELLOS, Livia. As estratégias de gestão dos municípios brasileiros em cenário de crise econômica. **Élisée, Rev. Geo. UEG** – Porangatu, v.5, n.2, p.45-58, jul./dez. 2016.

<sup>34</sup> CESCÓN, Flávia R. P.; BAENINGER, Rosana. **Cidades Carcerárias**: Migração e Presídios em Regiões de São Paulo. p. 9.



GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

coeficiente do FPM de 0,8% (cerca de 400 mil reais). Com a construção do presídio, a população cresceu e permitiu que o município passasse a receber dentro do coeficiente de 1%, aumentando a arrecadação para cerca 500 mil reais.<sup>35</sup>

De outro norte, externalidades negativas também podem ser diagnosticadas e pensadas para que sejam contornadas. Elas se dão principalmente no contexto da sensação de insegurança gerada. Esse é um dos principais pontos de resistência por parte das administrações e populações locais. Vários são os fatores considerados aqui. O preconceito e o estigma social em relação aos apenados é muito grande no Brasil. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 57% da população brasileira concorda com a frase "bandido bom é bandido morto"<sup>36</sup>. Além disso, a população local passa a conviver com as famílias e com os visitantes dos presos, o que, também por preconceitos, causa medo nos habitantes locais.

Assim, o simples fato de haver uma casa penal no Município já se mostra capaz de abalar a sensação de segurança em muitas comunidades. A desinformação também contribui para esse cenário. Mesmo que o número de fugas e de rebeliões seja pequeno o receio por esses eventos gera não receptibilidade das instituições. Dados do relatório Sistema Prisional em Números mostra que, tendo em conta o ano-base 2019, o número de fugas nos estabelecimentos penais brasileiros foi de 6.327, o que, levando em consideração a população carcerária de 720.200 de pessoas presas a época, aponta índice de 0,88%.<sup>37</sup>

Entretanto, há que se considerar ainda situações em que os índices de criminalidade de fato aumentam em municípios que passam a contar com penitenciárias, quando se vê superada a noção meramente abstrata de sensação de insegurança. Essa realidade pode ser explicada, em contexto geral, levando-

---

<sup>35</sup> CESCON, Flávia R. P.; BAENINGER, Rosana. **Cidades Carcerárias: Migração e Presídios em Regiões de São Paulo**. p. 11.

<sup>36</sup> AGÊNCIA SENADO. **Desconfiança e preconceito da sociedade dificultam ressocialização de presos**. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/desconfianca-e-preconceito-da-sociedade-dificultam-ressocializacao-de-presos> Acesso em: 09/07/2021.

<sup>37</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema Prisional em Números**. 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 12/07/2021.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

se em conta que o aumento do fluxo de pessoas estranhas ao local promove maior interação de vontades e necessidades. Natural que em um cenário mais populoso haja mais condutas penalmente típicas e conflitos variados.<sup>38</sup>

A questão social muitas vezes se agrava, tendo em vista que a maioria dos familiares que se mudam para a cidade em que está localizada a unidade prisional é de baixa renda. Cria-se uma rede de serviços informais que acaba por sobrecarregar os serviços públicos locais, como escolas, hospitais e segurança pública. Em pesquisa de campo, Silvia Aline da Silva concluiu que há:

[...] impactos sociais gerados por um choque de cultura entre os munícipes, familiares visitantes e também das famílias dos sentenciados que residem nos Municípios.

[...] as unidades prisionais são territórios de vivências que apresentam dinâmicas próprias de funcionamento, fechados em seu cotidiano, com regras e relações conflituosas entre os sentenciados e entre os sentenciados e agentes administrativos e sociais da unidade. Esses conflitos são revelados apenas em momentos de motim e rebeliões.

[...] Os entrevistados apontaram aumento das questões sociais, como pobreza, o aumento do tráfico de drogas, a precariedade social com que as famílias se deslocam de seus Municípios de origem e migram para ficarem mais próximas dos sentenciados e facilitar as visitas. Frente a essa realidade é fundamental o investimento em políticas públicas que atendam às necessidades sociais apresentadas por essas famílias, como amparo material, orientações acerca dos serviços mínimos de saúde, educação e moradia. A política de segurança pública é afetada com o aumento do tráfico de drogas, além do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, como Conselho Tutelar Municipal.

[...] aos finais de semana, o patrulhamento da polícia militar é intensificado com soldados advindos de outros Municípios, visto que o número de soldados e carros disponíveis são insuficientes para atender à demanda.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> FERREIRA, Silvia Aline Silva. **Contribuição ao Estudo dos Dilemas e Impactos das Unidades Prisionais do Pontal do Paranapanema**: um Estudo de Caso do Município de Marabá. p. 118.

<sup>39</sup> FERREIRA, Silvia Aline Silva. **Contribuição ao Estudo dos Dilemas e Impactos das Unidades Prisionais do Pontal do Paranapanema**: um Estudo de Caso do Município de Marabá. p. 118.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Além disso, têm-se como externalidade negativa os impactos ambientais e paisagísticos. O funcionamento de um estabelecimento penal, por si só, implica no crescimento da produção de esgoto e de lixo, também alterando o cenário urbano. A arquitetura carcerária dificilmente é posta em sintonia com o seu entorno, criando significativa mudança na paisagem. Nesse sentido, Raul Victor do Nascimento afirma que:

Há, ao lado da PEP [Penitenciária Estadual de Paramirim - Rio Grande do Norte], um pequeno veio de água que provavelmente desagua no Rio Pitimbu, e que estava, graças aos dejetos da prisão, completamente poluído. Do pequeno riacho, povoado por moscas e urubus, emanava um mau cheiro intenso e desagradável.<sup>40</sup>

Quanto ao meio ambiente natural, a falta de sustentabilidade pode limitar o crescimento econômico em geral. Considerada também a possibilidade de exaustão de insumos ambientais - seja pelo uso ou pela degradação da fonte -, haja vista o número de internos e o aumento populacional, poder-se-ia pensar até na elevação de preços e, em consequência, na limitação de uso.

Todavia, nesse particular, vale advertir que é característica do próprio mercado que não sinalize cenários de escassez, fator que acaba motivando o uso desregrado do ambiente, inclusive.<sup>41</sup> Razão pela qual essas externalidades ambientais precisam ser consideradas não só em benefício da sociedade presente, como também das gerações futuras.<sup>42</sup>

Ainda, é preciso destacar entre as externalidades negativas a desvalorização imobiliária. Isso porque a instalação de unidades prisionais tende a diminuir a demanda por imóveis em seu entorno. Isso demonstra a necessidade de análise sistêmica dos impactos, haja vista que, em grande medida, a desvalorização se dá por problema já nominado anteriormente: constante sensação de insegurança e o estigma social.

---

<sup>40</sup> NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. **Estudo de Impacto de Vizinhança e a Construção de Novos Estabelecimentos Penais**: delineando uma relação. p. 187.

<sup>41</sup> WEYDMANN, Celso Leonardo. **Externalidades e mudanças da regulamentação ambiental para a suinocultura norte-americana: é possível no caso brasileiro?**. pp. 287-305.

<sup>42</sup> LEITE, José Rubens Morato (coord.). **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Em recente matéria do jornal Estado de S. Paulo intitulada “Saiba quais são os fatores que podem depreciar o valor do imóvel”, a proximidade de presídios foi apontada entre os oito maiores fatores de desvalorização de um imóvel no Brasil:

Não é segredo que o investimento em imóveis é considerado um bom negócio. No entanto, é preciso se atentar a alguns detalhes no processo de aquisição para evitar prejuízos no momento de revender ou colocar para alugar. Para ajudar a identificar as características que podem rebaixar o valor de mercado, consultamos o CEO da Casafy, portal de negócios imobiliários, Renato Orfaly.

[...]

#### 8 – Presídios

O que deveria ser sinônimo de segurança, não é visto dessa forma pelo mercado imobiliário. A possibilidade de conviver ao lado de um presídio afugenta as pessoas, não só pela confusão causada pela movimentação habitual de criminosos e policiais fortemente armados, mas também por eventualidades, como rebeliões ou fugas.<sup>43</sup>

Diante de tudo que foi levantado até aqui, vê-se que a construção de estabelecimentos penais tende a causar mais externalidades negativas do que positivas aos Municípios. É possível, no entanto, alterar a legislação federal vigente como forma de minimizar esses impactos, compensando consequências.

Nesse sentido, vale lembrar de Eggertsson, que tratando de externalidades negativas, afirmou: “a regulamentação, ao depender fundamentalmente do Estado, é a melhor forma para delinear os direitos”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> ESTADO DE S. PAULO. **Saiba quais são os fatores que podem depreciar o valor do imóvel**, Matéria publicada no dia 16.8.2019. Disponível em: <https://imoveis.estadao.com.br/compra/saiba-quais-sao-os-fatores-que-podem-depreciar-o-valor-do-imovel/>, acessado em 27.3.2021.

<sup>44</sup> EGGERTSOON, T. **Economic behavior and institutions** New York: Cambridge University Press. 1994. p. 120.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

### **3. SUGESTÕES LEGISLATIVAS PARA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-FINANCEIRA**

O princípio da eficiência foi integrado à Constituição Federal brasileira com a Emenda Constitucional número 19, de 1998. A eficiência foi, então, incluída aos princípios da Administração Pública no art. 37. Contudo, não se pode afirmar que representou expressiva novidade, considerando-se que a eficiência da gestão orçamentária já era ponto tratado pela Carta Magna em sua versão original.<sup>45</sup>

Relacionando a perspectiva que interessa a este estudo, Gabardo preleciona que o princípio da eficiência pode ser tomado sob três aspectos: a) eficiência econômica *stricto sensu* (relação entre custos e valor dos resultados); b) eficiência econômica consignativa (distribuição ótima dos recursos disponíveis); c) eficiência econômica produtiva (maior rendimento na utilização dos recursos ou minimização dos custos).<sup>46</sup> Para a análise econômica do Direito a preocupação acerca do princípio atingirá à “comparação entre o que foi produzido e o que poderia ter sido produzido com a utilização dos mesmos recursos”<sup>47</sup>.

Porém, o Direito não pode ser tomado de forma a satisfazer expectativas quantitativas estritamente. Especialmente por ter como base o princípio constitucional ao bem-estar social, a regra tem fundamentos e valores que precisam ser contemplados.

Como explicam Gonçalves e Stelzer, a Ciência Econômica tem o condão de conferir ao Direito eficácia na tomada de decisão normativo-jurídica ao indicar pelo cálculo econométrico variáveis próprias de inclusão social. Os autores identificam a Teoria do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) como a possibilidade de interação econômico-jurídica inovadora e socialmente inclusora. Trata-se de orientação “para a realização dos Direitos individuais e sociais de

---

<sup>45</sup> FERREIRA, Carlo Lélío Lauria; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O custo do encarceramento no Brasil sob a ótica da análise econômica do Direito. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. Vol. 11, nº 1. 2018.

<sup>46</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo. Dialética, 2002, p. 30.

<sup>47</sup> FERREIRA, Carlo Lélío Lauria; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O custo do encarceramento no Brasil sob a ótica da análise econômica do Direito**. p. 209.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

forma eficaz e eficiente; permitindo racionalidade e humanização para a norma positivada (...)"<sup>48</sup>

O PEES, por conseguinte, coaduna a necessária análise da importância de estabelecimentos penais levando em conta a concretização dos fins da pena e a promoção da justiça não só para aqueles albergados pelo sistema penal, mas também para as localidades que receberão a instalação dessas instituições. O princípio emana, principalmente, das teorias de três autores: Vilfredo Pareto (1984), Nicholas Kaldor (1939) e de John Hicks (1939).<sup>49</sup>

Nesse sentido, o referencial intitulado "ótimo de Pareto" seria o resultado dos ajustes que implicam melhoria cuja situação não pode mais evoluir em benefícios, ou seja, quando se atinge o estado considerado ótimo. Sob aspecto social, significa "melhorar as condições de um agente ou a utilidade que este obtém em sociedade, sem prejudicar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico ou sujeito de direito"<sup>50</sup>. Importante advertir que a teoria de Pareto coloca um ideal atingível, porém insuperável como meta.

O critério Kaldor Hicks, todavia, admite níveis acima de Pareto, desde que instrumentalizados arranjos colaborativos.<sup>51</sup> Em síntese, mesmo que a princípio algumas externalidades negativas precisem ser admitidas, ao final poderiam ser compensadas gerando maior eficiência na distribuição de recursos.

Assim é que se pode ir adiante mesmo na presença de algumas externalidades negativas. E aqui a importância do Direito ao oferecer condições para que se possa definir possibilidades dessa atuação, quando devem ser levados a efeito os limites e critérios de responsabilização jurídica. Justifica-se, então, a intersecção do Direito com critérios de ordem econômica, admitindo-se que o Princípio da

---

<sup>48</sup> GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. **Revista Jurídica do Unicuritiba**, v. 3, n. 32, 2013. Pp. 128-162.

<sup>49</sup> GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **O viés econômico do direito justo e eficiente**: O princípio da eficiência econômico-social. p. 148.

<sup>50</sup> GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **O viés econômico do direito justo e eficiente**: O princípio da eficiência econômico-social. p. 148.

<sup>51</sup> GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **O viés econômico do direito justo e eficiente**: O princípio da eficiência econômico-social. p. 148.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Eficiência Econômico Social (PEES) se converte na busca por eficiência sem que se perca de vista a proteção da dignidade da pessoa humana como fim.

Nesse arranjo, ter como mote o PEES é considerar que “se a análise econômica de custos e benefícios não considera critérios distributivos e, preconizando maiores lucros para um grupo, submete outro a carências”<sup>52</sup>. Gonçalves e Stelzer dão luz ao ponto, considerando que na busca da eliminação do desequilíbrio social, a regulamentação deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades eficientes. Nessa perspectiva:

(...) denomina-se colapso regulatório quando a regulamentação é ineficiente para resolver os problemas para a qual se destina, ou ainda quando gera problemas não intencionais na eficiência dos agentes. Visando evitar o colapso, o regulador deve ter independência, qualificação técnica e recursos materiais.<sup>53</sup>

A lógica importada da Economia, mas regrada pelo Direito, será a de maximizar os resultados eliminando as externalidades por sua absorção no processo. Tem-se aqui o ponto de encontro ao tema proposto neste estudo, eis que a mitigação das externalidades negativas causadas aos Municípios pela instalação de estabelecimentos penais é possível de diversas formas, possibilitando a concretização do PEES.

Nesta etapa, dar-se-á atenção a dois documentos que podem ser considerados essenciais e prioritários para que se efetivem as mudanças necessárias na consecução do PEES diante das discussões acerca da instalação de novas unidade penais: a) a alteração da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)<sup>54</sup> para tornar obrigatória a realização de Estudos de Impacto de Vizinhança antes de qualquer medida que pretenda a ocupação territorial; e b) a alteração da lei que dispõe sobre o Fundo de Participação do Municípios (Lei

---

<sup>52</sup> GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. p. 141.

<sup>53</sup> SANTANA, E. A. (1995). Teoria do agente-principal, regulação e performance da indústria de energia elétrica no Brasil. **Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia**, vol. 1. Rio de Janeiro: Associação Nacional dos Cursos de Pós-Graduação em Economia (ANPEC), p. 403-421.

<sup>54</sup> BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm), acessado em 27.3.2021.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997), para aumentar o coeficiente de arrecadação do Município que tenha uma unidade penal em seus domínios.

Iniciando pelo Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), explica-se que se constitui em um instrumento urbanístico previsto nos arts. 36, 37 e 38 do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001)<sup>55</sup>:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

I – adensamento populacional;

II - equipamentos urbanos e comunitários;

III – uso e ocupação do solo;

IV – valorização imobiliária;

V – geração de tráfego e demanda por transporte público;

VI – ventilação e iluminação;

VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm), acessado em 27.3.2021.



GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

O EIV tem natureza técnica e preza pelo interesse coletivo por meio da efetivação dos princípios da função social da propriedade e da função social da cidade, com melhor aproveitamento de áreas urbanas.<sup>56</sup> Ou seja, serve justamente para detalhar os impactos positivos e negativos que uma atividade gera ao seu entorno. Uma vez conhecidos esses impactos, é possível traçar diretrizes que atenuem os efeitos negativos, proporcionando melhores condições de habitabilidade, conforto e segurança aos munícipes.

Ocorre que, de acordo com a redação do art. 36, são os próprios Municípios que definem, por lei local, quais serão os empreendimentos e atividades que dependerão de elaboração previa de EIV. No entanto, embora tenha competência para tanto, é raro o município que estabeleça por lei local a obrigatoriedade de elaboração de EIV antes da instalação de unidades penais.

Uma solução, portanto, seria estabelecer, por lei federal, a obrigatoriedade desse estudo prévio em caso de instalação de novas unidades penais. O instrumento correto para isso seria uma alteração da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), preferencialmente nas "Disposições Gerais" do "Título IV – Dos Estabelecimentos Penais". Uma sugestão seria a inclusão de um artigo determinando que:

A instalação de estabelecimentos penais em Municípios está condicionada à elaboração de Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), que deverá analisar, além dos requisitos previstos no art. 37 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, questões socioeconômicas e de segurança, sem prejuízo dos estudos ambientais cabíveis.

O levantamento prévio das externalidades da instalação de uma unidade penal em um município, conforme aqui sugerido, é peça fundamental para que os Estados e, até mesmo a União, possam atuar nas políticas públicas necessárias para mitigar impactos negativos.

Quanto à alteração da lei que dispõe sobre o Fundo de Participação do Municípios, a intenção é a de atribuir mais recursos para as administrações locais

---

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

a fim de que tenham maior capacidade de investimentos em políticas públicas.

Tal possibilidade contemplaria exemplarmente o primado do PEES eis que:

maximizadora de resultados esperados quando da adjudicação de direitos entre os agentes, ou quando determinante de obrigações - não devendo olvidar a consideração, no cálculo econométrico, das variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas quando se sacrificando determinados bens e serviços de outrem, ainda, considerado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos e possibilitada a eliminação das externalidades para a sociedade presente e futura.<sup>57</sup>

O instrumento correto para isso, sugere-se, seria a inclusão de um novo parágrafo ao art. 1º da Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a fixação dos coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios. A alteração poderia conter a seguinte redação:

O município que for sede de estabelecimento penal deve ser enquadrado no coeficiente imediatamente superior ao que teria direito, independentemente do número de habitantes.

Percebe-se, portanto, que pautado no princípio da eficiência econômico-social o Direito consegue, por meio de uma análise econômica, corresponder às exigências para que possa participar ativamente na prevenção de danos e na delimitação de responsabilidades frente às externalidades identificadas como negativas. A importância dessa constatação se dá na garantia de que o Direito, absorvendo contextos teóricos inicialmente estranhos às suas dogmáticas, esteja adaptado às demandas contemporâneas, mostrando-se instrumento útil e indispensável na regulação normativa e nos debates teóricos de interesses sociais.

---

<sup>57</sup> GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **O viés econômico do direito justo e eficiente**: O princípio da eficiência econômico-social. p. 141.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil é um dos países que mais encarceram no mundo em números absolutos, o que, diante da falta de estrutura física, colabora para uma superlotação que convive com déficit de mais 200 mil vagas. Além de outras políticas públicas, a instalação de novos estabelecimentos penais é uma medida que necessita ser considerada. Ocorre que embora essa responsabilidade seja da União e dos Estados, são os Municípios que sofrem os maiores impactos. Esses, lidos a partir de análise econômica do Direito, foram identificados aqui enquanto externalidades.

As externalidades podem ser positivas, com o estímulo da economia local e o aumento da arrecadação de recursos por meio do FPM, mas também negativas, operando aumento da insegurança, da degradação social, da desvalorização imobiliária e dos prejuízos ambientais e paisagísticos. Essas consequências podem variar decisivamente a depender das características de cada município. Ainda assim, em geral, como visto no decorrer do estudo, as externalidades negativas tendem a ser maiores que as positivas, o que geram resistências por parte das administrações locais e seus munícipes.

Com a intenção de propor argumentos capazes de contornar as externalidades negativas, sobretudo em razão da premente necessidade de novas vagas para o sistema penitenciário, invocou-se o princípio da eficiência econômico-social. Assim é que o estudo se destinou a investigar se a análise econômica do Direito teria condições de colaborar com o impasse estabelecido em torno da insatisfação por parte de administrações municipais em receber essas unidades.

Sob o enfoque econômico-social, admitido enquanto a orquestração dos recursos disponíveis para o atingimento dos melhores resultados possíveis, compreendidos à luz do fundamento ético-político do Estado (fruição das diversas políticas para a dignidade humana), concluiu-se ser indispensável, a partir dos estudos de Kaldor Hicks, que haja políticas públicas de incentivo e mitigação de externalidades negativas identificadas.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Para tanto, entendeu-se possível mitigar efeitos por meio de pontuais alterações legislativas. Considerando as competências federais, propôs-se: (i) a alteração da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) para tornar obrigatória a realização de Estudos de Impacto de Vizinhança antes da instalação de unidades penais; (ii) a alteração da lei que dispõe sobre o Fundo de Participação do Municípios (Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997) para aumentar o coeficiente de arrecadação do Município que tenha uma unidade penal em seu território.

Diante disso, vislumbrou-se que institutos desenvolvidos por meio da análise econômica do Direito apresentam condição de colaborar com o tema, haja vista se relacionarem justamente com ponto decisivo para a questão, qual seja, a escassez de recursos diante de objetivos indispensáveis.

Vale lembrar, por fim, que as medidas propostas devem ser lidas sob aspectos gerais, em contexto exemplificativo, sempre dependentes das particularidades de realidades locais. Ainda assim, insiste-se que diante da importância do tema, mostra-se fundamental que os ambientes acadêmico e político considerem, dentro de seus focos de atuação, argumentos capazes de racionalizar soluções.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGÊNCIA SENADO. **Desconfiança e preconceito da sociedade dificultam ressocialização de presos.** 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/desconfianca-e-preconceito-da-sociedade-dificultam-ressocializacao-de-presos> Acesso em: 09/07/2021.

ALVAREZ, Alejandro. **Análise Econômica do Direito:** contribuições e desmistificações. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo\\_n29.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf)> Acesso em: 4 junho. 2021.

ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1997.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio (coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública.** 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp->

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

[content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf](#) Acesso em 08.07.2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm), acessado em 27.3.2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm), acessado em 27.3.2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **ONU faz alerta sobre presídios no Brasil e apoia desencarceramento por causa da pandemia**; presidente da CDHM endossou iniciativa em março. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/onu-faz-alerta-sobre-presidios-no-brasil-e-apoia-desencarceramento-por-causa-da-pandemia-presidente-da-cdhm-endossou-iniciativa-em-marco> Acesso em: 09/07/2021.

CESCON, Flávia R. P.; BAENINGER, Rosana. **Cidades Carcerárias: Migração e Presídios em Regiões de São Paulo** Trabalho apresentado no XVII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, realizado em Caxambu - MG - Brasil, de 20 a 24 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/2328/2282>, acesso em 27.3.2021.

CNJ. **Sítio eletrônico do Geopresídios**. 2021. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php), acessado em 27.3.2021.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Volume 3, Issue 1. Article 9. University of Chicago. 2008.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema Prisional em Números**. 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 12/07/2021.

EGGERTSOON, T. **Economic behavior and institutions** New York: Cambridge University Press. 1994.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

ESTADO DE S. PAULO. **Saiba quais são os fatores que podem depreciar o valor do imóvel**, Matéria publicada no dia 16.8.2019. Disponível em: <https://imoveis.estadao.com.br/compra/saiba-quais-sao-os-fatores-que-podem-depreciar-o-valor-do-imovel/>, acessado em 27.3.2021.

FERREIRA, Silvia Aline Silva. **Contribuição ao Estudo dos Dilemas e Impactos das Unidades Prisionais do Pontal do Paranapanema**: um Estudo de Caso do Município de Marabá. Tese de Mestrado defendida em 7.12.2017, na Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. Disponível em: <http://bdt.unoeste.br:8080/jspui/handle/jspui/1075>, acesso em 27.3.2021.

FERREIRA, Carlo Lélío Lauria; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O custo do encarceramento no Brasil sob a ótica da análise econômica do Direito. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. Vol. 11, nº 1. 2018.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo. Dialética, 2002

G1. **Monitor da Violência**. 2021. Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisonal/> Acesso em: 09/07/2021.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. **Revista Jurídica do Unicuritiba**, v. 3, n. 32, 2013.

LEITE, José Rubens Morato (coord.). **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito**: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. Revista Direito GV, v. 15, n. 2, 2019, e1916. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>.

MARIANO, Jeferson; BARCELLOS, Lívia. As estratégias de gestão dos municípios brasileiros em cenário de crise econômica. **Élisée, Rev. Geo. UEG** – Porangatu, v.5, n.2, p.45-58, jul./dez. 2016.

MARTINS, Paulo Matos. **Externalidades e custos externos**: alguns conceitos quanto à sua avaliação e internalização no sector dos transportes. DEC/ISEL. 2004.

MENDES, Tânia R.. **Impactos sociais e ambientais sofridos nos municípios com presídios**, bem como alternativas de contrapartida do Estado para esses Municípios. Biblioteca Digital da Assembleia Legislativa de São Paulo. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/377\\_arquivo.pdf](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/377_arquivo.pdf), acessado em 27.3.2021.

GRANZOTTO, Eduardo; PERTILLE, Marcelo Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Externalidades na instalação de estabelecimentos prisionais nos municípios brasileiros: propostas legislativas para o atendimento do princípio da eficiência econômico-social. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. Estudo de Impacto de Vizinhança e a Construção de Novos Estabelecimentos Penais: delineando uma relação. **Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate**, v.4, n.1, Maio 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/9477/6843>, acesso em 27.3.2021.

SANTANA, E. A. Teoria do agente-principal, regulação e performance da indústria de energia elétrica no Brasil. **Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia**, vol. 1. Rio de Janeiro: Associação Nacional dos Cursos de Pós-Graduação em Economia (ANPEC). 1995.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVESTRE, Giane. O rastro da Indústria Penal: A Interiorização Penitenciária e novo paradigma dos Municípios paulistas. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência e Segurança - Levis**, n.1 (2008). Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/767>, acesso em 27.3.2021.

WEYDMANN, Celso Leonardo. Externalidades e mudanças da regulamentação ambiental para a suinocultura norte-americana: é possível no caso brasileiro? **Revista de Economia e Sociologia Rural** [online]. 2005, v. 43, n. 2. Acesso: 9/07/2021.

RECEBIDO EM: JUL/2021

APROVADO EM: AGO/2021

## **LACUNAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DO TRABALHADOR**

*CONSTITUTIONAL GAPS AND PUBLIC WORKER HEALTH POLICIES*

**Fernanda Beatriz Monteiro Paes Gouvêa Barutti de Oliveira<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa com inúmeras consequências práticas, sobretudo quanto à sua efetividade, considerada como o desempenho concreto de sua função social. Os limites encontrados pelo SUS, no entanto, evidenciam a contradição com a qual se depara diariamente: a própria Constituição Federal tem como finalidade garantir direitos coletivos na área da saúde que, na prática, não são assegurados plenamente. A partir dessa contradição, diversos grupos da sociedade têm buscado a materialização desses direitos, articulando novas estratégias, como meio de superar a lacuna existente entre a previsão constitucional e a prática das políticas públicas de saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde, Políticas públicas, Sistema Único de Saúde, Judicialização.

### **ABSTRACT**

The constitutionalization of the right to health has led to a formal and material increase in its normative force with numerous practical consequences, especially regarding its effectiveness, considered as the concrete performance of its social function. The limits found by SUS, however, show the contradiction that it faces daily: Federal Constitution itself aims to guarantee collective rights in the health area that, in practice, are not fully guaranteed. Based on this contradiction, several groups in society have sought to materialize these rights, articulating new strategies, as a means of overcoming the gap between the constitutional provision and the practice of public health policies.

**KEYWORDS:** Right to health, Public policy, Brazilian Public Health System, Court protection of rights.

### **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, fortaleceu a visão do Estado como ente garantidor de direitos mínimos e garantias fundamentais, promotor de políticas públicas de

---

<sup>1</sup> Fisioterapeuta e advogada, especialista em pediatria e neonatologia pelo Hospital Albert Einstein e mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. São Paulo/SP – Brasil. E-mail: beemonteiropaes@gmail.com



desenvolvimento e inclusão social, direitos sociais, individuais e coletivos. Especificamente, em seu Capítulo II, do Título VIII<sup>2,3</sup> apresenta um dos maiores avanços no que diz respeito ao tratamento de questões sociais no Brasil. A ideia de direito social, antes associada apenas às relações de trabalho, agora faz parte do próprio conceito de cidadania (fundamento do Estado Democrático de Direito)<sup>4</sup>

Estabelecendo efetiva cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, a Constituição consagra, em rica união, as várias dimensões de direitos fundamentais, desde os liberais direitos civis e políticos, passando pelos direitos sociais, econômicos e culturais, seguindo pelos direitos ancorados na fraternidade e na solidariedade e culminando nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.<sup>5,6</sup>

No entanto, o processo de concretização dos direitos de segunda dimensão depende da razoabilidade da pretensão individual e social, deduzida em face do Poder Público, bem como da existência e disponibilidade financeira do Estado para

---

<sup>2</sup> **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.** Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

**I** - universalidade da cobertura e do atendimento;

**II** - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

**III** - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

**IV** - irredutibilidade do valor dos benefícios;

**V** - equidade na forma de participação no custeio;

**VI** - diversidade da base de financiamento;

**VII** - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Título VIII da Ordem Social. Brasília: DF. 1988. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm) Acesso em: 05 dez 2017.

<sup>3</sup> BRASIL. **Lei nº. 8080, 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: DF. 1990.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm) Acesso em: 05 set. 2006.

<sup>4</sup> MACHADO, F e DAIN, S. Direito e Saúde: Contribuições para o estudo da judicialização. ASENSI, FD e DUTRA, R. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

<sup>5</sup> DE CICCIO, C; GONZAGA AA. Teoria geral do Estado e Ciência política. 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas<sup>7</sup>.

A saúde é estabelecida como um direito universal que deve ser garantido pelo Estado. Assim, o Sistema Único de Saúde (SUS), institucionalizado pela Lei Federal nº 8.080, em 1990 – Lei Orgânica da Saúde – possui, como princípios, a universalidade de acesso aos serviços de saúde e a integralidade da assistência, cabendo a ele a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º).

Ambas, a Constituição Federal e a Lei supracitada definem o objeto do direito à saúde incorporando o conceito da Organização Mundial da Saúde: “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos”.

Tal direito só se define com a aplicação dos princípios, direitos e diretrizes vigentes ao caso concreto. Ou seja, tanto a noção de direito quanto a de saúde, no Estado contemporâneo, implicam a mais ampla compreensão do ambiente no qual será realizado o direito à saúde: é preciso que o legislador, o administrador e o juiz possam se orientar em meio a tantas variáveis sociais, econômicas e culturais que participam da definição do estado de saúde das pessoas <sup>8,9</sup>.

Nesse sentido, Barroso<sup>10</sup>, ao revisitar Marx, relembra que, ainda no século XIX, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o *materialismo histórico* – assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais já dependiam, igualmente, da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica, levando à conclusão de que a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar

---

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas** in: GRINOVER, Ada Pelegrini e WATANABE, Kazuo (coord). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

<sup>9</sup> DALLARI S.G.; NUNES JÚNIOR, VS. Direito sanitário. São Paulo: Editora Verbatim; 2010, citados por BARRETO JÚNIOR, IF; PAVANI, M. O Direito à Saúde na Ordem Constitucional Brasileira **R. Dir. Gar. Fund., Vitória**, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. R. Dir. Adm., Rio De Janeiro, 225: 5-37, Jul./Set. 2001.

e criar, mas prisioneira da *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

Aplicar o direito à saúde no século XXI exige que se verifique, em cada momento da deliberação e da execução da política sanitária, a obediência à Constituição, tanto preservando o valor de saúde nela contido quanto buscando ouvir o povo, para definir as ações que concretamente garantirão a saúde naquela situação específica<sup>11</sup>.

Além disso, as políticas públicas sofreram incontáveis mudanças no final do século XX, fazendo com que a população deixasse de ser mera espectadora de sua execução. Neste contexto, sem a participação da iniciativa privada e da sociedade civil organizada, o Estado não consegue implementá-las<sup>12</sup>.

Supera-se, portanto, a ideia de que o Estado é a fonte única do poder e do Direito, de que o sistema jurídico é completo e autossuficiente e que lacunas eventuais são resolvidas internamente, por meio dos costumes, analogia e princípios gerais. O direito separado da filosofia, que abria espaço para uma dogmática jurídica voltada apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade, dá lugar a novos paradigmas<sup>13</sup>.

Nessa virada histórica, o fim da modernidade traz consigo um cenário no qual a produção social de riqueza passa a ser acompanhada pela produção social de riscos; aos conflitos distributivos da sociedade da escassez, sobrepõem-se conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científica e tecnologicamente produzidos. Tal evolução se deve, em parte, ao nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, mas também se deve às garantias e regras jurídicas trazidas com o Estado Social, o qual reduziu objetivamente e isolou, socialmente, a autêntica carência material. Paralelamente, o processo de

---

<sup>11</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito constitucional à saúde. In: ASENSI, FD e PINHEIRO, Roseni. **Direito Sanitário**. RJ: Elsevier, 2012.

<sup>12</sup> COSTA, MMM; LEAL, MCH; LEAL, RG; REIS, JR. (orgs). **As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Tomo 4.

<sup>13</sup> BARROSO, LR. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**.

modernização originou riscos e potenciais de autoameaça, tornando-se reflexivo, e convertendo a si mesmo em tema e problema. Passa-se, então, de uma sociedade que distribui riquezas para uma que distribui riscos<sup>14</sup>.

Frise-se que os riscos do desenvolvimento industrial são tão antigos quanto ele mesmo: o empobrecimento de grande parte da população, o risco de qualificação e riscos à saúde são, há muito, tema de processos de racionalização e de conflitos sociais a eles relacionados. Com seu aumento e distribuição, surgem as situações sociais de ameaça, que acompanham a desigualdade de posições e classes sociais, alcançando, com o tempo, aqueles que o produziram (os riscos), em efeito bumerangue, implodindo o esquema de classes. A expansão e a mercantilização dos riscos o elevam a novo estágio, vistos, agora, como oportunidades de negócio, entendidos como as “necessidades insaciáveis” que os economistas procuram, um “barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito e autogerador, produzindo as ameaças e o potencial político da chamada “sociedade de risco”<sup>15</sup>

## 1. EXCLUSÃO DOS DOENTES

A Constituição brasileira considera o trabalho como um direito social fundamental (art. 6º) e fundamento da ordem econômica (art. 170), colocando o trabalho como base da ordem social (art. 193), reafirmando os ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>16</sup>, bem como de diversos tratados e declarações de direito internacional, destacando-se a Resolução n.º 34/46<sup>17</sup>, de 1979, da Assembleia Geral da ONU, que enuncia que: a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho.

Ocorre que a obsessão da eficiência eleva a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirra a competição no mercado de trabalho e

---

<sup>14</sup> Beck, Ulrich. *Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora 34, 2010.

<sup>15</sup> Beck, Ulrich. *Sociedade de Risco*.

<sup>16</sup> ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 05 dez 2017.

<sup>17</sup> \_\_\_\_\_. **Resolução n.º 34/46, de 1979, da Assembleia Geral da ONU**. Nova Iorque, 1979. Disponível em: [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/angola1013po\\_ForUpload.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/angola1013po_ForUpload.pdf). Acesso em: 10 abr 2017.

amplia a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido<sup>18</sup>.

Ao mesmo tempo, vemos que populações vulneráveis, como aquelas de pessoas acometidas por doenças, acabam sendo duplamente excluídas, principalmente no contexto que a relaciona com o trabalho: em primeiro lugar, pelo estigma da doença e, em segundo, pela própria falta de capacitação para realização das atividades<sup>19,20,21</sup> fazendo com que se sintam incapazes de serem produtivos, econômica e culturalmente.

## 2. INCLUSÃO SOCIAL

A partir da Lei Federal 9.867<sup>22,23</sup> os debates sobre a inserção social no trabalho ganharam a adesão do governo federal, em especial do Ministério da Saúde, e da Secretaria Nacional de Economia Solidária, órgão do Ministério do Trabalho e Emprego. Até então, a relevância do trabalho no âmbito da saúde denotava norma moral, entretenimento ou componente terapêutico. Aqueles que antes eram vistos somente como doentes em tratamento, passaram a ser vistos como

---

<sup>18</sup> BARROSO, LR. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**.

<sup>19</sup> GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

<sup>20</sup> NASCIMENTO, M. A. **Erving Goffman, as interações no cotidiano escolar, desvendando o estigma dentro da inclusão escolar**. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2009.

<sup>21</sup> MARTINS, R. C. A. **Cooperativas sociais no Brasil: debates e práticas na tecitura de um campo em construção**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009.

<sup>22</sup> BRASIL **Lei nº 9.867, 1996. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme especifica**. Brasília: DF, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9867.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9867.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

<sup>23</sup> BRASIL **Decreto nº 3.048, 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Brasília: DF, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

trabalhadores<sup>24</sup>.

Embora, atualmente, se pense na inclusão social para todos os cidadãos (independentemente de seus estigmas), tal proposta ainda apresenta problemas no que tange à falta de investimentos adequados em infraestrutura, capacitação de profissionais e promoção de informações objetivas sobre a realidade das doenças e incapacidades.

A transição do fordismo/taylorismo para o toyotismo trouxe consigo a reestruturação produtiva, bem como a acumulação flexível, que refletiram diretamente sobre as relações de produção e, conseqüentemente, sobre todas as relações sociais. Como alternativa à exploração da força de trabalho (nos setores formal e informal), ao desemprego e à exclusão social, as organizações sindicais e os Estados são constantemente desafiados a se envolverem com a organização de novas formas de adaptação, e geração de trabalho e renda<sup>25</sup>.

No âmbito previdenciário, a Lei 8.213/91<sup>26</sup> regulamenta a concessão do auxílio-doença, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), aos trabalhadores comprovadamente doentes, na existência de incapacidade passageira (parcial), a partir do 15º dia de afastamento das atividades laborais. Tal benefício, contudo, acarreta vultosos gastos anuais com a Previdência, onerando significativamente os cofres públicos quando estendido em demasia.

Ocorre que, por conta do já debatido estigma, os trabalhadores acabam por postergar, ao máximo, o retorno ao trabalho, pelo medo da dispensa ou mesmo pela insegurança social gerada pela incapacidade.

Por vezes, ao retomar as atividades, o trabalhador, desprovido de estabilidade, é dispensado já nos primeiros dias ou meses, pois o empregador entende que sua permanência, em condições de baixa capacidade produtiva, no ambiente de

---

<sup>24</sup> MARTINS, R. C. A. **Cooperativas sociais no Brasil: debates e práticas na tecitura de um campo em construção.**

<sup>25</sup> NASCIMENTO, M. A. **Erving Goffman, as interações no cotidiano escolar, desvendando o estigma dentro da inclusão escolar.**

<sup>26</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Brasília: DF. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

trabalho, não traz benefícios à atividade econômica. Assim, ocorre o reforço negativo de que a doença é fator impeditivo para a vida laboral e social.

Embora exista a reabilitação intermediada pelo próprio Instituto Nacional do Seguro Social, regulamentada pelos artigos 89 da Lei nº 8213/1991 e 136 do Decreto nº 3.048/1999, e seu foco seja o restabelecimento físico e psíquico do indivíduo, não leva em conta o ambiente de sua realidade laboral. Tal processo visa a prepará-lo para o retorno à atividade anteriormente exercida ou adaptá-lo a outra função. No entanto, não o reinsere, gradativamente, nas atividades laborais para que, ao fim do benefício previdenciário, esteja apto a desempenhar a mesma ou outra função, mormente no mesmo ambiente de trabalho, no qual laborava antes de desenvolver a incapacidade que o levou à reabilitação.

Em que pese tratar-se de serviço prestado por meio do atendimento de profissionais especialistas, nas áreas de psicologia, fisioterapia e medicina, cujo objetivo é proporcionar aos segurados e dependentes incapacitados (parcial ou totalmente) os meios indicados para a reeducação e readaptação profissional e social, somente ao final da reabilitação é que os trabalhadores retornam às atividades.

Concomitantemente, existe a previsão da chamada alta programada, ou seja, ocorre a suspensão do pagamento do benefício previdenciário, sem que seja realizada uma nova perícia, pois, de acordo com a doença apresentada pelo segurado, o INSS já estabelece, de antemão, a data de cessação do benefício, com fulcro no artigo 78, parágrafo 1º, do Decreto 3.048/99.<sup>27,28</sup>

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Decreto nº 3.048, 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.**

O artigo 78, parágrafo 1º, do Decreto 3.048/99, estabelece que o INSS poderá fixar, mediante avaliação pericial ou com base na documentação médica do segurado, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1599554, entendeu que a alta programada constitui ofensa ao artigo 62 da Lei 8.213/91, que determina que o benefício seja mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o exercício de atividade laboral, constatação que, no entendimento do relator, exige avaliação médica.

<sup>28</sup> **PRIMEIRA Turma considera ilegal alta programada para segurados do INSS.** Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Turma-considera-ilegal-alta-programada-para-segurados-do-INSS](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Turma-considera-ilegal-alta-programada-para-segurados-do-INSS). Publicado em 09/10/2017. Acesso em 05/11/2017

Tal previsão poderá contribuir com a dispensa do emprego após o retorno às atividades, pois nem todo benefício previdenciário enseja a estabilidade, não obstante o indivíduo ainda apresente dificuldades para desempenhar suas tarefas.

Em alguns casos, após a cessação do benefício, se o empregado não estiver apto a realizar suas tarefas laborativas ou habituais, poderá ingressar com pedido de reconsideração e ser reavaliado através de nova perícia médica, obtendo novo período de benefício previdenciário. O problema maior está, muitas vezes, na demora em se realizar a referida avaliação, posto que, neste lapso temporal, o segurado recebe alta médica da Previdência, mas, muitas vezes, o empregador não autoriza seu retorno ao posto de trabalho.

Como há prazo pré-determinado para o fim do benefício, muitas vezes, a perícia para solicitação de novo benefício é marcada apenas para depois desse prazo, deixando o segurado desprovido do auxílio previdenciário no período compreendido entre a alta pela Previdência e a nova perícia. Até que esta seja realizada, caso o indivíduo esteja inapto para o serviço, ele não poderá voltar ao trabalho, permanecendo sem receber tanto o salário como o benefício. Neste caso, muitas vezes, o empregado retorna ao trabalho por medo de ficar desprovido de vencimentos, mas não consegue desempenhar suas funções, e acaba por ser dispensado ou, ainda, o INSS poderá obstar a manutenção de novo benefício, sob o argumento de que o segurado recuperou sua saúde pois voltou a trabalhar.

Atualmente, a Lei 13.457 de 2017 fixa em 120 dias o prazo máximo de pagamento de auxílio-doença, inclusive nos casos em que o benefício for concedido pela Justiça, quando não houver estipulação de data de cessação. Além disso, prevê que, se o segurado não pedir a continuidade do benefício, o pagamento será automaticamente cancelado.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Art. 60. da Lei nº 13.457:

(...) § 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício.

§ 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei.



O magistrado, no entanto, para determinar a concessão do benefício, não está adstrito ao laudo médico, devendo considerar também aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado a fim de examinar se será possível, ou não, seu retorno ao trabalho, mesmo porque a invalidez laborativa não é meramente o resultado de uma disfunção orgânica, mas um somatório das condições de saúde e pessoais de cada indivíduo.<sup>30</sup>

### 3. SAÚDE VIA DECISÃO JUDICIAL

Ressalte-se que o acesso à justiça ainda não é garantido a todos os cidadãos e, portanto, supor que ele seja o caminho democrático para a efetividade de direitos é, ainda, uma parte do imaginário construído a partir da Constituição de 88 que, no entanto, nem sempre se confirma na realidade.<sup>31</sup>

Não se desconsidere, no entanto, o fato de que o Poder Judiciário pode e deve atuar frente às omissões administrativas, em decorrência do controle que exerce sobre os atos administrativos, sem que se configure interferência na atividade do Poder Executivo.<sup>32</sup>

A Lei 13.457 de 2017, por sua vez, reforça o poder-dever que o INSS possui de, a qualquer momento, convocar o segurado que esteja recebendo auxílio-doença, para avaliação de permanência da sua incapacidade. Em consonância com esta previsão, estão os fatos de que o juiz pode reconhecer a incapacidade parcial, sem examinar nem debater na sentença os aspectos ligados à impossibilidade de sua reinserção no mercado de trabalho, e de que o médico-perito da justiça pode

---

BRASIL. **Lei nº 13.457, de 26 de junho de 2017. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial; e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade.** Brasília: Brasília: DF. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13457.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

<sup>30</sup> SUPERIOR Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 81.329/PR**, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 14/2/2012.

<sup>31</sup> CARLINI, A. A saúde pública e as decisões dos Tribunais - apontamentos para uma reflexão crítica. In: ASENSI, FD e DUTRA, R. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

<sup>32</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**.

indicar que a incapacidade do trabalhador é parcial, mas concluir que ele não tem condições de trabalhar com o que habitualmente está acostumado.

Nestes casos, o indivíduo fica em situação bastante peculiar, recebendo benefício previdenciário, conquanto suas condições permitam, possivelmente, a atuação em outras atividades, o que poderia levá-lo a ser reabilitado não em sua atividade habitual, mas em outra, que viabilize a independência e o retorno ao trabalho. Realidades como esta acabam por onerar, desnecessariamente, os recursos públicos.

Por outro lado, o trabalhador que quer retornar às atividades, ainda que não sejam as exercidas antes de ter sido acometido pela doença, encontra óbice para retornar ao emprego e realizar quaisquer trabalhos, por conta de sua não liberação pelo INSS.

O Direito do Trabalho, enquanto direito social fundamental, pode ser compreendido sob o aspecto do direito individual subjetivo de todo homem, de acesso ao mercado de trabalho e à capacidade de prover a si mesmo e à sua família, mediante seu próprio trabalho, que deve ser digno. Já sob a ótica da dignidade da pessoa humana, o aspecto individual alude à integridade física e psíquica do homem, enquanto a dignidade social diz respeito à afirmação do homem enquanto ser pertencente a uma sociedade, e está intimamente ligada às liberdades positivas e à igualdade. Ademais, funda-se no parâmetro do mínimo existencial a ser assegurado a todas as pessoas.

As ações afirmativas compreendem a adoção de medidas para que determinadas pessoas se integrem de modo pleno à coletividade. Nesse cenário, afirma-se o Direito do Trabalho como o meio mais eficaz de consolidação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo ao possibilitar a inclusão efetiva do indivíduo-trabalhador na sociedade, consoante os ensinamentos de Mauricio Delgado<sup>33</sup>:

“(...) a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à

---

<sup>33</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004.

personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.”

A Constituição Federal prevê, no seu artigo 6º, o direito à saúde, ao trabalho, à segurança e à previdência social. São ações e serviços de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

José Afonso da Silva<sup>34</sup> leciona que

"por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (...) [o que] significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes".

Neste sentido, o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro preconiza que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Já a Turma Nacional de Uniformização, possui orientação de que o julgador não é obrigado a analisar as condições

---

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

peçoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual (Súmula 77).

Os profissionais da saúde objetivam fortalecer a autonomia dos beneficiários em reabilitação, reconhecer suas potencialidades, viabilizar a criação de vínculos e promover a construção de sua cidadania e a emancipação pessoal, visando à independência física e psicológica do indivíduo. Contudo, não podem ser responsáveis pela parte que não lhes cabe, como reinserir o indivíduo no ambiente de trabalho após a alta previdenciária, posto que esta é (ou deveria ser) função precípua do próprio empregador.

#### **4. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS**

Não obstante, há também que se observar a responsabilidade social das empresas, bem como da população como um todo, em participar da organização social e das medidas preventivas e protetivas aos mais necessitados, consumando-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. Assim, nos dizeres de Barroso<sup>35</sup>, “quando a noite baixou, o espaço privado invadira o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma”.

Demais disso, o princípio da razoabilidade permite, ao Judiciário, em controle da discricionariedade legislativa e administrativa, apontar caminhos alternativos para se chegar ao mesmo resultado, mas com menor ônus a um direito individual. A razoabilidade possibilita ao Judiciário estratégias de ação construtiva, para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível - ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, tem se valido deste princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e vantagens indevidas.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> BARROSO, LR. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**.

<sup>36</sup> BARROSO, LR. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional**

Vale lembrar que os empregadores são responsáveis pelo aquecimento da economia, bem como por proporcionar aos empregados forma de obterem seus meios de vida e da concretização da dignidade da pessoa humana. No entanto, em que pese a função estatal de prover serviços de saúde e benefícios previdenciários aos trabalhadores contribuintes do Regime Geral de Previdência Social, tais empregadores podem (e devem) auxiliar no processo de reabilitação social, por meio de alternativas à reintegração clássica ao ambiente de trabalho.

Não menos importante, a nova realidade trabalhista, recém-inaugurada, pretende permitir maior flexibilidade das relações de emprego, vislumbrando-se a possibilidade de adaptação do próprio mercado de trabalho às novas condições e, com isto, a proposição de novas alternativas e de diferentes soluções à recorrente questão da reinserção do empregado ao ambiente de trabalho, quando acometido por doença e afastado pelo INSS.

Some-se a isso o fato de que a moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter, sempre, sentido unívoco, produzindo apenas uma única solução adequada para cada caso. Temos que a objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. De acordo com Barroso<sup>37</sup>, essas possibilidades interpretativas podem decorrer da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete; da pluralidade de significados das palavras ou mesmo da existência de normas contrapostas, exigindo-se, assim, a ponderação de interesses relativos ao caso concreto. Isso posto, constata-se que, a aplicação do Direito, não é apenas um ato de conhecimento, da revelação do sentido de uma norma pré-existente, mas, acima disso, trata-se de um ato de vontade, ou seja, da escolha de uma possibilidade dentre diferentes apresentadas.

Certo é que, hoje, admite-se que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, que existe independentemente da permissão estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a

---

**Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo).**

<sup>37</sup> BARROSO, LR. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo).**

justiça, ainda quando não a encontra na lei, explorando as potencialidades positivas da dogmática jurídica e, sobretudo, investindo na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível<sup>38</sup>.

Assim, o Direito, como todas as demais ciências, deve fundar-se em juízos de fato, visando ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e aplicá-lo às situações concretas, atuando sobre a realidade, conformando-a e transformando-a, porque o Direito não é um dado, mas uma criação.

Nesse contexto, retome-se que o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional, que inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo e, ao mesmo tempo, nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. A Constituição, dessa forma, passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.<sup>39</sup>

A tecnologia, por fim, acaba por nos trazer a profunda e disseminada fragmentação, da própria vida como uma sucessão de obstáculos, do eu num conjunto de facetas geradoras de problemas, cada um exigindo técnicas e corpos separados de conhecimento especializado. O que resta são anseios, que deverão ser mitigados pela requisição de bens e serviços especializados, bem como diversas constrições internas e externas, devendo, cada uma, ser superada em sua própria vez, uma constrição por vez, de sorte que esta ou aquela infelicidade concreta possa ser abrandada ou eliminada.<sup>40</sup>

Tal fato não exclui a possibilidade de os eus fragmentados se dedicarem a causas coletivas; na verdade, é muito provável que encontremos tal dedicação, visto que os anseios ganham intensidade quando expressos na companhia de outros, e

---

<sup>38</sup> BARROSO, LR. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**.

<sup>39</sup> BARROSO, LR. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**.

<sup>40</sup> BAUMAN, Zigmund. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

servem melhor a interesses quando partilhados.<sup>41</sup>

Discute-se, então, possibilidade da criação de programa de ressocialização laboral junto às empresas, no qual o trabalhador, com alta programada pelo INSS, retorne à empresa antes mesmo da cessação de seu benefício, para que receba treinamento em nova função, a qual tenha condições de exercer.

## 5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Existe certa dificuldade em se compreender o direito à saúde, em razão de diferentes motivos, tais como a falta de expertise dos juristas no tratamento de questões de saúde, o predomínio, na sociedade contemporânea da ideia de que ter saúde é não estar doente, bem como a influência cultural do positivismo científico, predominando no meio jurídico a compreensão de que todo direito está contido na lei e que, portanto, a lei é o direito.

Isso ajuda a explicar a grande dificuldade que têm os operadores do direito em trabalhar com o controle judicial das políticas públicas, uma vez que elas – entre outras características – envolvem distintos suportes legais. Além disso, elas existem para realizar direitos sociais, cujo reconhecimento como verdadeiros direitos têm sido dificultados sob o argumento de que não há poder subjetivo de obrigar à sua realização ou porque pressupõem sempre prestações estatais.<sup>42</sup>

No Brasil, a judicialização das relações de trabalho e emprego corresponde à busca ao judiciário para garantir direitos fundamentais e sociais, que implicam a disciplina legal do acesso ao direito ao trabalho, e a indispensáveis cuidados à saúde, dentre outros, que ainda dependem do estrito desenvolvimento socioeconômico e cultural, e que vêm sendo denominados por seu caráter transindividual.

É esperado, então, que os juízes e demais profissionais do campo jurídico

---

<sup>41</sup> BAUMAN, Zigmund. **Ética pós-moderna**.

<sup>42</sup> PÜSCHEL, FP; MACHADO, MRA. **Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito**. Série Direito em Debate. SP: Saraiva, 2009.

conheçam os textos legais regulando as diversas matérias, mas é necessário também que a sociedade civil e a iniciativa privada cumpram seus papéis, como atores sociais que são, em conjunto ou subsidiariamente aos poderes estatais.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>43</sup> decidiu, entre outros aspectos, que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção, e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que a concretize. A garantia judicial da prestação individual estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento de sistemas públicos, o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso, pois se espera do poder judiciário apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

O STF afirma, ainda, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria administração pública decidirem por uma medida diferente da custeada pelos órgãos públicos, em casos específicos em que reste comprovado que o tratamento estatal fornecido não é eficaz para tal situação.

Ocorre que, em um Estado extremamente onerado, e com diversas prioridades econômicas, sociais e políticas a serem consideradas, quaisquer medidas que contribuam não só para o desafogamento do sistema, mas também para a melhor recuperação daquele que precisa ser reabilitado, deveriam ser consideradas. Principalmente sendo uma área tão sensível do direito, ficando na berlinda entre o desemprego e a doença, entre o dever do Estado de punir e o direito universal ao trabalho e à saúde.

---

<sup>43</sup> Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 175 contra a decisão da Presidência do STF contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1). Relator Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - STA: 175 CE, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce>)



Não só a responsabilidade da decisão deveria ser feita por equipe interdisciplinar, como também o cumprimento deveria ser democrático, como democrática deve ser qualquer política. Afinal, o juiz tem expertise em Direito do Trabalho, mas não necessariamente em saúde, bem como doentes existem, nas relações de trabalho e emprego<sup>44</sup>, provenientes de qualquer condição socioeconômica<sup>45</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dar aos trabalhadores a alternativa de se reabilitarem sem se onerarem com seus empregadores, permite a não estigmatização do indivíduo, a menor oneração dos órgãos e do sistema estatal, bem como a participação popular e da iniciativa privada nas medidas de cunho trabalhista.

Em se tratando da não estigmatização, ainda que o indivíduo seja direcionado para outra atividade laboral, o fato de haver a obrigatoriedade do fim do benefício previdenciário para o retorno ao trabalho, permite que os doentes em tratamento, seja em instituição pública ou privada, fiquem impregnados do peso social que a reinserção no trabalho lhes confere.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BARRETO JÚNIOR, IF; PAVANI, M. O Direito à Saúde na Ordem Constitucional Brasileira *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. R. Dir. Adm., Rio De Janeiro, 225: 5-37, Jul./Set. 2001.

BAUMAN, Zigmund. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Convenção nº 122, sobre Política de Emprego**. 48ª Sessão da Conferência-Geral. Genebra, 1964.

OLIVEIRA, Fernanda Beatriz Monteiro Paes Gouvêa Barutti de. Lacunas constitucionais e políticas públicas de saúde do trabalhador. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Título VIII da Ordem Social. Brasília: DF. 1988. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm) Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.048, 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.** Brasília: DF. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.657, 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).** Brasília: DF. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.457, 2017. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial; e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade.** Brasília: DF. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13457.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Brasília: DF. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.213, 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Brasília: DF. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.867, 1996. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme específica.** Brasília: DF. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9867.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9867.htm). Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8080, 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Brasília: DF. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm) Acesso em: 05 set. 2006.

OLIVEIRA, Fernanda Beatriz Monteiro Paes Gouvêa Barutti de. Lacunas constitucionais e políticas públicas de saúde do trabalhador. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791.

CARLINI, A. A saúde pública e as decisões dos Tribunais - apontamentos para uma reflexão crítica. In: ASENSI, FD e DUTRA, R. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

**COSTA, MMM; LEAL, MCH; LEAL, RG; REIS, JR. (orgs). As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. Tomo 4.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito constitucional à saúde. In: ASENSI, FD e PINHEIRO, Roseni. **Direito Sanitário**. RJ: Elsevier, 2012.

DALLARI SG; NUNES JÚNIOR, VS. Direito sanitário. São Paulo: Editora Verbatim; 2010, citados por BARRETO JÚNIOR, IF; PAVANI, M. O Direito à Saúde na Ordem Constitucional Brasileira **R. Dir. Gar. Fund., Vitória**, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013.

DE CICCIO, C; GONZAGA AA. Teoria geral do Estado e Ciência política. 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas** in: GRINOVER, Ada Pelegrini e WATANABE, Kazuo (coord). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACHADO, F e DAIN, S. Direito e Saúde: Contribuições para o estudo da judicialização. ASENSI, FD e DUTRA, R. *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTINS, R. C. A. **Cooperativas sociais no Brasil: debates e práticas na tecitura de um campo em construção**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009.

NASCIMENTO, M. A. **Erving Goffman, as interações no cotidiano escolar, desvendando o estigma dentro da inclusão escolar**. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2009.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 05 dez 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução n.º 34/46, de 1979, da Assembleia Geral da ONU**. Nova Iorque, 1979. Disponível em: [http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/angola1013po\\_ForUpload.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/angola1013po_ForUpload.pdf).

OLIVEIRA, Fernanda Beatriz Monteiro Paes Gouvêa Barutti de. Lacunas constitucionais e políticas públicas de saúde do trabalhador. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Acesso em: 10 abr 2017.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Convenção nº 122, sobre Política de Emprego**. 48ª Sessão da Conferência-Geral. Genebra, 1964.

**PRIMEIRA Turma considera ilegal alta programada para segurados do INSS.** Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Turma-considera-ilegal-alta-programada-para-segurados-do-INSS](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Turma-considera-ilegal-alta-programada-para-segurados-do-INSS). Publicado em 09/10/2017. Acesso em 05/11/2017

PÜSCHEL, FP; MACHADO, MRA. **Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito**. Série Direito em Debate. SP: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 81.329/PR**, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 14/2/2012.

SUPREMO Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada: 175 CE, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce>. Acesso em 05 de abril de 2020.

RECEBIDO EM: ABR/2020

APROVADO EM: FEV/2021

## **ALTERIDADE, *DIFFERANCE* E MINISTÉRIO PÚBLICO EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS**

*ALTERITY, DIFFERANCE AND PUBLIC PROSECUTIONS IN TIMES OF CORONAVIRUS*

**Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>1</sup>**

**Bernardo G. B. Nogueira<sup>2</sup>**

**Diogo Bacha e Silva<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

O artigo apresenta a atuação do Ministério Público em meio à pandemia do coronavírus e busca uma reinterpretação dos princípios constitucionais da unidade institucional e independência funcional que estruturam a atuação ministerial na Constituição de 1988. A partir da fenomenologia derridiana, a interpretação fechada dos princípios tanto pode ser considerada como veneno ou remédio para o Estado Democrático de Direito. Então, a saída é para o infinito, o Outro, o Rosto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público, Unidade institucional, Independência funcional, Estado Democrático de Direito.

### **ABSTRACT**

The article presents the work of the Prosecution through of the coronavirus pandemic and seeks a reinterpretation of the constitutional principles of institutional unity and functional independence that structure the ministerial performance in the 1988 Constitution. From the Derridian phenomenology, the closed interpretation of the principles can either be considered as poison or remedy for the Democratic Rule of Law. So, the way out is to infinity, the Other, the Face.

**KEYWORDS:** Public Prosecution, Institutional unit, Functional independence, Democratic Rule-of-Law State.

---

<sup>1</sup> Graduado em Ciências Econômicas na PUC/MG e Direito na UFMG; Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Doutor em História, Exerceu a chefia, a PRDC e a Coordenação de diversas Câmaras do MPF. Autor de mais de uma dezena de livros jurídicos. Professor Adjunto III na PUC/MG, lecionando na graduação, mestrado e doutorado. Email: [alvaro.sc@terra.com.br](mailto:alvaro.sc@terra.com.br).

<sup>2</sup> Doutor em Teoria do Direito pela PUC/MG. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mediador. Professor da Faculdade Milton Campos. Email: [bernardogbn@yahoo.com.br](mailto:bernardogbn@yahoo.com.br)

<sup>3</sup> Doutor em teorias jurídicas contemporâneas pela UFRJ, Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM, Professor e advogado. Email: [diogobacha@ig.com.br](mailto:diogobacha@ig.com.br)

## **INTRODUÇÃO**

Esse é um artigo que, dentro de uma concepção derridiana, aborda os limites, os confins, o próprio fim de uma determinada lógica. A lógica que, desde ao menos a promulgação da Constituição de 1988, permeia a atuação do Ministério Público. Dentre as mais diversas e possíveis desestruturações no campo do direito provocadas pelo coronavírus, há uma certa ressignificação que se deve fazer à atuação do Ministério Público nos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Se é certo que o Ministério Público adquiriu um papel central na defesa do regime democrático na Constituição de 1988, sua proeminência institucional dependerá da legitimidade de sua atuação em prol dos direitos fundamentais e da própria sociedade. Por isso, a centralidade não implica, de per si, que sua luta tenha como termo final a data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988.

Assim, o problema central do *presente* texto é analisar, a partir da crise instalada pela pandemia do coronavírus, em que medida a atuação do Ministério Público deve fornecer respostas institucionais coordenadas ou, ainda, se cada membro do Ministério Público poderá atuar de forma isolada em prol da proteção do Estado Democrático de Direito.

Em regra geral, a dogmática tradicional pensa que a unidade institucional e a independência funcional são categorias estanques e, a depender da situação apresentada, contraditórias, isto é, ou bem o Ministério Público age a partir de um centro decisório único que, no caso, corresponde aos Procuradores-gerais, ou, ainda, cada membro é livre para compreender e interpretar a melhor atuação em prol da defesa do regime democrático.

A pandemia em razão do coronavírus, declarada pela OMS em março de 2020, permite pensar em como a sociedade, o Estado e o direito fornecem respostas para as crises e situações excepcionais. A capacidade que cada sistema político tem para oferecer respostas para problemas sanitários dependerá, por óbvio, do engajamento de suas instituições e dos atores políticos às recomendações de saúde, além da própria vontade de Constituição em seguir ou não os rumos pré-determinados pelo Estado Democrático de Direito.

Acreditamos que a crença no conhecimento poderá nos fornecer respostas seguras mesmo quando o quadro é de incerteza generalizada. Essa resposta que está sempre *porvir*. Esse caminho mesmo que nos conduzem as mais diversas respostas para os problemas jurídico-políticos devem se manter aberto ao outro, ao diferente, à *differánce*.<sup>4</sup>

O artigo *presente* procura atestar a *presença* do COVID-19 no cenário jurídico e a atuação do Ministério Público que se faz presente nessa presença.<sup>5</sup> Um vírus que chega, que desestabiliza e nos coloca a pensar, que nos obriga a sair da comodidade do pensamento metafísico.

Esse vírus que é também do outro, do diferente, do oriente, da China, do estrangeiro de Lévinas, essa nação que, talvez, nunca esteve sob a influência dos gregos, mas que nos levanta uma responsabilidade em relação a esse estrangeiro, o Rosto e a ética da alteridade como filosofia primeira. Essa nação que nos mostra, platonicamente, que há um caminho entre a ideia e substância. Esse caminho invisível, assim como o vírus, que nos obriga a estar sempre caminhando...caminhando...caminhando em direção ao infinito.<sup>6</sup> Esse vírus que nos mostra a ausência de anticorpos e de imunidade em relação a sistema políticos

---

<sup>4</sup> O que está por vir é sempre estruturalmente porvir, de modo que não se deve confundir a vinda do outro (venue) com a sua presença futura (présence). No hiper-real, a realidade é sempre abundante em expectativas. O mundo é o objeto não tanto de nossa percepção, mas de nossas orações e lágrimas. É isto que não deixa o mundo que se apresenta se enrijecer, mantendo-se sempre aberto e passível de revisão, com suas quebras e fendas propiciando aberturas para novos acontecimentos. Isto não arruína e nem destrói o mundo, mas o expõe ao risco do futuro, permitindo que o mundo instigue e seja perturbado pelas expectativas do porvir – a justiça e a hospitalidade, a paz messiânica e o dom, a democracia por vir. (CAPUTO, John. *Religion Without Religion: The Prayers and Tears*. London: Routledge, 2002, p. 47-48)

<sup>5</sup> Propositamente, o verbo utilizado na frase, o “atestar”, serve para demarcar nossos traços derridianos no texto que se desenvolverá. A atestação fere a certeza cartesiana.

<sup>6</sup> O infinito é essa relação entre o eu e o Outro e não se pode medir, eis que é ela própria que mede nossa finitude: “importa sublinhar que a transcendência do Infinito em relação ao eu que dele está separado e que o pensa, mede, se assim se pode dizer, a sua própria finitude” (LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000.p. 36). Por ser infinito, é mesmo estrangeiro, exterior à própria pessoa que o pensa: “A noção cartesiana da Idéia de Infinito designa uma relação com um ser que conserva a sua exterioridade total em relação àquele que o pensa” (LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000.p. 37). O Rosto é a maneira como o outro se apresenta a mim infinizando sempre a idéia finita do outro em mim. Essa relação sem qualquer mediação que totaliza.

autoritários, assim como demonstra que mesmo na democracia estamos sempre à mercê de sua própria autoimunidade<sup>7</sup>.

Será que o Ministério Público é esse vírus? Esse mesmo vírus pelo qual não temos imunidade, anticorpos? Esse vírus que representa a ausência e, ao mesmo tempo, a presença da democracia? Ou o vírus mesmo que destrói a democracia por dentro?

O enfrentamento do vírus demanda dos membros do Ministério Público compreender o papel da instituição dentro do Estado Democrático de Direito e também a relação entre a independência funcional e a unidade institucional que, mormente em momentos de crise, estão em rota de colisão.

Nosso intento gravita em atestar as aporias dessa relação, assim como propor uma leitura derridiana da unidade institucional e independência funcional e ensaiar uma resposta que sabemos impossível, mas que essa mesma impossibilidade é a possibilidade de uma resposta democrática<sup>8</sup>. Essa resposta deverá advir do absolutamente outro, da alteridade incondicional, do Rosto que irrompe com a totalidade e com o fechamento dos significados.

---

<sup>7</sup> Porque aquilo a que eu chamo o auto-imunitário não consiste apenas em prejudicar-se ou em arruinar-se, ou mesmo em destruir as suas próprias proteções, em fazê-lo por si mesmo, em suicidar-se ou em ameaçar fazê-lo, mas, mais gravemente e por isso mesmo, em ameaçar o eu [moi] ou o si [soi], o ego ou o autos, a própria ipseidade, em abalar a imunidade do próprio autos: não apenas auto-comprometer-se [s'auto-entamer], mas em comprometer o autos – e portanto também ipseidade. Não apenas em suicidar-se, mas em comprometer a auto-referencialidade, o si do próprio suicida. A auto-imunidade é mais ou menos suicidária, mas é ainda mais grave: a auto-imunidade ameaça sempre privar o próprio suicídio do seu sentido e da sua suposta integridade. (DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz M. N. Da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 106)

<sup>8</sup> Nesse sentido, haverá sempre duas dimensões a atuarem juntas, uma de promessa, de uma promessa que não se irá cumprir, e o incumprimento dessa promessa que carrega a democracia por vir seria exatamente a chance de cada vez mais democracia, chance de sua perfectibilidade, que seria a outra dimensão que apresenta-se enquanto índice de uma democracia por vir, que para além de uma noção equivocada de democracia futura, o por vir derridiano em sede de democracia estaria mais corretamente percebido se tivermos em conta que o por vir não se resumiria ao futuro, a um seu desdobramento, pois, o amanhã pode sempre ser apenas uma repetição do hoje.



## **1. A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A ATUAÇÃO CONTRADITÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

É novembro de 2019 e tal como ocorre todos os dias, Wuhan, capital da província de Hubei, uma cidade com quase 12 milhões de habitantes, tem uma vida normal. Pessoas andam de um lado para o outro, o cotidiano é seguro e fornece uma garantia de “ser” vivo. O trabalho anda a todo vapor. Pessoas acordam cedo, se deslocam ao trabalho, produzem bens e serviços com a sensação de ser “útil” ao próximo, trocam afetos com pessoas próximas, caminham, se exercitam, se alimentam, tudo parece transcorrer de maneira como programada. Futuros são planejados entre os familiares, olhares e carinhos são trocados entre os casais, confraternizações entre os amigos são o ponto em que as pessoas podem se distanciar dos problemas que as assolam cotidianamente, crianças vão às escolas para aprender a sonhar, restaurantes estão cheios e a alimentação é uma dádiva divina para esses corpos insaciáveis.

À margem, portanto, desse cotidiano, um local na qual estabelece uma contradição entre a vida e a morte, Li Wenliang, oftalmologista com apenas 34 (trinta e quatro) anos de idade, alguém que, até então, participa também do cotidiano, está prestes a descobrir aquilo que mudaria o rumo global nas paredes de um Hospital. Alguns poucos indivíduos apresentam sintomas semelhantes de Insuficiência Respiratória Grave.

Do outro lado do Atlântico, no Brasil, a recém-promulgada Lei 13.869/2019 que define os crimes de abuso de autoridade, prestes a entrar em vigor, é motivo de uma disputa narrativa em torno da possível violação da independência dos órgãos de persecução criminal. Neste ponto, por exemplo, os Coordenadores da Câmara de Coordenação e Revisão e a Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos do Ministério Público Federal externaram a preocupação com a aprovação da supramencionada lei como sendo um ato normativo que acabaria por enfraquecer a autoridade pública na fiscalização, investigação e persecução de atos ilícitos e na defesa dos direitos fundamentais.<sup>9</sup> No mês de setembro de 2019, mesmo mês

---

<sup>9</sup> Nota pública do Ministério Público Federal expressando uma “unidade institucional”: Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/08/Nota-MPF-PL75962017.pdf>, acesso em 15 de abril de 2020.

da promulgação da lei de abuso de autoridade, Augusto Aras é nomeado ao cargo de Procurador-Geral da República pela indicação do Presidente Jair Bolsonaro. Sua nomeação não observou a lista tríplice formada pelo próprio órgão para a chefia da instituição, tradicionalmente observada em desde o governo Lula.

Logo, essas histórias irão se cruzar, pois como sabemos aquilo que acontece na margem da história sempre é capaz de desestabilizar o centro, o cronista deve bem saber que nenhum acontecimento é descartável para a história da humanidade.<sup>10</sup> O destino reservará um acontecimento que possibilitará um momento de inflexão em diversas instituições. Essa inflexão é causada por algo que, até então, está à margem do pensamento ocidental, originado na cultura oriental ou, naquilo que o *logos* construiu como oriente.<sup>11</sup>

Em dezembro, aquelas dezenas de caso de insuficiência respiratória grave se transformaram em centenas, localizados na cidade de Wuhan. Sem conseguir rastrear aquele que seria o “paciente zero” e a origem da doença, as autoridades de saúde da cidade de Wuhan reportam tais casos em 31 de dezembro de 2019 para a OMS – Organização Mundial de Saúde, conseguindo, entretanto, realizar uma sequência do vírus causador de uma nova pneumonia e constatando que se trata de um novo coronavírus.

Em 11 de janeiro de 2020 é anunciada a primeira morte causada pelo coronavírus que, segundo autoridades chinesas, teria sido originada no mercado de Wuhan por uma cadeia de transmissão de animais vivos para os humanos (morcego?cobra?pangolim?). Apenas dois dias após o anúncio, é comunicado o primeiro caso fora da China, na Tailândia. A prova que modificará o mundo é a

---

<sup>10</sup> Walter Benjamin em sua Tese sobre o conceito de história: “O cronista que narra os acontecimentos, sem distinguir entre os grandes e os pequenos, leva em conta a verdade de que nada do que um dia aconteceu pode ser considerado perdido para a história. Sem dúvida, somente a humanidade redimida poderá apropriarse totalmente do seu passado. Isso quer dizer: somente para a humanidade redimida o passado é citável, em cada um dos seus momentos. Cada momento vivido transforma-se numa citation à l’ordre du jour — e esse dia é justamente o do juízo final” (BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: *Magia, técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 244).

<sup>11</sup> SAID, Edward. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. Trad. Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

comprovação, em 20 de janeiro, da possibilidade de transmissão entre seres humanos.<sup>12</sup>

Aqui, a iminência da vigência da Lei 13.964/2019, promulgada em dezembro de 2019, popularmente conhecida como Lei anti-crime, que instituiu o juiz de garantias, bem como a tramitação direta da investigação criminal é parte de uma discussão de insurgência dos membros do Ministério Público ao fato de que tal norma atingiria direitos fundamentais dos membros da instituição.<sup>13</sup>

Em 23 de janeiro, a cidade de Wuhan decreta *lockdown* como forma de combate ao novo tipo de coronavírus. Embora essa cidade de 12 milhões esteja em quarentena, a OMS – Organização Mundial de Saúde nega uma emergência global de saúde, situação que seria modificada apenas alguns dias depois, 27 de janeiro, pela detecção de infecção na Alemanha e Japão de indivíduos que não estiveram no território chinês, decretando um surto de emergência internacional de saúde pública. O Congresso Nacional aprova a Lei 13.979/2020 com medidas para o enfrentamento da emergência internacional de saúde pública do coronavírus em 06 de fevereiro de 2020.

No dia 11 de fevereiro, a OMS decide nomear o novo coronavírus como COVID-19 quando se começa a contabilizar mortes fora do território chinês, inclusive o marco de 15 e 26 de fevereiro, respectivamente, primeira morte em território europeu de um chinês e o primeiro morto europeu. Também no dia 26 de fevereiro, o Brasil registra o primeiro brasileiro infectado pela doença. Enquanto

---

<sup>12</sup> Até então o Ocidente não se preocupava com as mortes dos chineses, afinal eles não se alimentavam de morcegos, cobras, pangolins e animais silvestres de toda a espécie. Esse seria um problema daqueles sujeitos que não têm acesso à carnes bovinas, suínas e de peixes e aves. Aqui, portanto, a ausência de preocupação demonstra bem como o Ocidente trata os diferentes.

<sup>13</sup> A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-CONAMP ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ADI 6305, cujo relator Min. Luiz Fux concedeu o pedido liminar para que prorrogasse a *vacatio legis* para a implantação do juiz de garantia. O Ministro concedeu a cautelar em decisão monocrática para suspender a eficácia de diversos dos dispositivos impugnados “Medidas cautelares concedidas para suspender sine die a eficácia: (a) Da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal) (b) Da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (c) Da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); e (d) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal)” (STF, ADI 6305/DF, rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 22 de janeiro de 2020).

isso, a própria OMS reconhece que o mundo não está pronto para lidar com a emergência de saúde pública.

O alerta, então, de uma epidemia sobe para muito elevada por declaração da OMS de 28 de fevereiro em conjunto com as medidas preventivas. A Europa começa a cancelar eventos esportivos e de lazer com aglomerações de pessoas. No começo de março, a rápida expansão dos casos, faz com que a maioria dos países europeus decretem quarentena e isolamento social.

No Brasil, o dia 11 de março é o início daquilo da desestabilização do cotidiano com a decretação da pandemia em razão do COVID-19 pela OMS – Organização Mundial da Saúde e, por conseguinte, os Estados começam a autonomamente enfrentar os dilemas da emergência sanitária com a decretação da quarentena, sendo o Distrito Federal o primeiro Estado a determinar a quarentena, isolamento social, suspensão das aulas nas redes de ensino, pública e privada, além de atendimento ao público em comércios. Ações similares foram tomadas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro no dia seguinte, a exceção que tende a se transformar na normalização.

Após alguns dias, várias cidades começaram a decretar quarentena nos limites de seus municípios, atendendo a recomendação das autoridades sanitárias e de acordo com a Lei 13.979/2020, seguindo os ditames do governo estadual, assim como definindo as atividades essenciais que poderão funcionar no período.

Indo na contramão das entidades regionais e locais, o governo federal, por meio de seu Presidente e contrariando até mesmo o Ministério da Saúde, cuja comitiva que viajou aos Estados Unidos da América apresentou mais de 20 infectados do coronavírus, inclusive uma suspeita sobre o Presidente Bolsonaro depois que seu primeiro exame foi positivo, passa a publicamente minimizar os efeitos da pandemia. Taxando-a de simples “gripezinha”, pregando que alguns fatalmente iriam sucumbir e que não poderia o país parar por causa de alguns “velhinhos”. Simbolicamente, o Presidente Bolsonaro passa a desrespeitar publicamente a quarentena, indo de encontro com seguidores.

A incapacidade de lidar com os problemas econômicos e sociais, fazem com que o governo federal desdenha da pandemia, contrariando todo o planeta, e uma aposta total em prol do medicamento “cloroquina” que, em ensaios clínicos, demonstram pouca eficácia contra o coronavírus.

Politicamente, tanto o Congresso Nacional quanto o Supremo Tribunal Federal se afastam de Bolsonaro e passam a confiar no Ministro da Saúde, assim como os Governadores estabelecem diálogo apenas com o Min. Luiz Mandetta que passa a ser atacado publicamente pelo Presidente Bolsonaro. Basicamente, o Presidente da República após o evento em que, mesmo à sombra do coronavírus por ter testado positivo, saúda os seus fiéis seguidores na porta do Palácio do Planalto, perde a capacidade de governar, transformando o presidencialismo em um parlamentarismo na qual as políticas são todas executadas pelo Congresso Nacional sem um diálogo com o Poder Executivo.

Neste cenário, ao invés de uma união nacional para o combate do mesmo inimigo, cada autoridade, na ausência de uma liderança política nacional, passa a agir sozinha. Cada Estado e Município adotam práticas de acordo com suas Secretarias de Saúde e Comitês Científicos. O país se desfaz em pequenos feudos que, à moda da idade média, constroem muros/limites físicos para impedir a entrada de indivíduos com o medo de transmissão do coronavírus.

O Ministério Público em meio a esse cenário de incerteza e de desunião das autoridades públicas em níveis federal, estadual e municipal passa a atuar de forma contraditória e, quiçá, como um espelho dessas próprias autoridades. Em níveis regionais, os Ministérios Públicos Federal e Estadual atuam em conjunto realizando recomendações em face de decretos municipais que, de modo ou outro, acabam por abusar do poder estabelecendo barreiras físicas e não barreiras sanitárias. Além do mais, o Ministério Público busca atuar na destinação de recursos públicos para o enfrentamento das pandemias em fundos de combate aos crimes de diversas naturezas. Cada órgão local, portanto, busca reforçar o combate da pandemia atuando de forma independente.

Vale mencionar que a atuação do Ministério Público tem se valido das recomendações que têm natureza jurídica de atuação extrajudicial do Ministério

Público pelo qual o órgão busca persuadir, em ato formal, o destinatário a realizar atos ou abster-se de o praticar em virtude do interesse público.<sup>14</sup>

Contudo, as medidas direcionadas aos órgãos da Administração Pública Direta da União e que, de alguma forma, contrariem os interesses do governo federal sofrem uma atuação direta de blindagem do Procurador-Geral da República que passa a centralizar todas as recomendações, inclusive arquivando notícia-crime contra o Presidente da República em virtude do desrespeito à quarentena com o teste positivo, tendo cometido, em tese, o delito do art. 268 do Código Penal.

De um lado, portanto, a independência funcional e a atuação do Ministério Público corroborando o acerto das medidas de isolamento das entidades regionais e locais, de outro a unidade institucional provocando uma afirmação do acerto da atuação do governo federal.

Essa pandemia, ao menos em nosso território, expõem uma relação estranha das instituições em que falam mais de uma língua (*plus d'une langue*) no sentido derridiano. Essa relação, entretanto, marca uma contradição: não deve a Instituição estar estabelecida dentro de uma lei, dentro de uma própria Instituição.<sup>15</sup> Qual a lei, então, do Ministério Público?

## **2. A independência funcional e a unidade institucional em uma perspectiva do Estado Democrático de Direito.**

---

<sup>14</sup> A recomendação vem regulamentada na Resolução do CNMP nº 164/17:

“Art. 1º A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Parágrafo único. Por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo”.

<sup>15</sup> DERRIDA, Jacques. *Essa estranha instituição chamada literatura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

O Ministério Público Francês nasce como uma simbiose entre os advogados do rei (*avocats du roi*) com funções exclusivamente cíveis e os procuradores do rei (*procureurs du roi*) com funções de natureza criminal ao lado da função do fisco nas primeiras monarquias.<sup>16</sup> Seu nascimento é relacionado ao Estado moderno, ao leviatã, ao soberano, bastando ver que seus órgãos não atuam no chão, mas sim de cima do mesmo estrado (*parquet*) em que eram colocadas as cadeiras do magistrado.

No Brasil, embora houvessem referências aos promotores na Ordenações Filipinas e Manuelinas previam a figura do promotor com nítida inspiração francesa para a fiscalização da lei e da justiça, além de promover a acusação criminal, a sistematização das funções do promotor adveio com o Código de Processo Criminal do Império como órgão da sociedade e titular da ação penal, nomeado pelo governo das cortes ou presidente da província dentre os jurados que sabiam as leis (art. 36).<sup>17</sup>

Sua previsão normativa como instituição ganha algumas linhas com o Decreto 848/1890 que regulamentava a Justiça Federal. No plano infraconstitucional, portanto, as funções do Ministério Público não eram substancialmente alteradas. Prevendo a figura do Procurador-Geral da República, escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, e um cargo de Procurador Federal em cada seção da justiça federal, nomeados pelo Presidente da República, deveriam propor as ações penais e zelar pela observação das leis (arts. 21 a 26).<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, p. 65-94, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/xw5DiR>. acesso em 18 de abril de 2020.

<sup>17</sup> MACHADO, Antônio Claudio da Cost. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989. p. 17-18.

<sup>18</sup> Diz a exposição de motivos do Min. Campos Salles: "O ministério publico, instituição necessaria em toda a organização democratica e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da Republica, vêm os procuradores seccionaes, isto é, um em cada Estado. Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser applicados pela Justiça Federal e promover a acção publica onde ella couber. A sua independencia foi devidamente resguardada" (BRASIL. Exposição de motivos ao Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a justiça federal. Decretos do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, décimo fascículo, p. 2744-2791, 1890).

Inspirado na tradição francesa, havia uma certa tendência legislativa de considerar os membros do Ministério Público como magistrados. Não é à toa, por exemplo, que a Constituição de 1891 nada dispõe acerca do órgão, fazendo referência ao Procurador-Geral da República ao tratar da competência do Poder Judiciário.

O advento da República e os diversos diplomas legais, tais como o Código Civil de 1917, o Código de Processo Civil de 1939, o Código Penal de 1940 e o de Processo Penal de 1941 estabeleceram atribuições ao Ministério Público que, embora não estivessem previstas na Constituição, conferiam um caráter institucional, tal como a curadoria das fundações, a defesa dos interesses dos menores e legitimidade para a interdição no Código Civil; a função de *custos legis* para a defesa dos valores centrais de uma sociedade agrária no CPC de 1939, dando início ao que a doutrina caracterizará como práxis jurídica do parecerismo; a titularidade da ação penal e a possibilidade de requisição de inquérito policial no CPP.<sup>19</sup>

Não sem razão, a Constituição de 1946 foi a primeira a dedicar um capítulo específico para o Ministério Público em que delimitava a organização por meio de lei (art. 125), a escolha do Procurador-Geral da República como chefe do Ministério Público Federal por escolha do Presidente da República e aprovação do Senado Federal (art. 126), além da organização em carreira cujo ingresso dar-se-á por meio de concurso público (art. 127). Por último, adotando uma simetria com o modelo de Estado federativo, a previsão de Ministério Público no âmbito dos Estados (art. 128).

Por óbvio, há uma ligação intrínseca entre a institucionalização do Ministério Público e a Constituição democrática de 1946 que, no entanto, teve vida curta em nossa história constitucional. Historicamente, portanto, o Ministério Público tem uma forte ligação com a democracia, sendo fortalecido nos períodos democráticos e oprimido nos períodos autoritários. Embora se tenha uma fisionomia de um órgão de Estado, sua estrutura espelha bem o modelo de Estado do qual integra.

---

<sup>19</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, p. 65-94, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/xw5DiR>. acesso em 18 de abril de 2020.



Como saliente Hugo Mazzilli:

A rigor, portanto, o Ministério Público pode existir seja num regime autoritário, seja num regime democrático; poderá ser forte tanto num, quanto noutro caso; porém, só será verdadeiramente independente num regime essencialmente democrático, porque não convém a governo totalitário algum que haja uma instituição, ainda que do próprio Estado, que possa tomar, com liberdade total, a decisão de acusar governantes ou de não processar os inimigos destes últimos.

Entre nós, a evolução do Ministério Público brasileiro não destoou do que vínhamos dizendo, como no último período ditatorial que vivemos. Mas, mesmo nesta última fase de opressão política (1964 a 1984), aos poucos começou a fazer-se ouvir no próprio Ministério Público o clamor por uma instituição independente e voltada à defesa de valores democráticos.<sup>20</sup>

A promulgação da Lei Complementar 40/1981 e a frustração por parte do governo federal de outorgar o Ministério Público nacional a defesa da chamada "legalidade democrática" possibilitou um amplo debate no seio dos órgãos estaduais acerca do papel do Ministério Público na construção de uma sociedade. Para isso, defendiam que devia haver uma mudança de perfil institucional. Até então, a ideia que se fazia era de um Ministério Público à moda do parecerismo, isto é, um órgão que buscava em muito se assemelhar às funções do Magistrado, especialmente na práxis jurídica em que confeccionavam pareceres com os mesmos requisitos formais de uma sentença, atuando com uma independência em relação aos interesses dos incapazes que lembravam a atuação de um "minijuíz".<sup>21</sup> Essas características afastaram o Ministério Público de um advogado da sociedade que, de certa forma, transformou-se em uma batalha de obtenção de vantagens e prerrogativas, à semelhança do Poder Judiciário, ainda hoje existente.

A mudança de perfil institucional para um órgão de controle, a doutrina do ombudsman não-eleito, deveu-se em muito ao protagonismo das associações

---

<sup>20</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 65- 73. p. 66.

<sup>21</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, p. 65-94, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/xw5DiR>. acesso em 18 de abril de 2020.

estaduais e nacionais do Ministério Público. A Carta de Curitiba, aprovada em 21 de junho de 1986, no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes das Associações Nacionais do Ministério Público, serviu como modelo de uma nova arquitetura constitucional do Ministério Público. Na Carta de Curitiba, o Ministério Público assume a defesa do regime democrático e do interesse público, com autonomia financeira e orçamentária, garantias de irredutibilidade, inamovibilidade e vitaliciedade própria da magistratura, adquirindo o *status* de um poder do Estado.<sup>22</sup>

O formato institucional aprovado na Carta de Curitiba foi encaminhado e incorporado à Comissão Afonso Arinos no texto inicial apresentado. Na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, o relato do Constituinte Paes Landim nos lembra o perfil institucional que então se adotaria:

Minha inquietação, aqui exposta, tem como escopo determinar ao Ministério Público, dentre suas atribuições, a de tutela dos interesses da sociedade, a de defensor do povo, digamos assim, a figura do ombudsman, como referiu V. S<sup>a</sup>. Acho que ele poderia representar esse papel, ao contrário da criação do defensor do povo, do Ouvidor-Geral, fora das atribuições.

Essa atribuição deve ser inerente também ao Ministério Público, como fiscal da lei – custos legis – dos interesses da sociedade.

Perguntaria se não seria possível criar-se um Ministério Público ligado aos interesses específicos da sociedade, à defesa do regime democrático, da Constituição, das leis e, ao mesmo tempo, criar um serviço jurídico da União, como defensor específico da União.

Deste modo se valorizaria o papel do Ministério Público como defensor da sociedade, do sistema democrático.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Texto da Carta disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/ccuritiba.pdf>, acesso em 19 de abril de 2020.

<sup>23</sup> Assembleia Nacional Constituinte. Ata da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, Discurso do Deputado Paes Landim. p. 25. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c\\_Subcomissao\\_Do\\_Poder\\_Judiciario.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf), acesso em 19 de abril de 2020.

Portanto, de uma instituição que ora integrava o Poder Judiciário, ora o Poder Executivo, a criação de um órgão específico de representação jurídica para o Poder Executivo, possibilitou que ao Ministério Público fosse conferido um *status* constitucional como órgão de atuação administrativa, essencial à administração da justiça, com garantias efetivas de poder de Estado.

A Constituição de 1988 conferiu, portanto, ao Ministério Público uma função substancial dentro da ordem constitucional que é de defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Em certa medida, o tratamento valorativo pretendido pelo Constituinte foi a de um órgão cuja função permanente fosse a proteção do próprio regime democrático, sendo uma atividade mais profunda do que a legalidade democrática. Uma instituição cuja lei é ir além da lei e, por isso, função essencial à justiça. Justiça que, como sabemos, é uma aporia, uma transgressão da lei.<sup>24</sup>

Essa relação paradoxal da instituição da lei como transgressão da lei, coloca em evidência a importância da proteção da arquitetura democrática da Constituição de 1988 e o papel do Ministério Público como protetor, não exclusivo, do regime democrático. Aqui, obviamente, a democracia não é a perspectiva de uma técnica decisória da regra da maioria, nem mesmo uma forma de transmissão da vontade popular da regra da representação, assume sim uma perspectiva de conteúdo que vão para além dos arranjos institucionais.

O regime democrático aponta para a necessidade de articulação de igualdade e liberdade de uma minoria.<sup>25</sup> A liberdade e igualdade, para o próprio regime do Estado Democrático de Direito, implica em uma cooriginalidade entre os direitos decorrentes da autonomia pública e privada.<sup>26</sup> Não basta apenas um sentido formal

---

<sup>24</sup> DERRIDA, Jacques. *Force de Loi: Le "fondement mystique de l'autorité"*. Paris: Galilée, 2005.

<sup>25</sup> Em Kelsen, se verifica como a democracia é uma condição procedimental destituída de valores: "É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade. O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor (...) Da idéia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese destes dois princípios é justamente a característica da democracia." (KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27).

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Novos Estudos Cebrap*, nº 26, março de 1990, p. 100-113. Cf. também: HABERMAS, Jürgen.

de liberdade jurídica, mas a reunião de aspectos de condições mínimas de vida para a pessoa humana.<sup>27</sup> A transgressão da legalidade é para a própria sobrevivência da legalidade. Em uma palavra, a violência fundadora é também instauradora.

A atuação do Ministério Público sob a égide da Constituição de 1988 foi apoiada de um lado de uma perspectiva ideológica pela doutrina da efetividade social e, de outro, como mecanismo de defesa do Estado Democrático de Direito pelo temor de retrocesso à ditadura durante a constituinte. Assim, na primeira perspectiva, ao Ministério Público caberia tornar efetiva as promessas não cumpridas do nosso constitucionalismo, já que a doutrina da efetividade social das normas jurídicas constitucionais teria se transformado, então, na grande aposta da comunidade jurídica progressista visando a concretização do modelo econômico de bem-estar preconizado na Constituição de 1988. De outro lado, seria preciso institucionalizar um órgão capaz de promover a promessa da própria garantia democrática, evitando um retorno aos ditames ditatoriais de um período em que, embora formalmente adornado como democrático, as práticas políticas do poder público restringiam os direitos fundamentais.

Sob este aspecto, a Constituição de 1988 articulou o Ministério Público sobre os princípios organizacionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional (art. 127, §1º) que joga um papel relevante no seio da própria instituição e do próprio Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, a dogmática jurídica concebe a unidade e a indivisibilidade correlacionadas como a organização funcional pela qual os membros do Ministério Público pertencem um só órgão dirigido pelo Procurador-Geral e que, eventual substituição de um membro por outro, não tenha modificação na atuação do órgão, seja endoprocessualmente ou exoprocessualmente.<sup>28</sup> De outro lado, e mesmo

---

Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, dec. 2001, p. 766-781.

<sup>27</sup> AFONSO DA SILVA, José. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 679. Ver: NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, (22), 107-154.

<sup>28</sup> Para tanto ver: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: m, 2013. p. 1015; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1039.

paradoxalmente, a atuação do Ministério Público se submete ao princípio da independência funcional pela qual cada um de seus membros é, ao mesmo tempo, autônomo e soberano em suas manifestações.

Como conciliar, portanto, tais aspectos quando há uma contradição evidente na prática jurídico-política? Ou seja, há casos em que, como demonstramos, a atuação do Procurador-Geral evidentemente contradiz a autonomia dos demais membros da instituição. De um lado, o Procurador-Geral que utiliza a unidade para centralizar as atividades e, de outro, os demais membros que buscam exercer sua consciência jurídica de proteção ao regime democrático.

Tais princípios podem ser utilizados tanto para a deflagração e aprofundamento de escala em um estado de exceção permanente na qual o direito é visto de acordo com aquilo que diz o soberano<sup>29</sup> ou, então, para a proteção do regime democrático na defesa das minorias políticas.

### **3. A RESPOSTA LOGOCÊNTRICA: ENTRE A RAZOABILIDADE E A PROIBIÇÃO DO EXCESSO**

O papel do Ministério Público, assim como sua autonomia e prerrogativas conquistadas na constituinte, dependerá em larga medida da legitimidade de sua atuação em prol da efetividade dos direitos fundamentais anunciados no bojo da Constituição de 1988 e estará a cargo da própria empreitada jurídico-política em substituição ao apoio político-econômico do Poder Executivo.<sup>30</sup>

A doutrina jurídica hegemônica busca uma resposta para sua atuação no âmbito daquilo que, a partir de uma crítica derridiana, é compreendida como logocentrismo. O pensamento metafísico platônico que acredita haver sempre “sentidos primeiros” ou tudo aquilo que se quer assentar como estabelecido e inquestionável. Entre o bem e o mal, o material e o imaterial, *Phrónesis* e *Noesis*,

---

<sup>29</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

<sup>30</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, p. 65-94, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/xw5DiR>. acesso em 18 de abril de 2020.

transcendente e imanente, céu e terra, essas dualidades constituem o âmago do pensamento logocêntrico e, portanto, da tradição jurídica hegemônica.

A exata medida que trabalha o dilema do Ministério Público entre a independência funcional e unidade institucional ganha corpo na interpretação e argumentação jurídica dessa tradição jurídica. Qual a medida que a independência avançaria sobre a unidade institucional? Como medir a independência? Existe alguém que seja independente dentro da lei? Há autonomia na lei? Ou a lei inventa a autonomia? É possível a unidade institucional sem a independência absoluta? Como ser um só e não o completamente outro?

Esses *rastros* deixados pelos questionamentos têm uma resposta que, ao menos na lógica da metafísica, seria segura a partir do conceito da razão prática, da *phrónesis*, da razoabilidade pelo legado grego.

Na *República* de Platão, livro IV, a temperança como virtude, como justiça, envolve uma ordem, uma harmonia que promove acordo entre os cidadãos: os fortes, os fracos e os medianos. A justiça da cidade deve ser um reflexo da justiça dos homens que tem dois princípios subjacentes à sua alma, o princípio racional e o irracional ou concupiscente. É o princípio racional que se identifica com a justiça, com a prudência e a temperança dos homens e da cidade.<sup>31</sup>

A prudência é um ato de julgar, isto é, uma decisão de pôr fim ao conflito, às incertezas decorrentes de uma certa urgência, de colocar termo em uma práxis sob o signo do trágico.<sup>32</sup> Contudo, essa decisão do trágico só adquire validade na medida em que seja universalizável, que se constitua como lei. Esse traço entre a razoabilidade como decisão prudente voltada para o caso concreto e moldada a partir dele só é racional na medida de sua universalização.<sup>33</sup>

A razoabilidade jurídica, portanto, seria um ponto médio extraído a partir de um caso especial dos discursos práticos em geral, produzido a partir de condições

---

<sup>31</sup> PLATÃO. *A República*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000.p. 215-216.

<sup>32</sup> RICOUER, Paul. *O justo*. Vol. 2. São Paulo: WMFMartins Fontes, 2008. p. 62.

<sup>33</sup> Eis, então, a aporia da interpretação/argumentação jurídica que perpassa desde autores como Alexy, Habermas, Dworkin quanto Savigny, Hart, Kelsen.

procedimentais voltadas para a correção normativa dos seus enunciados<sup>34</sup>. A razão/racionalização entra aqui sob uma lógica universal na medida em que a ponderação possibilitaria o desvelar da resposta correta para aquele caso prático.<sup>35</sup>

Mesmo em Habermas, a distinção substancial entre discursos de fundamentação e aplicação, visam assegurar a participação democrática e, portanto, a universalização do processo de decisão singular.<sup>36</sup> A razoabilidade é assegurada a partir de uma decisão voltada para o caso, mas que se justifica no discurso de fundamentação, universalizado pelo princípio da participação democrática.

Ora, a título de exemplificação, a razoabilidade incorporada à tradição decisória do Supremo Tribunal Federal, seja como princípio ou regra, acaba por, desconstituindo toda sua tradição, se fiando no pressuposto de uma verdade como certeza, certeza essa que nos é legada pela metafísica moderna de Kant e de Descartes. Ou seja, em uma palavra, por detrás da herança da *phronesis* aristotélica, o logocentrismo promete a harmonia e o equilíbrio obtido pela razão humana. A aplicação do direito fica confiada à reta razão de um direito natural que, incorporado nos princípios, têm como exata medida a régua da ponderação. Escondem, portanto, a dialético do uno e do múltiplo com apoio em uma lógica analítica e transcendental, ambas incapazes de “prever” o “dever” dessa aporia. Ambas ignoram o cerne da política dentre essa lógica que colocam um “direito da força”, do mais forte, do soberano como imposição sobre essa régua jurídica, bastando citar o patrimonialismo weberiano, a fachada da totalização levinasiana, o pulso da ideologia e dos batimentos das políticas.

Na atuação do Ministério Público, quando se estaria diante de um caso irrazoável de supressão dos direitos fundamentais aptos a fundamentarem a atuação em prol

---

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. Sobre duas justaposições: conceito e natureza, direito e filosofia. Alguns comentários sobre “pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. Trad. Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 108.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 6ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2010.

do oprimido? Deve a instituir falar uma só língua? Se há uma só língua, então como compatibilizar a independência de seus membros?

Sob a doutrina da efetividade, o direito pôde ser visto como um instrumento de transformação social. O Ministério Público deve assumir essa identidade de ativista em prol da efetividade dos direitos sociais. Mas, até qual ponto a unidade e a independência não jogam um papel que pode ser contrário ao estabelecimento e fortalecimento de um regime democrático.

Vejam o problema que agora fica claro em meio à pandemia do COVID-19. No tocante à unidade, a existência de Câmaras de Coordenação e Revisão, instituídas pela Lei Complementar 75/93, no âmbito do Ministério Público Federal, assim como grupos de trabalho afirmam a necessidade de uma política sistêmica para o enfrentamento de temáticas específicas, assim como o enfrentamento de situações excepcionais como as tragédias de Mariana e Brumadinho. Do mesmo modo, forças-tarefas que, cada vez mais, se tornam o novo normal, para operações de persecução criminal decorrente de crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção exigem uma atuação coordenada. Qual a exata medida da razoabilidade para a preservação da independência funcional mantendo a unidade? Há algo matemático que nos indique quando um membro do Ministério Público estará falando em “nome próprio” ou por força da instituição? Essa lei do Ministério Público serve para manter a democracia? A democracia não é uma coexistência de liberdade do outro? O “nome próprio” não é este outro? Qual outro? O membro ou a sociedade?

De outro lado, a independência funcional garante aos membros da instituição um raio de ação livre de ingerências políticas face à chefia da instituição. De outro, também aqui um sempre outro, em um mundo cada vez mais globalizado, a ação errática de cada um dos membros, descolada de uma perspectiva concertada de ação conduz a instituição ao precipício da ineficiência. A independência, então, vem se tornando um convite “mudo” a ações visionárias que espelham a ideologia de cada membro. Uma faculdade que torna cada membro ensimesmado na crença de estarem “acima” da barganha política, fazendo com que cada um veja em si a corporificação da República. De outra banda, o abuso da unidade traz o risco de submeter a instituição aos caprichos do Chefe do Executivo, senhora da “caneta”



que nomeia o chefe do Ministério Público. Logo, independência e a unidade forjam uma dobradiça entre arbítrio e democracia, entre o abuso e a omissão, entre o excesso e a desídia.

#### **4. PHÁRMAKON: O REMÉDIO E O VENENO**

A unidade institucional e a independência funcional são construções logocêntricas. Seu desfazimento depende do entendimento de que, em si, são remédio e veneno ao Estado Democrático de Direito e à própria lei, à instituição como razões metafísicas. É preciso desconstruir seu significado à luz de uma outra razão, de um outro pensar, liberando-as das amarras da escritura, dos significados.

Derrida inicia um pensamento politicamente engajado dentro do qual não caberia mais dizer acerca dos pontos inaugurais, e, portanto, detentores da *verdade*; esse ato cometido afetaria em cheio um pensamento que se funda na presença e que se quer legitimar pela sua própria presença. Ou seja, afirmar a hipótese de que existe uma cadeia de significantes na linguagem é uma operação de profanação no próprio coração do pensamento abrindo a chance de novos usos, tornando a destinação a um fundamento primeiro o problema metafísico que impede no limite a vinda de quem vem – pois neste caso quem vem estaria vindo a partir e em direção a esse fundamento que tudo sustenta, ou seja, não haveria um pensamento do Outro, uma vez que encerrado nessa dimensão de verdade, que a tudo comanda, confere um sentido, e, portanto, enclausura na presença de si.

É importante estarmos assentes que a dimensão de razão e conhecimento e *logos* aqui nessa volta comparecem para mostrar como Derrida entende que a escritura sempre teve uma participação suplementar, rebaixada, distante da verdade ou atuando como uma encenação. Isso é necessário para entendermos o fundo do pensamento derridiano. Neste sentido, o primeiro *topos* socrático sinaliza duas questões: quando ele coloca o mito em seu lugar, que não seria o lugar devido ao saber e ao ócio e isso de maneira teórica e também espacial, ouçamos Sócrates:

*Fedro*: Não prestei atenção a isso mas, por Zeus, diz-me Sócrates, acreditas nessa lenda, achas que é verdadeira?

*Sócrates*: Se eu fosse um incrédulo como os doutores, não seria um homem extravagante; além disso, afirmaria que ela tinha sido arremessada dos rochedos próximos por um vento boreal, enquanto brincava com Farmacéia, e que das próprias circunstâncias de sua morte nasceu a lenda de seu rapto por Bóreas. Por mim, caro Fedro, qualquer uma dessas explicações tem a sua validade, mas para isso torna-se necessário muito gênio, muito trabalho e não encontramos nisso a felicidade. Seria necessário interpretar seguidamente a imagem dos Hipocentaus, depois a de Quimera e, então, seríamos submergidos por uma enorme multidão de Gorgônias ou de Pégasos, por outras criaturas multitudinárias e bizarras, e por criaturas inimagináveis e por monstros legendários! Se, por incredulidade, se conceder a cada uma destas figuras a medida da verossimilhança fazendo uso, para tanto, **de não sei que grosseira sabedoria**, nem sequer teremos um momento de ócio! Ora, eu não dedico meu ócio a explicações desse gênero, e fica sabendo por que motivo meu caro: ainda não consegui, até agora, conforme recomenda a inscrição délfica, conhecer-me a mim mesmo (PLATÃO, 229d – 230)

Portanto, esse um primeiro momento no qual Sócrates nos dá a ver em que consistiria um momento de ócio que enquanto momento de construção e reflexão estaria bastante distante do que os saberes mitológicos poderiam produzir. Neles não haveria, portanto, lugar para a sabedoria, para o conhecimento filosófico, criando assim essa hierarquia, que se escutarmos Derrida, e o faremos, parece estar intimamente ligada à própria estrutura de construção de um pensamento que se fia na palavra, no *logos*, e que necessita, portanto, de alguém que o diga: um “pai” que esteja a dizer da verdade. Dizer a verdade, pois, aquilo que será escrito é secundário e afastado da verdade, restaria apenas como um local incompatível com ela. Seguindo com Derrida, ele questiona se acaso esse momento inicial do diálogo no qual é invocada *Farmacéia* seria meramente casual; a interpretação que Derrida nos traz é a de que a virgem ao brincar com *Farmaceia*, aquela que administra os remédios, leva-a a morrer pelo seu envenenamento<sup>37</sup>. E, logo adiante no decorrer do diálogo, Sócrates diz a Fedro que ele o havia levado

---

<sup>37</sup> Farmacéia (*Pharmákeia*) é também um nome comum que significa administração do *phármakon*, da droga: do remédio e/ou veneno. “Envenenamento” não era o sentido menos corrente de “farmacéia”. Antifon deixou-nos o logograma de uma “acusação de envenenamento contra uma madrasta” (*Pharmakeías katá tês neutruíãs*). Por seu jogo, Farmacéia levou à morte a pureza virginal e um íntimo impenetrado. (DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. 3. ed. São Paulo: Editora Iluminuras, 2005. p. 14)

para um lugar que não seria o *habitat* comum, para fora da cidade, o filósofo então teria sido seduzido pelo poder do *phármakon* que ele já alude como sendo os escritos que Fedro trazia consigo.

Assim, a palavra *phármakon*<sup>38</sup> instala-se à nossa volta dando a ver o deslocamento espacial que havíamos aludido, ou seja, Sócrates *envenenado* pelo *phármakon*, *seduzido*<sup>39</sup> por ele, e é muito importante ver o encanto que está por detrás desse termo, que por ser um indecível, em si mesmo guarda seu sim e seu não, mais um *nem nem*<sup>40</sup> se quisermos pensar junto da economia derridiana.

*Phármakon* que encanta, que faz desviar, que leva-nos entorpecidos ao longe, no caso de Sócrates, para fora de sua condição sagrada de homem da *polis*<sup>41</sup>. Mas o

---

<sup>38</sup> Esse encanto, essa “medicina”, esse filtro, ao mesmo tempo remédio e veneno, já se introduz no corpo do discurso com toda sua ambivalência. Esse encanto, essa virtude da fascinação, essa potência de feitiço podem ser – alternada e simultaneamente – benéficas e malélicas. O **phármakon** seria uma **substância**, com tudo o que esta palavra possa conotar, no que diz respeito a sua matéria, de virtudes ocultas, de profundidade críptica recusando sua ambivalência à análise, preparando, desde então, o espaço da alquimia, caso não devamos seguir mais longe reconhecendo-a como a própria anti-substância: o que resiste a todo **filosofema**, excedendo-o indefinidamente como não-identidade, não-essência, não substância, e fornecendo-lhe, por isso mesmo, a inesgotável adversidade de seu fundo e de sua ausência de fundo. (DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. 3. ed. São Paulo: Editora Iluminuras, 2005. p. 14)

<sup>39</sup> “Seduzir” quer também dizer “desviar” (*seducere*), “atrair para fora do caminho recto”. (DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz M. N. Da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 68)

<sup>40</sup> Assim a filósofa argentina Mónica Cragolini definiu a desconstrução. Para ela, a desconstrução é um constante tremor e “solicitando” o edifício da metafísica, se experimenta esse tremor dos muros que, desde sempre, desde a suposta origem, ‘já’ estão se desconstruindo”. E é este movimento que faz com que se trema diante de um pensamento como este, que trema e se tema, pois um pensamento do “nem/nem” assusta, por nos levar ao lugar indecível do “entre”. Diz ela: “Frente à metafísica oposicional, caracterizada pelo binarismo, o desconstrucionismo se acha situado no ‘entre’ das oposições: nem verdade nem falsidade, nem presença nem ausência, mas sim ‘entre’. O ‘entre’ está designando um âmbito de oscilação do pensar (...) O ‘entre’ não é um novo lugar, mas é não-lugar, impossibilidade de assentamento, constante perigo...” (HADDOCK-LOBO, Rafael. *Derrida e o labirinto de inscrições*. Porto Alegre, RS: editora Zouk, 2008, p. 38)

<sup>41</sup> ...haveria, então, essa figuração do homem como “animal político” ou como vivente político (*politikon zôon*”, segundo a fórmula ao mesmo tempo tão conhecida e tão enigmática de Aristóteles em sua *Política* (Livro I, 125a 3); é evidente, nos diz, então Aristóteles, que a *polis* faz parte das coisas da natureza (*tôn phusei*) e que o homem é por natureza um vivente político (...) de onde ele conclui, depois de ter, contrariamente ao que se ouve ou se lê por vezes, insistido muito, no mesmo texto, nas mesmas páginas, e, ainda, um pouco antes, sobre viver e sobre a vida como *zên*, e não como *bios*, sobre o *eu zên*, bem viver não também teremos que retornar a esse ponto, de onde ele conclui, então, que um ser sem cidade, *apolis*, um ser apolítico é por natureza e não por acaso (...), ou bem pior (...), ou bem melhor que o homem, superior ao homem (...) – o que marca bem o fato de que a politicidade, o ser político do vivente denominado homem é um ponto médio entre esses dois outros viventes que são a besta e o deus que, cada um à sua maneira, seriam “apolíticos” (...) então, essa figuração do homem como “animal político” ou como “vivente político”, mas também uma dupla e contraditória figuração (...) *por um lado*, superior, em sua soberania mesma, à besta da qual ele se torna mestre, que ele escraviza, domina, domestica ou mata, de modo que a soberania consiste em se elevar a uma posição acima do animal e se apropriar dele, dispor de sua vida, mas,

mesmo *phármakon* que leva para fora da cidade é também o remédio para a cura. *Phármakon* que retira o filósofo de si, que o faz deambular por locais outros. Importa percebermos que a inserção do termo *phármakon* no diálogo revela também a instância para a qual Derrida nos conduz, também ele inebriado? Mostra que na mesma dimensão do mito, que não se dá à altura do saber da cidade, na mesma dimensão de algo que é e não é – o *phármakon* –, os escritos sobre o amor carregados por Fedro levam Sócrates a um outro lugar.

Sair da cidade acompanhado pelo *phármakon*, ação ao mesmo tempo relatada por um caminhar na direção de um local no qual supostamente Sócrates ouviria Fedro, porém, ao mesmo passo, pelo mesmo passo, acompanhados do remédio que encantara Sócrates, como o amor, o *phármakon* traz segredos, ele não garantirá a cura, posto que age sempre nessa dimensão dúbia, entre a salvação e a morte, pelo encanto. Neste sentido é que já poderíamos pensar junto de Derrida sobre o limite, sobre a morte, pois para essa autor “nada morre”, ou seja, no limite/morte<sup>42</sup>, na margem, há um momento de renascimento, de procura e espera pelo que vem, o que nos lança ao pensamento da *différance*; porém, indicar que nada morre é dizer que nada é propriamente, mas que os significantes se reenviam e carregam consigo sempre a sua própria (de)formação, isso impediria a morte, o

---

*por outro lado* (contraditoriamente), figuração do homem político, e notadamente do Estado soberano como *animalidade*, até mesmo como bestialidade (...) seja uma bestialidade normal, seja uma bestialidade monstruosa e ela mesma mitológica e fabulosa. O homem político superior à animalidade e homem político como animalidade (...) por que a soberania política, o soberano, o Estado ou o povo, são figuras tanto quando aquilo que se eleva, pela lei da razão, acima da besta, acima da vida natural do animal, e tanto quanto (ou simultaneamente) a manifestação da bestialidade ou da animalidade humana, dito de outro modo, da naturalidade humana? (DERRIDA, Jacques. *A besta e o soberano*. Vol. 1. (2001-2002). Rio de Janeiro: Via verita, 2016, pp. 50-52)

<sup>42</sup> No entanto, um trabalho como este não pode ser guiado, como normalmente é pela filosofia, por um desejo de ultrapassar ou de romper com a metafísica. Para o filósofo, nada morre, e, desse modo, não se pode decretar o fim de nada. Antes, como vimos, ao dizer que tenta se manter sempre *no limite* do discurso filosófico, a palavra *limite* é utilizada justamente no lugar do termo “morte”. O que há é uma *transgressão* da metafísica: o que não significa que se deve e modo algum pensar essa transgressão como uma instalação em um “além da metafísica”, nem mesmo “além da linguagem”, pois, segundo o próprio, “mesmo nas agressões ou nas transgressões, utilizamo-nos de um código ao qual a metafísica está irreduzivelmente ligada, de tal sorte que *todo gesto transgressivo volta a nos encerrar no interior da metafísica - precisamente por ela no servir de ponto de apoio*” (DERRIDA, Jacques. *Mal de Arquivo: uma impressão freudiana*. Trad. Claudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.p. 18-19) No entanto, deve haver um certo tipo de transgressão, qual seja, a que faça justiça ao próprio movimento interno do pensamento – o eu Derrida vem chama de *Desconstrução*. Ela se dá *no interior* mesmo do pensamento, não de um *fora*: não se habita jamais outro lugar e, por essa razão, esse tipo de transgressão implica somente o fato de o *limite* ou as *margens* do pensamento estarem sempre em movimento. (HADDOCK-LOBO, Rafael. *Derrida e o labirinto de inscrições*. Porto. Alegre: editora Zouk2008, p. 24)

limite, que serão sempre reenviados a outros significantes revelando ou deixando vir o que os conceitos ou pares opostos escondem.

Haverá sempre um termo que comanda o outro, o seu outro no par oposto, e isso mostra a necessidade da *desconstrução* que operaria nesta ordem de pares opostos, que nunca são ingênuos, haverá a existência de um que determina a subserviência do outro ou ao outro.<sup>43</sup>

Quem deve ser subserviente a quem: o membro do Ministério Público? o Ministério Público? O Procurador-Geral da República? À Lei? À Constituição? À democracia? Independência ou unidade? Diferença ou unidade? A unidade do diferente e o diferente da unidade, eis a relação paradoxal.

No *presente*, essa Instituição mesmo e sua lei, que nasce sob a promessa da efetividade social e da proteção ao Estado Democrático de Direito, possibilitou a que cada um de seus membros, levados pelo canto das sereias, impusesse seus valores, autoproclamados republicanos, em detrimento a essa mesma lei (unidade institucional). Acordos de delação premiada e de leniência, termos de ajustamento de condutas, investigações criminais, denúncias foram todas direcionadas contra inimigos eleitos em nome da independência funcional. Essa disputa de poder e, sobretudo, monopólio por ser O guardião da lei passam a ficar “fora” da instituição e de sua lei, sobretudo do Estado Democrático de Direito e dessa promessa. O excesso de independência funcional é seu veneno. Em tempos de pandemia, para matar o vírus, o remédio mata o hospedeiro. Isto é, em nome da democracia, seus membros agem “fora” dela, matam-na. Eis, aqui, quando há a dose do veneno.

---

<sup>43</sup> Como acontece em qualquer situação de imposição, e a estratégia desconstrucionista é particularmente sensível a este respeito, a reivindicação dos direitos da parte de quem sofre a imposição pode simplesmente não ocorrer por algum tempo e, quando ocorre, pode muito bem ser ignorada, desprezada, reprimida ou rejeitada, ou mesmo causar indignação, mas tal reivindicação não deixa de permanecer, contudo, como algo incontornável. É neste sentido que se coloca a necessidade de um momento ou, como diz Derrida, de uma *fase* de inversão no interior do trabalho *desconstrucionista* (...) Mas, *por outro lado*, este momento de inversão é estruturalmente inseparável de um momento de *deslocamento* com relação ao sistema a que antes pertenciam os termos de uma dada oposição conceitual. Estes últimos, uma vez deslocados para outro lugar, vão inscrever um outro sistema, um outro registro discursivo. Já se pode antever, portanto, que não se trata de uma pura e simples inversão, nem tampouco do aprofundamento de um único e mesmo sistema conceitual. Re-situados em um outro registro, segundo outros critérios, não se pode pensar que, ainda assim, se trate dos *mesmo* termos. (DUQUE-ESTRADA, Paulo César. *Às Margens - a Propósito de Derrida*. Rio de Janeiro:Loyola,2002, pp. 11-12)

Mas há tempos vivemos um sono conservador e as instituições agem sob esse viés, essa temporalidade kairológica, logocêntrica, que não permite para além dessa dualidade entre independência funcional ou unidade institucional em nome de ações políticas que, em seus extremos, significam o veneno para o Estado Democrático de Direito.

Pensemos, portanto, no Rosto dos atores. O Procurador-Geral da República, Augusto Aras, nomeado fora da lista tríplice, arquiva procedimentos investigatórios abertos contra o Presidente da República, centraliza as ações de controle em relação ao governo federal, mantém-se subserviente à lógica conservadora em nome da unidade institucional e, ainda, para a proteção do Guardião da Lei, o Presidente da República.

Essa relação é escancarada diante do sujeito do direito e do soberano ou, para ilustrarmos, um kafkaniano “diante da lei”.<sup>44</sup>O homem do campo que está diante

---

<sup>44</sup> Diante da lei. Franz Kafka

Diante da lei, encontra-se um guardião da porta. Um homem do campo vai até ele e pede para entrar na lei. Mas o guardião diz que no momento não é possível conceder-lhe a entrada. O homem então reflete e indaga se mais tarde lhe será permitido entrar. “É possível”, diz o guardião, “mas agora não”. Uma vez que o acesso para a lei se encontra como sempre aberto e o guardião se afasta para o lado, o homem se abaixa para ver o interior. Ao perceber isso, o guardião ri e diz: “Se o atraí dessa forma, tente então entrar, apesar de minha proibição. Observe apenas o seguinte: sou poderoso. E sou somente o mais inferior dos guardiães. Todavia, cada sala tem o seu, um mais poderoso do que o outro. Nem mesmo eu posso mais suportar a visão do terceiro”. O homem do campo não esperava por tais dificuldades; é claro que a lei devia ser sempre acessível a todos, pensa ele, mas agora ao observar mais atentamente o guardião em seu casaco de pele, com o grande nariz pontiagudo, a longa barba tártara, fina e escura, acaba decidindo que é melhor aguardar, até obter a permissão para a entrada. O guardião lhe dá um banquinho e deixa-o sentar-se ao lado da porta. Ali fica ele durante dias e anos. Faz várias tentativas para ter sua entrada admitida, cansando o guardião com seus pedidos.

Este o submete com frequência a pequenos interrogatórios, perguntando sobre sua terra natal e diversas outras coisas, mas são perguntas sem interesse, como as que costumam fazer os fidalgos; e, finalmente, o guardião repete sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. Tendo preparado muitas coisas para a viagem, o homem dispense tudo, por mais valioso que seja, para subornar o guardião. Embora aceite tudo, o outro acaba sempre por declarar: “Apenas aceite para que você não pense que perdeu a ocasião de fazer algo”. O homem observa o guardião durante muitos anos quase ininterruptamente. Esquece-se dos outros guardiães, parecendo-lhe que aquele primeiro era o único obstáculo para entrar na lei. Ele amaldiçoa sua falta de sorte, nos primeiros anos desrespeitosamente alto; mais tarde, à medida que vai ficando velho, apenas resmungo consigo mesmo. Torna-se infantil, e, à força de examinar durante anos atentamente o guardião, acaba por conhecer também as pulgas da gola de seu casaco, pedindo que estas o ajudem a fazê-lo mudar de ideia. Finalmente sua vista enfraquece, mas ele não sabe se de fato escureceu em torno ou se apenas seus olhos o enganam. Porém, agora na escuridão, ele se dá conta de um brilho inextinguível que irrompe da porta da lei. Já não lhe sobra muito tempo de vida. Antes de morrer, as experiências do tempo que lá levou convergem em sua cabeça numa pergunta, a qual até o momento ainda não havia feito ao guardião. Acena para ele, visto que não consegue mais erguer seu corpo cada vez mais enrijecido. O guardião precisa se inclinar bastante, pois a diferença de tamanho aumentou muito, de modo desfavorável ao

da lei, de frente à lei, em um posição marcadamente de sujeição diante do guardião que, no entanto, interdita o acesso à lei. Nem mesmo o próprio guardião está na *presença* da lei que também está separado da lei por essa relação de interdição. Há sempre um guardião mais forte, chegando a tal ponto que o “terceiro” é inacessível mesmo ao guardião.

Este homem do campo representa bem o caráter proibido/interdito da lei como nome e atributo. Essa é a relação paradoxal de seu acontecimento. É ela mesma proibida, interditada, um local interdito. Não se alcança a lei, apenas se alcança seu guardião, com seus representantes e, de outro lado, estes são interditores e seus mensageiros. Nós devemos permanecer ignorantes de quem ou o quê ou onde é a lei, nem saber quem é, como se apresenta, de onde vem e como fala. É isso que importa na lei.<sup>45</sup>

Essa lei que é interditada ao homem do campo é a mesma que a funda, essa lei que *difere* seu julgamento, cuja essência é a própria lei que nunca se dá a ver, também não pode ser determinada, subtraindo-se à essência do ser que seria a *presença*. Assim, esse homem do campo não seria, pela própria ausência da lei, um sujeito à margem da lei, um fora da lei?

Se, então, o homem do campo está fora da lei, além da lei, ele é, no finito, mas também no infinito, um pré-julgado. Esse infinito que nos traz um Rosto.

Deborah Duprat, Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, cujo mandato neste órgão expirará em maio de 2020, apresenta esse homem do campo diante da lei. Sua atuação na pandemia foi de emitir nota técnica aos demais membros do Ministério Público que eventual relaxamento nas medidas de distanciamento, sem motivação suficiente e fundamentada dos órgãos de proteção à saúde, geraria, em tese, atos de improbidade administrativas dos

---

homem. “O que ainda quer saber agora?”, indaga, “você é insaciável”. “Todo mundo aspira à lei”, diz o homem, “como então se explica que, em todos esses anos, ninguém além de mim solicitou admissão?” O guardião pressente que o homem já está chegando ao fim e, para ainda alcançar sua audição deficiente, ele berra: “Ninguém mais podia ser admitido aqui, pois esta entrada se destinava somente a você. Agora vou e a tranco”.(NASCIMENTO, Evandro. O tempo e o espaço da tradução. *Revista Letras*, Curitiba, ufpr, n. 95 123-142, jan./jun. 2017).

<sup>45</sup> DERRIDA, Jacques. *Before the Law*. in: *Acts of Literature*. Ed. Derek Attridge. London: Routledge, 1992. p. 203-204.

gestores públicos. Ademais, seu histórico de atuação no combate à tortura, assim como em prol do reconhecimento e da efetividade dos direitos dos “fora da lei”, os marginalizados, destacam uma ação que fortalece o regime democrático e a própria Instituição ou a lei da instituição.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Devemos compreender que a história do Ministério Público no ordenamento jurídico é, ao mesmo tempo, uma história institucional e também biográfica. É uma história de vida e de morte de seus membros, uma biografia que fica inscrita em cada parecer, em cada recurso, em cada petição produzida pelos seus membros. Preservar a memória e a história institucional do Ministério Público é preservar a biografia de seus membros que, arduamente, lutaram pelo espaço constitucionalmente adquirido com a Constituição de 1988.

Mais, preservar a memória e a história institucional do Ministério Público significa contemplar seus membros com condições e possibilidades para a proteção daqueles que conferem sentido à existência institucional. Preservar e conservar o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito é também mostrar o Rosto daqueles que lutaram e lutam pela defesa dos vulnerabilizados, marginalizados e violentados pelo sistema dominante.

Assim como o Ministério Público historicamente saiu da margem da divisão de poderes para desestabilizar o centro da dinâmica institucional do Estado de Direito, é preciso que, mesmo e principalmente em momentos de crises políticas, consiga operar sob uma lógica da *differánce*, do diferente, do outro.

Preservar e conservar a memória do Ministério Público é homenagear e fazer jus ao Rosto de Déborah Duprat pela sua atuação em prol da defesa do regime democrático e contra o sistema político-econômico de opressão que fulmina os direitos fundamentais e sociais conquistados em meio a sangue daqueles que lutaram bravamente contra a ditadura civil-militar.



SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; NOGUEIRA, Bernardo G. B.; SILVA, Diogo Bacha e. Alteridade, diferença e ministério público em tempos de coronavírus. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AFONSO DA SILVA, José. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 679.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALEXY, Robert. Sobre duas justaposições: conceito e natureza, direito e filosofia. Alguns comentários sobre “pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. Trad. Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: *Magia, técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 8ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

CAPUTO, John. *Religion Without Religion: The Prayers and Tears*. London: Routledge, 2002.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz M. N. Da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2009.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz M. N. Da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2009.

DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. 3. ed. São Paulo: Editora Iluminuras, 2005.

DERRIDA, Jacques. Before the Law. in: *Acts of Literature*. Ed. Derek Attridge. London: Routledge, 1992.

DERRIDA, Jacques. *Essa estranha instituição chamada literatura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

DERRIDA, Jacques. *Mal de Arquivo: uma impressão freudiana*. Trad. Claudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. *Às Margens - a Propósito de Derrida*. Rio de Janeiro: Loyola, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: m, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, dec. 2001, p. 766-781.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de; NOGUEIRA, Bernardo G. B.; SILVA, Diogo Bacha e. Alteridade, diferença e ministério público em tempos de coronavírus. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 6ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Novos Estudos Cebrap*, nº 26, março de 1990, p. 100-113.

HADDOCK-LOBO, Rafael. *Derrida e o labirinto de inscrições*. Porto Alegre, RS: editora Zouk, 2008.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, p. 65-94, 2010. Disponível em: <https://goo.gl/xw5DiR>. acesso em 18 de abril de 2020.

MAZZILI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, p. 65- 73.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Evandro. O tempo e o espaço da tradução. *Revista Letras*, Curitiba, ufpr, n. 95 123-142, jan./jun. 2017.

NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, (22), 107-154.

PLATÃO. *A República*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000.

RICOEUR, Paul. *O justo*. Vol. 2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SAID, Edward. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. Trad. Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

RECEBIDO EM: ABR/2020

APROVADO EM: JUN/2021

## **UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO FRENTE AOS DESAFIOS DO MULTICULTURALISMO**

*A BRIEF ANALYSIS ABOUT THE HERMENEUTIC CRITICISM OF RIGHT IN FRONT  
OF THE CHALLENGES OF MULTICULTURALISM*

**Luana Marina dos Santos<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

A sociedade contemporânea é protagonizada, cada vez mais, pela diversidade étnica, cultural e religiosa, em que a temática do multiculturalismo se afigura como um aspecto relevante, principalmente no que diz respeito ao problema de moralidade e da aplicação da ciência jurídica. Diante da pluralidade de culturas autônomas presentes em um mesmo território, esta pesquisa procura transcender acerca da problemática da hermenêutica jurídica no que tange às inúmeras possibilidades de interpretações constitucionais realizadas pelo Poder Judiciário. Para isso, objetiva-se explicar sobre o fenômeno do multiculturalismo e seus impactos na comunidade jurídica, e, por fim, identificar como a proposta apontada pelo jurista e professor Lenio Streck pode se apresentar como uma resposta para a harmonização das divergências provenientes de sociedades multiculturais, sem abrir mão dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988. O método empregado é o indutivo, aliado ao levantamento bibliográfico e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica, Multiculturalismo, Integridade.

### **ABSTRACT**

Contemporary society is increasingly involved in ethnic, cultural and religious diversity, in which the theme of multiculturalism appears as a relevant aspect, especially with regard to the problem of morality and the application of legal science. In view of the plurality of autonomous cultures present in the same territory, this research seeks to discuss the issue of legal hermeneutics in terms of the numerous possibilities for constitutional interpretations carried out by the Judiciary. To this end, the objective is to explain about the phenomenon of multiculturalism and its impacts on the legal community, and, finally, to identify how the proposal pointed out by the jurist and professor Lenio Streck can present itself as an answer for the harmonization of divergences from multicultural societies, without giving up the fundamental rights and guarantees

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bolsista CAPES/PROEX. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo – Rio Grande do Sul. Brasil. E-mail: [luanamarinads@gmail.com](mailto:luanamarinads@gmail.com).

provided for in the Brazilian Federal Constitution of 1988. The method used is the inductive, combined with bibliographic and documentary surveys.

**KEYWORDS:** Hermeneutics, Multiculturalism, Integrity

## **INTRODUÇÃO**

A interpretação do Direito no interior de sociedades multiculturais é marcada por uma série de divergências conceituais. Os diversos grupos que compõem a sociedade contemporânea protagonizam uma diversidade de padrões que percorrem os campos da religião, do gênero e da sexualidade, da política, da educação, da cultura, e, inclusive, das próprias garantias constitucionais. Impõe-se, neste cenário, o desafio do Direito: salvaguardar direitos e garantias fundamentais ao mesmo tempo em que procura proteger a diversidade e a aplicação das normas jurídicas em uma sociedade que se considera democrática.

Ainda que um mesmo território contenha uma intensa diversidade de opiniões acerca do conteúdo jurídico do texto normativo, um verdadeiro Estado democrático tem o dever de propiciar uma convivência harmônica entre todos os indivíduos, porquanto é necessário que haja uma postura dos poderes instituídos no que diz respeito à interpretação legislativa no interior de sociedades multiculturais, permeadas, justamente, por tamanha diversidade. É neste sentido que se apresenta o importante papel do Direito na absorção da pluralidade normativa e sociológica na sociedade contemporânea quando da prática hermenêutica do intérprete.

Considerando que a prática da hermenêutica jurídica requer responsabilidade e compromisso com a Constituição, ainda que em alguns casos considerados difíceis não haja uma resposta objetiva proveniente do texto legal, é imperioso ressaltar que, ainda que o Direito procure se adequar às dinâmicas de uma sociedade multicultural, as decisões do hermeneuta não podem – e não devem – ter poder de livre convencimento. Cabe ao hermeneuta, neste ponto, evitar fundamentalmente que a decisão dada por este seja objetivada por subjetividade ou ideologia, evitando decisões arbitrárias que não se adequem ao texto

constitucional. Desta forma, apresenta-se a proposta oferecida por Lenio Streck, a fim de que, na medida em que haja a existência de perspectivas multiculturais, também coexista a salvaguarda das normativas previstas no texto constitucional brasileiro, não permitindo a prática arbitrária do aplicador.

Para isso, a partir do método indutivo, aliado ao levantamento bibliográfico e documental, far-se-á, em um primeiro momento, uma breve explanação acerca do multiculturalismo e seus impactos na comunidade jurídica. Na sequência, a partir dos aportes de Lenio Streck e Ronald Dworkin, analisa-se as dificuldades que a hermenêutica jurídica enfrenta quando da aplicação do Direito em sociedades multiculturais, principalmente quando esta se encontra à mercê das influências morais de seus aplicadores. Por fim, debruça-se sobre a proposta oferecida por Lenio Streck, identificando como esta pode se apresentar como uma resposta para a harmonização das divergências provenientes de sociedades multiculturais, sem abrir mão dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Este trabalho utiliza o método indutivo pois parte de observações específicas para, ao final, sugerir conclusões que podem ser consideradas ou não verdadeiras. Este artigo buscou informações bibliográficas e documentais porquanto se utiliza de referenciais teóricos e da busca de documentos como leis, notícias e reportagens. Impende salientar, ainda, que a presente pesquisa não pressupõe o esgotamento do tema, tampouco sugere uma resposta conclusiva ao objeto que aqui se apresenta, mas sim, propõe explicações pontuais acerca da correlação entre os possíveis impactos provindos do fenômeno do multiculturalismo e da aplicação da hermenêutica jurídica.

## **1. O MULTICULTURALISMO E SUAS IMPLICAÇÕES NO MUNDO JURÍDICO**

A diversidade étnica, cultural e religiosa é responsável por protagonizar um dos maiores desafios que o Direito enfrenta em tempos contemporâneos. O multiculturalismo, encarregado de promover vasta pluralidade de culturas em um mesmo território, compõe uma sociedade que, muitas vezes, diverge

radicalmente no que diz respeito à política, à religião, à educação e, especialmente, à própria aplicação das normas jurídicas. No entanto, é justamente nesta vasta diversidade de opiniões, que o Direito encontra seu maior desafio: proteger a diversidade e a aplicação das normas jurídicas em uma sociedade que se considera democrática.

Propiciar uma convivência harmônica entre todas as camadas presentes na sociedade contemporânea se apresenta como tarefa fundamental para uma melhor compreensão do Direito a partir das relações sociais de todas as comunidades<sup>2</sup>. Isso porque, a presença do multiculturalismo também é capaz de gerar uma série de discrepâncias morais, inclusive no que diz respeito aos inúmeros significados semânticos que os próprios Direitos e garantias fundamentais, que se encontram devidamente positivados pela mais recente Constituição Federal Brasileira de 1988, podem promover em diferentes grupos e/ou comunidades<sup>3</sup>.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, chamada de Constituição Cidadã, inspirada pela temática democrática, agrega uma série de direitos fundamentais, individuais e sociais, os quais objetivam salvaguardar princípios basilares e essenciais a todos os indivíduos, como, por exemplo, a igualdade e a dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>. No entanto, ressalta-se que há uma grave ineficácia deste instrumento normativo, uma vez que a tutela destes direitos nem sempre logra êxito em delimitar sua essência ontológica enquanto objeto social, dada a vasta existência de diferentes grupos sociais na sociedade.

Considerando a presença de uma sociedade multiculturalista, tem-se que, na impossibilidade do reconhecimento da diferença dos grupos sociais que compõem

---

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Porto, Portugal: Edições Afrontamento, 2004.

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural, 2004.

<sup>4</sup> 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. 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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://is.gd/Q7arPx>. Acesso em: 11 fev. 2020.

um território nacional, permeia também a impossibilidade de saber quais são os verdadeiros fatores do poder que, pelo menos em tese, deveriam prevalecer. Isso porque, o multiculturalismo presente no mundo contemporâneo caracteriza-se, de acordo com Boaventura de Sousa Santos<sup>5</sup>, como a coexistência de formas culturais ou de grupos “[...] caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas. Rapidamente, contudo, o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global”. Considera-se, portanto, com base em Boaventura, que o multiculturalismo é responsável por protagonizar a coexistência de uma gama de culturas inseridas em um mesmo país ou território.

Diante da presença do multiculturalismo que, conforme Boaventura<sup>6</sup>, está presente no mundo todo – inclusive no Brasil –, é possível questionar acerca do paradigma que envolve os conceitos básicos de determinados direitos e garantias salvaguardados no texto constitucional brasileiro. A problemática de reconhecer a existência de diferentes significados para um mesmo Direito em sociedades tão plurais, abre margem para que o Direito passe a questionar a aplicabilidade de determinados preceitos legais junto às possibilidades e dificuldades de construção de novas culturas em um mesmo espaço territorial.

Conforme Haas<sup>7</sup>, se insere, neste contexto, a necessidade da conciliação da diferença no que diz respeito à aplicabilidade de direitos e garantias, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, porquanto estes são os responsáveis por positivar salvaguardas necessárias para uma vida humana digna. No entanto, segundo a autora, dada a coexistência de uma série de culturas inseridas em um único território, pode-se afirmar que a concepção de direitos, como a vida digna, por exemplo, pode lograr êxito em permitir, também, a coexistência de uma série de interpretações, variando de grupo para

---

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Porto, Portugal: Edições Afrontamento, 2004. p. 20.

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. p. 20.

<sup>7</sup> HAAS, Ingrid Freire. Multiculturalismo na atualidade: o direito à cultura e sua expressão nos direitos humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** - PUC Minas Serro, n. 5, p. 105-127, 2012. Disponível em: <https://is.gd/drIXin>. Acesso em: 9 fev. 2020.

grupo. Assim, os direitos perseguidos para que esta vida digna se concretize também irão, conseqüentemente, variar conforme o grupo que os reivindique<sup>8</sup>.

Poder-se-ia afirmar, que diante da premissa que envolve o multiculturalismo e a aplicabilidade do Direito posto, nem sempre é possível adequar a ordem legislativa para de acordo com os interesses de todas as culturas existentes. Neste sentido, exsurge-se o desafio do Direito. Assim, para Boaventura de Souza Santos<sup>9</sup>, compreender que a ordem legislativa atua para que exista estabilidade nas relações sociais contemporâneas é passo fundamental para compreender de que maneira – ou em que medida –, este mesmo Direito logra êxito em atuar em consonância com a pluralidade que se estabelece entre as sociedades.

Ocorre que o Direito, ainda que busque solucionar os conflitos individuais e coletivos da sociedade em geral, deixa de ser linear, uma vez que este passa a ter que lidar “[...] não somente com as antigas questões ainda não resolvidas, mas também a tutelar novos conflitos que vêm surgindo”<sup>10</sup>, especialmente no que tange à pluralidade de entendimentos normativos provenientes da incidência do multiculturalismo. Logo, tendo em vista que o multiculturalismo corresponde à diversidade, “[...] uma vez que aceita diversas opiniões sobre um mesmo tema, abolindo o pensamento único”<sup>11</sup>, reconhece-se a função primordial do Direito quando necessário para fins de reconhecer tal existência multicultural e, conseqüentemente, incentivar o diálogo entre os grupos em prol da garantia de uma vida digna, ainda que com conceitos não especificamente definidos.

A percepção do conceito do multiculturalismo carrega consigo, ainda, a noção de respeito às diferenças culturais e a preservação da diversidade cultural de minorias étnicas, livrando-as da forte interferência de culturas hegemônicas. Assim, é possível dizer que esta noção de salvaguarda às diferenças culturais

---

<sup>8</sup> HAAS, Ingrid Freire. Multiculturalismo na atualidade: o direito à cultura e sua expressão nos direitos humanos. p. 105-127.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-32, jun., 1997. Disponível em: <https://is.gd/b73AxS>. Acesso em: 9 fev. 2020.

<sup>10</sup>PEREIRA, Mychelli Araújo de Oliveira. A questão dos direitos fundamentais na atual sociedade multiculturalista. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v.4, p. 43-58, 2013. p. 51. Disponível em: <https://is.gd/VuYv1K>. Acesso em: 30 jan. 2020.

<sup>11</sup>PEREIRA, Mychelli Araújo de Oliveira. A questão dos direitos fundamentais na atual sociedade multiculturalista. p. 52.



recai, também, sob o manto protecionista que rega a salvaguarda dos direitos fundamentais<sup>12</sup>. Permitir que a ordem legislativa possa se adequar no seio da sociedade, e não a partir de um formalismo exacerbado, consente que o Direito possa ser compreendido como um agente efetivo de transformação social, “pois à medida que é capaz de ouvir e conciliar as mais diversas culturas que se encontram unidas pelo sentimento de comunidade e solidariedade, permite também identificar a diferença como agente discriminador positivo”<sup>13</sup>.

Cumprido esclarecer, no entanto, que mesmo que a mais recente Constituição Brasileira tenha procurado positivar valores e garantias que busquem salvaguardar direitos fundamentais para minorias étnicas, para além do desafio que o Direito enfrenta no que tange à salvaguarda destes direitos e garantias fundamentais em sociedades tão plurais, a comunidade jurídica lida, também, com a falta de eficácia destes mesmos instrumentos normativos<sup>14</sup>. A falta de eficácia destes direitos, de acordo com Streck, se dá, pois, “em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social –, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei”<sup>15</sup>.

Assim, considerando que os direitos fundamentais ainda não lograram êxito em atingir a todos os grupos sociais, substancialmente aqueles menos privilegiados, porquanto o Brasil segue apresentando uma série de estatísticas numéricas que apontam para a precária condição de vida das classes mais hipossuficientes<sup>16</sup>, é imperioso destacar que haja, formalmente, a formulação de programas que busquem institucionalizar deveres aos poderes públicos para fins de materializar

---

<sup>12</sup> PEREIRA, Mychelli Araújo de Oliveira. A questão dos direitos fundamentais na atual sociedade multiculturalista. p. 51.

<sup>13</sup> PEREIRA, Mychelli Araújo de Oliveira. A questão dos direitos fundamentais na atual sociedade multiculturalista. p. 55.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. p. 16.

<sup>16</sup> De acordo com pesquisa realizada em 2018 pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), a pobreza no Brasil não está ligada apenas a questões monetárias, mas também à privação de um ou mais direitos, como: educação, informação, proteção contra o trabalho infantil, moradia, água e saneamento. FORTUNA, Deborah; SOARES, Ingrid. Pobreza no Brasil não está ligada apenas a questões financeiras. **Correio Braziliense**, 15 ago., 2018. Disponível em: <https://is.gd/jpptyS>. Acesso em: 9 fev. 2020.

o apregoado pelo texto normativo no intuito de que estas sejam devidamente cumpridas. Para Streck<sup>17</sup>,

[...] não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção do Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito, entendendo-se como um modo de produção de Direito [...]. É importante observar, no meio de tudo isto, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição.

No que tange a isso, sustenta-se a necessidade de uma nova postura dos poderes instituídos do Estado Democrático de Direito no que diz respeito, não somente à eficácia da proteção dos dispositivos constitucionais, mas, também, àquilo que for relativo à interpretação da salvaguarda de direitos e garantias – especialmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais – no interior de sociedades permeadas pela diversidade de grupos sociais que ocupam um mesmo território nacional, sobretudo quando a tradição e os significados que compõem a salvaguarda destes direitos apresentam inúmeros significados em sociedades multiculturais.

Deste modo, considerando a realidade plural das sociedades contemporâneas, altamente permeadas pela diferença cultural, cabe a estas, cada vez mais, recorrer ao Estado de Direito para suportar seus interesses contrapostos, bem como para lutar para garantir socialmente até mesmo os direitos que já se encontram constitucionalmente positivados. Assim, é diante deste desafio – de garantir o desenvolvimento interpretativo das normas jurídicas em sociedades multiculturais, bem como promover a efetividade das normas constitucionais –, que se apresenta a importância do papel da hermenêutica jurídica, que:

[...] além de dizer o que as normas jurídicas efetivamente significam ou passam a significar ao longo de sua aplicação no tempo, cabe-lhe enunciar os princípios gerais que

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 33.

presidem a vigência e eficácia das normas jurídicas, bem como conceber os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema normativo<sup>18</sup>.

Não se nega a necessidade de caminhar ao encontro de uma sociedade apta a uma maior interpretação Constitucional, objetivando abarcar a sociedade multicultural que se apresenta. No entanto, se apresenta, na mesma medida, a necessidade de assegurar a verdadeira eficácia e salvaguarda de direitos fundamentais, independente da comunidade na qual estes serão aplicados. Logo, considerando que o papel da hermenêutica é permitir ao poder judiciário imprimir o real desenvolvimento e interpretação das normas constitucionais, verificar-se-á, no próximo capítulo, os desafios enfrentados pela hermenêutica jurídica quando da aplicação de normas legislativas, especialmente no que diz respeito à interpretação moral do exegeta quando inserido em sociedades pautadas pelo multiculturalismo.

## 2. HERMENÊUTICA JURÍDICA E SEUS DESAFIOS

Conforme Streck<sup>19</sup>, “no Direito, podemos dizer que as palavras da lei não são unívocas”. Isso quer dizer que as palavras não necessariamente logram êxito em refletir a essência das coisas, razão pela qual, de acordo com o jurista, não basta a palavra da lei. Neste sentido, compreende-se que o sentido da lei só é capaz de existir em um determinado contexto. Ainda de acordo com Streck<sup>20</sup>, “o texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do seu texto. Nós não inventamos os sentidos. Estamos comprometidos com isso que chamamos de ‘mundo’”. A partir destes excertos, o jurista explica que o Direito, por si só, é um fenômeno complexo, assim como a realidade. Para o autor<sup>21</sup>,

[...] o mundo não é um *quiz show*. A realidade também não. Direito é um fenômeno complexo. Não adianta fazer decoreba. Há sempre um a priori que compartilhamos

---

<sup>18</sup> REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 107.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. São Leopoldo: Edição do autor, 2017. p. 4.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. p. 5.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. p. 5.

mesmo sem nos darmos conta. Não há espaço para uma linguagem privada. Hermenêutica, no modo como eu trabalho, é antisolipsista. Por isso, o sentido do Direito será o que ele diz que é. E isso não é democrático.

Ainda, de acordo com Streck<sup>22</sup>, “o juiz não é dono dos sentidos. E nem os cria. Ele não é nem escravo dos sentidos e nem o seu dono. As constituições passam a ser normas: sim, um dever ser. Elas abarcam uma espécie de ideal de via boa”. Logo, levado em conta o fato de que a hermenêutica reflete a responsabilidade e o compromisso com a constituição, quando o juiz não pode – e não deve – ter poder de livre convencimento, cabe ao hermeneuta, deste modo, livrar-se da tentação de “chutar uma resposta”, evitando, fundamentalmente, que a decisão dada por este seja objetivada por subjetividade, ideologia, ou, até mesmo, por seus próprios interesses pessoais.

Ocorre que, de acordo com Streck<sup>23</sup>, o Poder Judiciário se depara com decisões judiciais que nem sempre são democráticas, ou seja, decisões “nas quais o juiz procedeu de modo arbitrário, conforme a sua consciência individual, e isso é um desrespeito ao Estado Democrático de Direito que estabelece as regras do jogo qual o juiz atua”. Verifica-se, então, que há um sério problema no que diz respeito aos atos interpretativos e discricionários aplicados por juízes quando chegado o momento de suas decisões, pois, para Streck<sup>24</sup>:

[...] o juiz se encontra, quer queira quer não, submetido a um contexto intersubjetivo de significação em que os sentidos dos textos jurídicos (e dos fatos) com que lida não estão à disposição de sua livre apreciação para avaliá-los de maneira que ele, subjetivamente entende mais conveniente.

De acordo os desafios apresentados por Streck, é possível compreender que o hermeneuta possui grande responsabilidade quando da aplicação de sua decisão, mormente porque este, muitas vezes, não separa seu sentimento moral da aplicação de determinado preceito jurídico. Cumpre observar, neste sentido, que nem sempre as decisões do hermeneuta serão capazes de extrair o verdadeiro sentido e alcance da norma constitucional à luz de determinada sociedade.

---

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. p. 15.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. p. 24.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. p. 25.

Considerando que a noção de pluralismo jurídico se traduz ao reconhecimento da diversidade proveniente do multiculturalismo, já que este é capaz de originar a coexistência da interpretação de ordens jurídicas em um mesmo espaço geopolítico, verifica-se que “a diversidade de fontes do Direito e de perspectivas multiculturais que concorrem para dar sentido ao Direito, parecem, a princípio, transformar o Direito em algo heterogêneo e incoerente”<sup>25</sup>. Desta forma, o multiculturalismo, ao permitir que uma pluralidade de sociedades esteja sujeita ao mesmo texto legal, traduz aos juristas e aplicadores do Direito a necessidade de compreender que a Constituição necessita se amoldar aos valores contemporâneos que determinada sociedade regula, objetivando a possibilidade de se reinventar de acordo com todas as sociedades sem, no entanto, implicar em mudanças que enfraqueceriam ou deslegitimariam direitos e garantias constitucionais.

Isso porque, ainda que um mesmo território contenha uma vasta diversidade de opiniões acerca do conteúdo jurídico do texto normativo, um Estado democrático ainda tem o dever de propiciar uma convivência harmônica entre todos estes indivíduos, sem abdicar nenhum grupo da proteção e salvaguarda de direitos, especialmente Direitos Humanos e fundamentais.

Considerando, portanto, que a presença do multiculturalismo permite uma intensificação das diversas possibilidades de construção do sentido do Direito, dada a compreensão da existência de uma sociedade funcionalmente diferenciada e policêntrica, é possível também afirmar que o choque entre as culturas proporcionado pelo multiculturalismo nem sempre traz benefícios. Exemplo disso, é a dizimação dos povos indígenas em face à permanência da cultura hegemônica eurocêntrica, responsável por promover, direta e indiretamente, o desaparecimento de várias culturas indígenas desde a chegada do povo europeu às Américas<sup>26</sup>. Estas comunidades, por sua vez, ainda

---

<sup>25</sup> CARVALHO, Meliza Marinelli Franco. Integridade e pluralismo jurídico: desafios para a hermenêutica constitucional brasileira. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 90, n. 2, p. 96-121, jul./dez. 2018. p. 99. Disponível em: <https://is.gd/ZfpiJj>. Acesso em: 30 jan. 2020.

<sup>26</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 156-195, 2017. Disponível em: <https://is.gd/D7AE5U>. Acesso em: 11 fev. 2020.

permanecem sendo violentadas, inclusive pelo próprio governo brasileiro, demonstrando que o desaparecimento de culturas e o choque cultural é um movimento constante e presente durante todo o período da história da humanidade<sup>27</sup>.

Enfatiza-se que a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais é de tamanha importância na medida em que se constitui indispensável para a paz e a segurança no plano nacional e internacional. No entanto, apesar deste discurso, cabe ressaltar que o simples reconhecimento da diversidade cultural não implica, necessariamente, em um espaço que promova esta pluralidade em um cenário sociopolítico. Priorizar a pluralidade das expressões culturais no mundo contemporâneo também pressupõe a instauração de políticas que efetivamente priorizem esta diversidade, em que seja possível a existência de um sistema que estabeleça determinada mediação entre as divergências provindas destes choques culturais, não apenas um discurso que reconheça a pluralidade de expressões culturais de um grupo de indivíduos ou de determinada comunidade.

Ocorre que as práticas culturais de determinados grupos, muitas vezes, violam a própria noção de direitos fundamentais, ou seja, algumas de suas práticas logram êxito em ferir a própria dignidade da pessoa humana e, mais além, a própria vida. Exemplo disso, é o caso do infanticídio indígena<sup>28</sup>. Todavia, de acordo com Streck<sup>29</sup>, “em nome de certo multiculturalismo ingênuo, alguns parlamentares e antropólogos têm se posicionado contra qualquer tipo de interferência do Estado em relação à prática desse comportamento”. Neste sentido, cabe ao poder judiciário, aliado à prática hermenêutica, identificar em

---

<sup>27</sup> BRAGATO, Fernanda Frizzo; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. p. 156-195.

<sup>28</sup> Prática cultural que ocorre em algumas tribos indígenas brasileiras, a qual vitima crianças de várias idades, em busca da preservação cultural da etnia. Em algumas tribos, a prática pode ser motivada pelo fato de a criança nascer com alguma deficiência física, filho de mãe solteira, ou gerado em uma relação de adultério, por exemplo. JESUS, Marcus Mendonça Gonçalves de; PEREIRA, Erick Wilson. Infanticídio indígena no Brasil: o conflito entre o direito à vida e à liberdade cultural e religiosa dos povos indígenas. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 353-380, jan./abr., 2017. Disponível em: <https://is.gd/EkNgn5>. Acesso em: 11 fev. 2020.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. A morte de crianças pode ser considerada uma questão cultural? **Consultor Jurídico** – Conjur, 29 out., 2015. Documento eletrônico. Disponível em: <https://is.gd/EKB2tD>. Acesso em: 30 jan. 2020.

que medida a prática do infanticídio indígena pode ser gerida em uma sociedade que tem como princípio a proteção dos direitos e garantias fundamentais da criança, por exemplo.

Para Streck<sup>30</sup>,

[...] um multiculturalismo ingênuo, que naturaliza a morte de crianças (ou a ablação de mulheres na África), acaba caindo em um discurso puramente relativista e, mais tarde, encontra sérias dificuldades para apresentar argumentos consistentes em defesa dos direitos Humanos. Se a morte de crianças indígenas possui um sentido cultural para as comunidades que o praticam, é importante lembrar que as execuções do Estado Islâmico, motivadas pela ortodoxia religiosa, também o possui. Mutilação de partes femininas, idem. A situação é a seguinte: ou assumimos um discurso relativista e, portanto, aceitamos a normalização dessas práticas; ou abandonamos o relativismo e, assim, assumimos a integridade e a coerência como um ponto fundamental para a defesa dos direitos humanos.

Afinal, assim como questiona Streck, pode o infanticídio ser considerado como uma questão cultural? Esta breve pesquisa está longe de apresentar respostas para esta pergunta, uma vez que esta temática implica em uma série de observações relativas à comunidade na qual ela será aplicada. No entanto, cumpre esclarecer que o exemplo aqui demonstrado é capaz de refletir a importância da hermenêutica na comunidade jurídica e social, cabendo, pois, aos intérpretes do Direito identificar de que maneira pode ser possível conciliar o multiculturalismo com as práticas culturais destas e outras comunidades. Para isso, observar-se-á, no próximo capítulo, a concepção apresentada por Lenio Streck, esta, por sua vez, baseada, entre outros, em Ronald Dworkin, a fim de apresentar aportes específicos que objetivem discorrer acerca da aplicação do Direito em sociedades contemporâneas multiculturais, com o objetivo de evitar a prática discricionária do intérprete.

---

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. A morte de crianças pode ser considerada uma questão cultural? **Consultor Jurídico** – Conjur, 29 out., 2015. Documento eletrônico. Disponível em: <https://is.gd/EKB2tD>. Acesso em: 30 jan. 2020.

### **3. A CRÍTICA HERMENÊUTICA JURÍDICA DIANTE DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO MULTICULTURALISMO**

Considerando que esta pesquisa, até a presente seção, procurou identificar o desafio da hermenêutica jurídica em aplicar o Direito, principalmente quando se encontra presente uma vasta gama de divergências morais que implicam, como já abarcado, em diferenças no que concerne às questões de religião, sexualidade, gênero, política e, inclusive, no que diz respeito aos fundamentos de uma decisão judicial. Baseando-se nos aportes teóricos de Lenio Streck, e Ronald Dworkin, procurar-se-á problematizar, por fim, o desafio do multiculturalismo na comunidade jurídica, objetivando, essencialmente, a salvaguarda de garantias constitucionais fundamentais.

Ao contrário de Hart<sup>31</sup>, para Dworkin<sup>32</sup>, o juiz, ao se deparar com a inexistência de determinada lei para aplicar ao caso concreto, deve valer-se da utilização de um conjunto de princípios para a melhor interpretação da estrutura política naquela comunidade. No entanto, de acordo com Streck<sup>33</sup>, é primordial ter muito cuidado com a “construção” destes princípios, pois, ainda que os princípios sirvam para resolver determinados problemas provenientes de casos difíceis, os mesmos deverão servir para fechar a interpretação do hermeneuta, e não abrir a interpretação jurídica.

No que tange à interpretação jurídica, de acordo com Dworkin<sup>34</sup>, quando o hermeneuta se encontra mediante a algum caso de difícil solução, este deverá empregar padrões que percorram a aplicação de princípios. Para Dworkin<sup>35</sup>,

---

<sup>31</sup> Para Hart, a discricionariedade seria vital, pois as normas possuem textura aberta. Esta característica seria arraigada à norma, tendo em vista a impossibilidade, na estratégia escolhida, para a transmissão de padrões de comportamento prever todas as situações possíveis, seja o precedente ou a legislação. Na visão de Hart, diante desta incompletude e textura aberta, torna-se necessário, em casos não regulamentados juridicamente, os tribunais exercerem a função legislativa limitada denominada discricionariedade. HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



princípios são diferentes de regras, pois o primeiro, ao contrário do segundo, que contempla ou não contempla a situação do mundo da vida, protagoniza a dimensão do peso ou da importância. Sobre este aspecto, afirma Streck<sup>36</sup>, que princípios definitivamente não são normas, tampouco valores ou atos que podem ser inventados, no entanto, muitas vezes, “quando a regra (lei) não é justa ou não lhe agrada pessoalmente, o juiz pós-positivista passa a lançar mão de qualquer coisa, inclusive inventando axiomas subjetivistas que levam o nome de ‘princípio’. Resultado: uma hecatombe”. Ou seja, o jurista passa a moralizar as leis e o próprio Direito, muitas vezes, passando por cima de leis votadas e aprovadas de maneira democrática.

Ainda, de acordo com Streck<sup>37</sup>, “quando nos movemos no mundo do sentido, compreendendo e interpretando, não o fazemos a partir de nossa consciência apartada do mundo”. Isso porque, os sentidos não necessariamente partem da consciência de quem o interpreta, “mas, sim, de sua inserção em um mundo repleto de significados compartilhados intersubjetivamente<sup>38</sup>”. Aí se insere o importante papel dos princípios no intuito de combater a discricionariedade daquele que interpreta os sentidos do mundo.

Somando-se à ideia da utilização de princípios, e objetivando identificar um suporte de padrões para as decisões dadas pelo julgador em casos difíceis, especialmente em casos nos quais há convergências de semântica, aliada à Filosofia Hermenêutica (Heidegger), à hermenêutica filosófica (Gadamer) e, substancialmente, no plano da teoria do direito, aos aportes da teoria integrativa de Dworkin, é que se constitui a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), atuante como oposição à discricionariedade e ao ativismo judicial<sup>39</sup>.

Heidegger, Gadamer e Dworkin contribuem enquanto cosmovisão básica para constituir a teoria de Lenio Streck, a qual objetiva, de certa forma, auxiliar na

---

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. p. 26.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto? A hermenêutica jurídica. **Consultor Jurídico** – Conjur, 29 ago., 2015. Documento eletrônico. Disponível em: <https://is.gd/7bkJ9a>. Acesso em: 31 jan. 2020.

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto? A hermenêutica jurídica. **Consultor Jurídico** – Conjur, 29 ago., 2015. Documento eletrônico. Disponível em: <https://is.gd/7bkJ9a>. Acesso em: 31 jan. 2020.

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. p. 26.

aplicação de casos que não tenham uma solução direta (de fácil aplicação). Os aportes de Streck, por consequência, auxiliam a forma de aplicar o Direito diante dos problemas apontados, muitos deles pautados pela discricionariedade do exegeta em uma sociedade tão plural quanto a da realidade brasileira.

Streck<sup>40</sup> explica que a Crítica Hermenêutica do Direito tem como ponto de partida o fato de que há decisões judiciais que não são democráticas, abrindo espaço para um problema que se constitui na medida da aplicação do ato interpretativo do juiz no momento de sua decisão. Assim, procura a CHD, substancialmente, despertar a comunidade jurídica acerca da discricionariedade e de seus derivados genéricos. Desta forma, explica Streck, que há ênfase na necessidade de uma teoria da decisão.

Conforme já observado, é importante lembrar que toda e qualquer decisão deve ser entendida como um processo que requer, acima de tudo, responsabilidade política, não podendo esta, por si só, ser compreendida por uma escolha personalista. No entanto, como bem observado por Streck<sup>41</sup>, não existe um “grau zero de sentidos”, razão pela qual a hermenêutica “não proíbe que se trabalhe em um nível lógico ou argumentativo, mas sabe que há uma dimensão interpretativa ou existencial que antecede e que é condição de possibilidade para qualquer discurso”.

Neste sentido, Streck aponta para a importância dos princípios<sup>42</sup>, uma vez que estes servem para fechar a interpretação jurídica. Poder-se-ia dizer, dessa forma, que não há cisão estrutural entre regras e princípios, uma vez que da mesma maneira, nos casos em que deve ser aplicada a literalidade da regra, isso só é possível porque ela vem justificada por um princípio que lhe sustenta<sup>43</sup>. Assim, considerando que a Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>44</sup> prevê a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, ainda que o aplicador se

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. p. 21.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. p. 22.

<sup>42</sup> Para o autor, os princípios deverão ser sempre normativos no combate à discricionariedade proposta pela CHD. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. São Leopoldo: Edição do autor, 2017.

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

<sup>44</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://is.gd/Q7arPx>. Acesso em: 11 fev. 2020.

encontre em uma situação difícil, explica o autor, que estes dispositivos só poderão deixar de aplicados em hipóteses específicas, quais sejam:

- a) quando se tratar de inconstitucionalidade;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias;
- c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição;
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto;
- e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto;
- f) quando deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos esses como não standards teóricos ou enunciados performativos<sup>45</sup>.

Para Streck, as hipóteses apresentadas trariam mais segurança quando da aplicação da norma jurídica. Certa previsibilidade que, para o jurista, deve ser proveniente do direito, e não da moral. Ainda, para Streck<sup>46</sup>, as seis hipóteses solidificam uma certa “blindagem contra-argumentos exógenos que, se utilizados como critérios de fundamentação das decisões, passam a flexibilizar e relativizar as disposições constitucionais”. Neste sentido, compreende-se que estas hipóteses também serviriam para garantir a aplicabilidade de direitos e garantias fundamentais, ainda em casos em que surja a dificuldade de interpretação por parte do jurista, situação corriqueira em sociedades protagonizadas pelo multiculturalismo.

Vale ressaltar que, ainda que o jurista incorpore, de certa forma, a teoria de Dworkin<sup>47</sup> – no que diz respeito à busca pela resposta correta<sup>48</sup>-, Streck<sup>49</sup> explica que, em verdade, é preciso que se busque “a” resposta correta, nem a única, e nem uma entre várias. Esclarece-se: ao lado da justiça e do devido processo

---

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. p. 27.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. p. 27.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>48</sup> A tese da resposta correta ganhou projeção na teoria do direito a partir da crítica de Ronald Dworkin à discricionariedade do positivismo de Herbert Hart, afirmando que, mesmo nos chamados casos difíceis (*hard cases*), a justificativa política do processo está em que as partes possuam direito a uma decisão específica. MARINHO, Jefferson Luiz Alves. Teoria da integridade de Ronald Dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta. In: XI SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11., 2015, Santa Catarina. **Anais...** [...]. Santa Catarina: Unisc, 2015. Disponível em: <https://is.gd/uQtAtH>. Acesso em: 11 fev. 2020.

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. p. 28.

legal, a integridade, para Dworkin<sup>50</sup>, sugere que “o governo, de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, estenda, a cada um, padrões fundamentais de justiça e equidade”. Dessa forma, a integridade se constitui como parte da moral política coletiva, na qual a comunidade, como um todo, atua de acordo com os princípios moralmente coerentes. Para Dworkin<sup>51</sup>: “[...] uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva”.

Para Carvalho<sup>52</sup>, é possível observar que o Direito como integridade,

[...] resgata a crença no valor e na unidade do Direito (por isso visa promover a coerência das decisões jurídicas: as decisões são coerentes na medida em que expressam a unidade do Direito). Mas essa unidade do Direito, da maneira como Dworkin apresenta, comporta diferentes formas de expressão da pluralidade de uma sociedade.

No entanto, Streck<sup>53</sup> adverte que é necessário que a Constituição tenha, verdadeiramente, força normativa, ou seja, que a hermenêutica jurídica se mostre verdadeiramente comprometida com os preceitos constitucionais, ainda em casos em que haja dificuldade na tomada de decisões, como os que acontecem em sociedades tão plurais e marcadas pela intersecção de culturas. Compreende-se, dessa maneira, a necessidade de que haja “a” resposta concreta, analisada caso por caso, e não uma resposta específica para todos, a fim de que o direito possa, efetivamente, corresponder a todas as problemáticas trazidas pelo multiculturalismo.

---

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 202.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. p. 227.

<sup>52</sup> CARVALHO, Meliza Marinelli Franco. Integridade e pluralismo jurídico: desafios para a hermenêutica constitucional brasileira. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 90, n. 2, p. 96-121, jul./dez. 2018. p. 100. Disponível em: <https://is.gd/ZfpiJj>. Acesso em: 31 jan. 2020.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

A interpretação de Streck<sup>54</sup> permite compreender que na medida em que haja a existência de perspectivas multiculturais, também coexista a possibilidade de mantimento e salvaguarda de determinados direitos, e que haja, de fato, um comprometimento com a Constituição, analisando cada caso em sua particularidade.

Compreender que a presença do multiculturalismo permite uma intensificação das diversas possibilidades de construção do sentido do Direito, dada a compreensão da existência de uma sociedade funcionalmente diferenciada e policêntrica, é passo fundamental para identificar que a aplicação do Direito desafia, cada vez mais, a prática da hermenêutica jurídica, especialmente quando o problema da moralidade interfere na aplicabilidade de garantias constitucionais. Neste sentido, cabe considerar, também, que a aplicação destes direitos e garantias se mostra essencial no que tange à salvaguarda da Constituição Federal Brasileira, mesmo que em casos difíceis.

Como já observado, este breve trabalho não teve como meta oferecer certezas, mas sim percorrer argumentos para verificar em que medida a crítica hermenêutica do Direito, proposta por Lenio Streck, se mostra apta a, talvez, direcionar um método de aplicação da hermenêutica jurídica compatível à pluralidade das sociedades, objetivando, substancialmente, salvaguardar direitos e garantias fundamentais, ainda que em uma sociedade marcada pelos desafios provenientes do multiculturalismo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Durante o curso deste trabalho, restou possível observar, em um primeiro momento, que o multiculturalismo logra êxito em abarcar a existência e, conseqüentemente, a convivência de diversas culturas em um mesmo território nacional. A diferença entre um grupo e outro protagoniza as divergências de interpretação no que diz respeito à religião, à política, à sexualidade e ao gênero,

---

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Livro carta. p. 31.

SANTOS, Luana Marina dos. Uma breve análise acerca da crítica hermenêutica do direito frente aos desafios do multiculturalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

à educação e, também, no que tange à derivação do conteúdo formal de direitos e garantias fundamentais.

Observou-se, ainda, que a prática da hermenêutica jurídica possui relevante importância no que diz respeito à salvaguarda destes mesmos direitos e garantias, na medida em que também procura desempenhar o papel de reconhecer a diferença e estabelecer diálogo entre os grupos. Do mesmo modo, ressaltou-se a problemática apresentada pela aplicação da hermenêutica jurídica pelo intérprete, principalmente quando este não logra êxito em desvincular decisões interpretativas pautadas por sua moralidade pessoal ou por seus próprios interesses, dando espaço para decisões arbitrárias em que não haja observância dos valores prescritos na Constituição Federal, bem como proporcionando a inobservância de uma ordem jurídica apta a tutelar os mais diferentes interesses e necessidades das sociedades multiculturais.

Considerando de suma importância que seja observado o contexto de cada caso de acordo com o histórico sociológico de cada grupo social, respeitando e observando as dimensões multiculturais; considerando, ainda, a importância da salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, ressaltou-se, na última seção do artigo, de que maneira o pensamento proposto por Lenio Streck pode propiciar uma harmonização destas divergências, constituindo, a partir dos aportes apresentados, a possibilidade de um ambiente próspero para a coexistência de várias formas de cultura em um mesmo território, sem a ausência de direitos e garantias assegurados constitucionalmente.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BRAGATO, Fernanda Frizzo; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 156-195, 2017. Disponível em: <https://is.gd/D7AE5U>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://is.gd/Q7arPx>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SANTOS, Luana Marina dos. Uma breve análise acerca da crítica hermenêutica do direito frente aos desafios do multiculturalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

CARVALHO, Meliza Marinelli Franco. Integridade e pluralismo jurídico: desafios para a hermenêutica constitucional brasileira. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 90, n. 2, p. 96-121, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://is.gd/ZfpiJj>. Acesso em: 30 jan. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FORTUNA, Deborah; SOARES, Ingrid. Pobreza no Brasil não está ligada apenas a questões financeiras. **Correio Braziliense**, 15 ago., 2018. Disponível em: <https://is.gd/jpptyS>. Acesso em: 9 fev. 2020.

HAAS, Ingrid Freire. Multiculturalismo na atualidade: o direito à cultura e sua expressão nos direitos humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, n. 5, p. 105-127, 2012. Disponível em: <https://is.gd/drIXin>. Acesso em: 9 fev. 2020.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JESUS, Marcus Mendonça Gonçalves de; PEREIRA, Erick Wilson. Infanticídio indígena no Brasil: o conflito entre o direito à vida e à liberdade cultural e religiosa dos povos indígenas. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 353-380, jan./abr., 2017. Disponível em: <https://is.gd/EkNgn5>. Acesso em: 11 fev. 2020.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. Teoria da integridade de Ronald Dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta. In: XI SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11., 2015, Santa Catarina. **Anais...** [...]. Santa Catarina: Unisc, 2015. Disponível em: <https://is.gd/uQtAtH>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PEREIRA, Mychelli Araújo de Oliveira. A questão dos direitos fundamentais na atual sociedade multiculturalista. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v.4, p. 43-58, 2013. Disponível em: <https://is.gd/VuYv1K>. Acesso em: 30 jan. 2020.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-32, jun., 1997. Disponível em: <https://is.gd/b73AxS>. Acesso em: 9 fev. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Porto, Portugal: Edições Afrontamento, 2004.

SANTOS, Luana Marina dos. Uma breve análise acerca da crítica hermenêutica do direito frente aos desafios do multiculturalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

STRECK, Lenio Luiz. A morte de crianças pode ser considerada uma questão cultural? **Consultor Jurídico** – Conjur, 29 out., 2015. Documento eletrônico. Disponível em: <https://is.gd/EKB2tD>. Acesso em: 30 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica.** Livro carta. São Leopoldo: Edição do autor, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto? A hermenêutica jurídica. **Consultor Jurídico** – Conjur, 29 ago., 2015. Documento eletrônico. Disponível em: <https://is.gd/7bkJ9a>. Acesso em: 31 jan. 2020.

RECEBIDO EM: MAI/2020

APROVADO EM: ABR/2021



## **A ANTINOMIA ENTRE O AVAL E A OUTORGA CONJUGAL**

### *THE ANTINOMY BETWEEN AVAL AND THE CONJUGAL GRANTING*

**Taisa Maria Macena de Lima<sup>1</sup>**

**Victor Augusto Souza Antunes Carneiro<sup>2</sup>**

#### **RESUMO**

Intenta com o presente artigo realizar a análise da aparente incongruência constante no Código Civil quando confrontada as normas de direito comercial e de direito de família, especialmente na regulamentação do aval. Parte do conceito moderno de crédito, e, evoluindo o raciocínio, busca demonstrar as funções dos títulos de crédito na modernidade. E, após analisar as todas as particularidades econômicas e jurídicas – especialmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – a respeito do aval, busca inferir a solução para antinomia entre a exigência da outorga conjugal e a natureza cambiária da garantia prestada pelo aval.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Empresarial, Direito de Família, Títulos de Crédito, Aval, Outorga conjugal.

#### **ABSTRACT**

This article analyzes the apparent inconsistency created by the Brazilian Civil Code concerning the regulation of commercial law and family law, especially in the regulation of the aval. Introducing the modern concept of credit, and, then, evolving some arguments, seeks to demonstrate the functions of credit titles nowadays. Also, after analyzing all the economic and legal peculiarities – specially on jurisprudence - regarding the aval, brings a solution to the dichotomy between the conjugal granting requirement and the exchange nature of the guarantee provided by the aval.

**KEYWORDS:** Business Law, Family Law, Credit note, Suretyship, Conjugal granting.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Ex-bolsista do DAAD – Serviço alemão de intercâmbio acadêmico. Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Faculdade Mineira de Direito na PUC Minas, em Belo Horizonte/MG/Brasil. Desembargadora Federal do Trabalho do TRT-3, em Belo Horizonte/MG/Brasil. Endereço eletrônico [taisamacena@yahoo.com.br](mailto:taisamacena@yahoo.com.br).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Privado pela PUC Minas (linha: “Novos paradigmas, Sujeitos e Direitos”), em Belo Horizonte/MG/Brasil. Especialista em Direito de Empresa pelo IEC PUC-Minas. Auditor da 4ª comissão de futebol amador do Tribunal de Justiça Desportiva de Minas Gerais (TJD/MG). Membro da Comissão de Admissibilidade e Instrução do Processo Ético-disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MG. Advogado e professor. Endereço eletrônico: [carneiro.vasac@gmail.com](mailto:carneiro.vasac@gmail.com).

## INTRODUÇÃO

Os títulos de crédito são meios, essencialmente jurídicos, graças aos quais passou a ser possível a circulação de riquezas que não se ligam ao tempo e espaço atual. A partir de sua criação foi possível circular riquezas futuras, que ainda serão percebidas.

A razão dessas consequências não guarda correspondência tão somente na definição jurídica, na qual ele representa o direito à prestação do devedor<sup>3</sup>; está vinculada especialmente com a origem da palavra crédito. Aliás, decorre muito mais de sua etimologia, do que da finalidade literal estampada no conceito.

Crédito deriva-se do latim, *creditum*, participio do passado de *credere*, que, em uma tradução livre, se equivale a "acreditar, confiar, ter fé". Com isso, o título de crédito, indubitavelmente, tende a expressar uma relação que está pautada na confiança. Há, inclusive, defesa da doutrina pela divisão da confiança em duas: a confiança objetiva, em que o credor acredita que o devedor possui capacidade econômico-financeira de satisfazer a prestação<sup>4</sup>; e a confiança subjetiva, o otimismo nos valores morais do devedor, pelo que ele aparenta ser<sup>5</sup>.

No entanto, a confiança entre as partes, por si só, não basta. É necessário que outro elemento constituinte do crédito esteja presente, qual seja: o tempo. Há necessidade de se presenciar o comprometimento com a efetivação da prestação futura.

Cotidianamente, utiliza-se o crédito, sem, contudo, perceber a busca por estes elementos que o constituem. É, pois, bastante intuitivo a análise da presença da confiança e da expectativa do tempo para se conceder e se buscar o crédito. Sempre que há a formalização de um negócio jurídico que tenha uma obrigação de transferência de riquezas com termo no futuro, estar-se-á diante de efetiva concessão de crédito.

---

<sup>3</sup> BULGARELLI, Waldirio. Títulos de Crédito. 14. Ed. São Paulo, Atlas, 1998, p. 22.

<sup>4</sup> ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. Títulos de Crédito. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.3.

<sup>5</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Títulos de Crédito – Volume 2. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.3.

Principalmente diante da massificação dos negócios no cenário atual do mundo globalizado e virtual, graças a evolução dos meios de comunicação, o crédito toma frente. Em razão de suas características, possibilita o aumento das transações efetivadas, e, por isso, impulsiona a economia como um todo.

O crédito foi diretamente responsável por encorajar o aumento da demanda, que, por sua vez, incide efetivamente sobre a produção e a circulação de valores. A facilitação a seu acesso alavancou a possibilidade de negócios, não somente para os consumidores finais, mas, também, para todos os setores de produção da economia, que passaram a ter maior gama de potenciais negociadores. Trouxe consigo, desde sua criação, verdadeiro aquecimento da economia, que, por sua vez, enseja melhoria no próprio crédito, inserindo-se em uma conexão cíclica. Isto é, com o avanço da economia é esperada grande melhora na certeza de que no futuro haverá a percepção da riqueza; que simboliza o aumento na confiança, a qual, como visto, é elemento essencial para a existência do crédito.

É exatamente neste ciclo que os títulos de crédito estão inseridos. Assim como proposto por Jean Carlos Fernandes<sup>6</sup>, o mercado de crédito clama por legislações e agentes do direito que lhe proporcionem rapidez no trato das relações, e, de igual forma, segurança na execução do crédito e das garantias.

Porém, na contramão de todo este ensejo econômico-mercadológico, surgiu o debate a respeito do aval, que, até então, era um grande signo de certeza. Com a promulgação do Código Civil vigente, suscitou o debate acerca da necessidade da outorga conjugal para prestar a garantia de natureza cambial.

E diante destas circunstâncias que se propõe o presente artigo, analisando todas as circunstâncias envolvidas na atualidade quanto ao aval e antinomia existente no que tange sua regulamentação quanto à outorga conjugal. Refletir-se-á desde que questões sociais e mercadológicas, até normativas e jurisprudenciais, de modo a buscar, de uma vez por todas, a melhor solução para tal imbróglio.

---

<sup>6</sup> FERNANDES, Jean Carlos. Teoria Contemporânea dos Títulos de Crédito – Imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p.10.

## **1. OS TÍTULOS DE CRÉDITO NA CONTEMPORANEIDADE**

Numa perspectiva mais mercadológica do que jurídica, cada título de crédito é a representação da possibilidade de concessão do crédito; denotam a diversificação das várias formas de se presenciar o crédito, dando tom mais palpável e seguro às relações creditícias, pela adoção de formalidades que são intrínsecas a cada um deles. Constata-se esta, que já foi percebida pelo próprio Banco Mundial, o qual indicou, na análise dos processos executivos, os títulos de crédito como sinais de eficiência, economia e transparência para fazer valer o direito do credor.

Mesmo antes da criação do nosso atual Código Civil, já existiam legislações como a Lei Uniforme de Genebra, que regulamentaram as relações cambiárias, possibilitando a utilização dos títulos de crédito tanto nacional, quanto internacionalmente. Todavia, num primeiro momento, os títulos de créditos possuíam a função de circulação de riquezas de maneira bem delimitada e literal. Constituíram-se, ao longo da história, como fator de constituição e percepção de capital, alavancando o mercado por viabilizar negócios jurídicos entre para a indústria, comércio, e até mesmo para particulares.

Atualmente, diante da massificação das relações e da constante atuação de instituições financeiras, os títulos de crédito, que inicialmente possuíam finalidade de mobilização de riquezas e circulação do crédito, passou a se consagrar, ainda, como forma de financiamento. A cada dia, aumenta o número de títulos envolvendo a atuação de bancos e financiadores de crédito, em detrimento daqueles utilizados nas relações interpessoais e interempresariais.

Em verdade, inobstante esta mudança na função mais comum que os títulos de crédito tem apresentado, há de se ter em mente que foram responsáveis por oportunizar transações mercantis com participação da figura do crédito de maneira segura e ágil. E é exatamente esta a essência que os torna fomentos ao sistema de capital, e, conseqüentemente, do progresso econômico.

Por estas razões, na visão mais generalista, temos que:

O título de crédito nasce para circular e essa função de negociabilidade revela a sua importância nas áreas econômica, civil, comercial, particular e pública porque, embora disciplinado pelo direito comercial, constitui-se, na realidade, em instituto geral de direito, em instrumento de técnica jurídica, a que recorrem, para fins de financiamento, o comerciante e o lavrador, o industrial e o construtor de prédios, o particular, o Estado etc.<sup>7</sup>

Já sob o prisma do direito empresarial, o título de crédito "é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado<sup>8</sup>". Justamente coadunando com esta posição tradicionalista de Cesare Vivante que o Código Civil Brasileiro de 2002 expressou a definição legal, no art. 887:

Art. 887 CC: O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei<sup>9</sup>.

Resguardados pela adoção de formalidades, atualmente, são meios simples e rápidos para a circulação de riquezas mobiliárias, por meio de documentos cambiários. E é exatamente em razão da certeza e da segurança conferida aos títulos de crédito que estes se tornaram tão bem-sucedidos, sobretudo, no meio empresarial corporativo.

Porém, para que efetivamente possam desempenhar seu papel, é necessário que estejam sendo respeitados, além da formalidade, uma série de princípios.

O primeiro princípio, e talvez o mais óbvio deles, a cartularidade, indica que o título tem que existir enquanto documento, sendo que sua origem remonta a ideia de cártula, em latim *chartula*, no sentido de que a apresentação do documento seria essencial para o exercício do direito. Mais recentemente, porém, não se requer a existência corpórea do título, uma vez que já existem títulos virtuais; tendo assim, reformulado a ideia, adequando-a ao pensamento de que o título de

---

<sup>7</sup> ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. Títulos de Crédito. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49.

<sup>8</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquemático. 5º ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 445.

<sup>9</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

crédito deve estar transmutado em um documento, físico ou eletrônico, de forma que o crédito apenas circulará com a mudança da titularidade do documento.

Outro princípio se vincula à literalidade, também conhecida como completude. Esta, por sua vez, indica que somente o que se encontra expresso na cártula terá validade, isto é, o direito deve ser delimitado. O que não está expressamente consignado no título de crédito não produz consequência nas relações jurídico-cambiais<sup>10</sup>.

Ainda, a autonomia do título determina que cada pessoa que a ele se vincula passa a ter obrigação independente das demais. O art. 7º da Lei Uniforme de Genebra<sup>11</sup> prevê especificamente que em casos de nulidade de uma das obrigações, não existe prejuízo algum para as demais, surgindo assim, o que é conhecido como a inoponibilidade de exceções pessoais.

E, por fim, deverão obedecer ao princípio da tipicidade, o qual prevê que cada título de crédito que tiver lei específica regulando-o deverá respeitar todos os seus requisitos para que seja possível a percepção, não somente de sua existência, mas, também, de sua validade.

## **2. O INSTITUTO DO AVAL NO DIREITO CAMBIÁRIO BRASILEIRO**

### *2.1. Conceito de Aval*

A Neste contexto de inúmeros pormenores essenciais para a configuração da certeza e da segurança que se espera dos títulos de crédito, surge a figura de mais um fator colaborativo para o êxito destas figuras jurídicas. O aval é a garantia de caráter cambial, autônoma em relação a qualquer outra obrigação, e, por isto, incorporada ao título, tendo como função precípua o reforço ao crédito cambiário, e conseqüentemente, a credibilidade dos títulos.

---

<sup>10</sup> COELHO, Fábio Uihôa. Manual de Direito Comercial. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.234.

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto no. 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D57663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm)>. Acessado em 15 ago. 2018.

O doutrinador Gladston Mamede, assim define: “Trata-se duma declaração unilateral por meio da qual alguém (o avalista) assume a solidariedade passiva de certa obrigação constante do título de crédito. O avalista garante a obrigação assumida pelo avalizado e não a pessoa deste<sup>12</sup>”.

Fábio Ulhoa Coelho dispõe que “o aval é o ato cambiário pelo qual uma pessoa (avalista) se compromete a pagar título de crédito, nas mesmas condições que um devedor deste título (avalizado<sup>13</sup>)”. Já Willie Duarte Costa também define aval em seu livro: “aval é a declaração cambial, eventual e sucessiva, pela qual o signatário responde pelo título de crédito<sup>14</sup>”.

## 2.2. Características e peculiaridades do Aval

Como esperado de todas as questões envolvendo título de crédito, o Aval é um instituto que é caracterizado de forma cerrada e literal. As principais características desta modalidade de título de crédito são: caráter unilateral, autonomia, equivalência e formalidade. A primeira característica também é definida no livro de Gladston Mamede (2012):

Cuida-se de ato jurídico unilateral: a afirmação de seu autor, o avalista, de que saldará o débito garantido, quando exigível, sendo que o aval pode ser dado em qualquer tempo, mesmo após o vencimento do título, sendo iguais os efeitos à dação da garantia antes do seu vencimento<sup>15</sup>.

Este título é autônomo, pois o avalista não pode se valer das características pessoais do avalizado, bastando:

(...) o vencimento da obrigação, sem seu adimplemento, para que a obrigação do avalista se torne exigível, estabelecendo-se entre avalista e avalizado, uma relação de solidariedade passiva, passando a ocupar o mesmo plano, a mesma posição

---

<sup>12</sup> MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Títulos de Crédito – Volume 3. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.95.

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 410.

<sup>14</sup> COSTA, Willie Duarte. Títulos de crédito. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 199.

<sup>15</sup> MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Títulos de Crédito – Volume 3. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.95.

diante do credor<sup>16</sup>.

Equivalência, ou solidariedade, consiste em o avalista ser devedor do título nas mesmas proporções do avalizado, ou seja:

O credor tem o direito de exigir de qualquer um dos coobrigados o pagamento da dívida inteira; é solidariedade que resulta da lei (artigo 265 do Código Civil). O credor tem direito a exigir e receber de um, alguns ou todos os devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; (...) São múltiplos os obrigados, mas uno o crédito<sup>17</sup>.

A última característica é a formalidade, qual seja, *"para que a garantia se efetive, é fundamental que o avalista declare a sua vontade por escrito"*<sup>18</sup>. A doutrina não somente a define, mas, ainda, demonstra como é feita esta declaração de vontade do avalista: "Para agilizar e simplificar o aval, entende-se que a simples assinatura do beneficiário na face (anverso) do título é suficiente para representar o aval<sup>19</sup>", conhecido por aval em branco.

Ademais, há uma segunda forma de formalizar o aval, qual seja: *"(...) a assinatura do verso (dorso) do título, desde que acompanhada de alguma expressão que demonstre que a intenção ali era garantir o pagamento do título (por aval, por garantia...), não havendo qualquer fórmula solene"*<sup>20</sup>, chamado de aval em preto.

Diante de todas estas características, nota-se a diferença existente entre o aval e a fiança, isto é, ao contrário da fiança, o aval não possui relação de acessoriedade face a outra obrigação. Muito antes, pelo contrário: o aval é completamente independente e puramente objetivo, sendo garantia que recai não sobre a pessoa

---

<sup>16</sup> MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Títulos de Crédito – Volume 3. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.96.

<sup>17</sup> MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Títulos de Crédito – Volume 3. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.96.

<sup>18</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Títulos de Crédito – Volume 2. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

<sup>19</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Títulos de Crédito – Volume 2. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

<sup>20</sup> TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Títulos de Crédito – Volume 2. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 127.



do avalizado, mas sim, sobre a obrigação de pagar constante no título de crédito. “O aval é *in rem*, não *in personam*”<sup>21</sup>.”

A doutrina empresarialista é firme ao distinguir os dois institutos, sobretudo, destacando as particularidades do aval enquanto garantia que se vincula ao direito cambiário e seus princípios:

Apesar de o aval e fiança serem garantias pessoas ou fidejussórias, esses dois institutos, conforme já registrado nesta obra, não se confundem, sendo consideráveis as diferenças existentes entre eles. A fiança, garantia fidejussória acessória, trata-se de um instituto regulado pelo Direito Comum – Código Civil, arts. 818 a 839. Já o aval, garantia cambiária autônoma e independente, é instituto próprio do Direito Cambiário, sendo que sempre terá natureza comercial e somente pode ser dado no próprio título de crédito. O fato de o Código Civil de 2002 também dispor sobre esse instituto não lhe retira a característica de garantia, eminentemente, cambiária e, por isso, prevalece a sua função e os seus princípios<sup>22</sup>.

Com isto, resume-se o regramento que é dado pelo Código Civil, lei geral que regulamenta o aval na falta de previsões em leis especiais:

Art. 897 CC: O pagamento de título de crédito, que contenha obrigação de pagar soma determinada, pode ser garantido por aval.

Parágrafo único. É vedado o aval parcial.

Art. 898 CC: O aval deve ser dado no verso ou no anverso do próprio título.

§ 1º Para a validade do aval, dado no anverso do título, é suficiente a simples assinatura do avalista.

§ 2º Considera-se não escrito o aval cancelado.

Art. 899 CC: O avalista equipara-se àquele cujo nome indicar;

---

<sup>21</sup> MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 319.

<sup>22</sup> MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. Outorga Conjugal no Aval. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 175.

na falta de indicação, ao emitente ou devedor final.

§ 1º Pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores.

§ 2º Subsiste a responsabilidade do avalista, ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma<sup>23</sup>.

Portanto, o aval, enquanto garantia cambial, é disciplinado em normas que prezam por maior literalidade, explicitando seus caracteres e requisitos mínimos com maior clareza possível. Busca-se, por meio disto, maior segurança jurídica, a qual, apesar de ser princípio basilar de todo ordenamento jurídico, nesta seara, se apresenta com maior destaque.

Isto porque, sem tais limites bem estabelecidos, o instituto poderia estar fadado ao desuso ou insucesso; a garantia perderia seu sentido se suscetível a discussão e a exegese interpretativa, seja das partes, seja de terceiros, até mesmo de eventual julgador.

### *2.3. O Aval como fator de incremento econômico*

Além da pura normatização do instituto do aval, há de se destacar a função desempenhada por ele enquanto fator de incremento de certeza do cumprimento das obrigações previstas nos títulos de crédito. Como toda garantia, o aval presta-se a demonstrar maior segurança no cumprimento futuro de uma prestação, que, na maioria das vezes, é monetária, sujeitando o patrimônio de terceiros, além do daquele que assumiu originalmente o compromisso.

Principalmente por indicar uma obrigação autônoma, e não solidária ou subsidiária a principal, o aval se revela como forte incremento a circulação dos títulos de crédito, e das riquezas neles presentes. Esta consequência é, inclusive, reconhecida na doutrina:

---

<sup>23</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

Conforme já destacado, nesta obra, sem o instituto dos títulos de crédito, a circulação de riquezas por meio do crédito e, portanto, a facilidade e agilidade nas operações estariam comprometidas. Isso porque, ao contrário do sistema de cessão de crédito – regido pelo direito civil –, os títulos de crédito, em razão de seus princípios e elementos próprios, permitem a certeza de seu direito e a segurança na sua circulação, atendendo, portanto, as necessidades da economia.

[...]

O aval, declaração unilateral de vontade, trouxe ainda aos títulos de crédito uma maior segurança, mormente porque, como as demais declarações cambiárias, é uma garantia autônoma e independente de qualquer citação<sup>24</sup>.

Por tudo isso, é certo dizer que o legislador pátrio possuiu grande preocupação não somente com a facilitação à circulação dos títulos, sem que significasse na diminuição da segurança para o recebimento da riqueza neles expressa. Apesar disso, por mais direta que seja esta conclusão, ela cria uma antinomia enorme quando sopesada ao lado de outra grande preocupação ao se criar o regulamento civil.

### **3.A ANTINOMIA ENTRE AS PROTEÇÕES CAMBIÁRIAS DO AVAL E A EXIGÊNCIA DA OUTORGA CONJUGAL**

Desde o início da vigência da Lei nº 10.406/2002<sup>25</sup> existem diversos questionamentos acerca da inserção de normas em matéria comercial no atual Código Civil Brasileiro. Pretende-se realizar a integração entre o Direito Comercial e o Direito Civil, mas, todavia, após a promulgação da lei sobreveio numeroso arsenal de debates como consequência natural da verificação de inconsistências nesta pretensão de abarcar áreas distintas do Direito. É de se dizer, pois, que a integração se limitou à formalidade legislativa, em detrimento da congruência material; isto é, em que pese a existência da lei que englobou disposições de duas

---

<sup>24</sup> MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. Outorga Conjugal no Aval. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 175.

<sup>25</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

searas do direito, verificam-se inconsistências quanto ao conteúdo das normas dentro do próprio código.

Neste mesmo sentido, Wille Duarte Costa teceu fortes, porém pertinentes, críticas a frustrada tentativa de abrangência do Código Civil. Veja-se:

Não entendemos mesmo por qual razão foram introduzidas normas sobre títulos de crédito, criando disposições em tudo supérfluas para não dizer desnecessárias, que não melhoraram tais títulos, na medida em que foram mantidas as atuais e vigentes disposições sobre os títulos típicos cambiais e cambiariformes. A pretensão não foi a unificação dos Códigos e a absorção do Direito Comercial pelo Civil? Por que, então, a dicotomia estabelecendo normas diferentes das disciplinas pelo Direito Cambiário, mantendo-se este?

Melhor seria que toda essa matéria fosse extirpada do novo Código, pois sua presença neste estatuto é injustificável em todos os sentidos. O novel legislador não uso da mínima cautela, não se apercebendo, ou não querendo aperceber-se, de que a matéria de títulos de crédito está de há muito solidificada por uma massa perfeitamente compreensível de normas em nosso direito<sup>26</sup>.

O que em um primeiro momento parecia adequado, passa a ser dicotômico, pelo descuido do legislador ao tratar do conteúdo das normas. Isto, porque, em capítulo posterior ao regramento cambiário, o códex civilista se debruça sobre a tutela da família, e, ao fazê-lo, cria uma grande incongruência entre as normas e os princípios que regem o aval, e que vem se estendendo há tempos.

É exigido pelo Direito de Família a expressa autorização do cônjuge, sendo o avalista casado em regime que não a separação absoluta:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

---

<sup>26</sup> COSTA, Wille Duarte. Títulos de crédito. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 64.

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada<sup>27</sup>.

Sendo assim, o aval, enquanto garantia cambial, passa a estar condicionado a satisfação de um requisito legal que se descumprido, supostamente, viciaria sua validade. E justamente neste ínterim que se instaurou o questionamento: seria nulo o aval prestado sem a outorga conjugal?

Mesmo estando previsto que na injustificada recusa da vênua conjugal possa ser suprimida judicialmente, é bastante desconfortável pensar que um juiz terá o condão de sobrepesar as razões pessoais para que uma pessoa não queira permitir a concessão da garantia. Na vasta maioria dos casos, acaba por gerar insatisfação nos próprios jurisdicionados, seja procedente ou não o pleito, já que acaba invadindo um campo de extrema pessoalidade; chegando até a impor a sujeição do patrimônio próprio à garantia de uma obrigação.

Não bastasse essa polêmica, o debate acerca desta questão se intensifica ao se consignar que inexiste a figura do "autorizador" nos títulos de crédito. Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros, abrigando este mesmo raciocínio, sustentam que:

[...] a legislação de títulos de crédito limita taxativamente a expressão da literalidade prevendo, conseqüentemente, somente alguns tipos específicos de posições cambiais, por meio das devidas assinaturas: sacador ou emitente, sacado/aceitante, endossante e avalista. Não existe figura do 'autorizador'. Disso decorrem dois efeitos jurídicos possíveis.

Em primeiro lugar, de acordo com a Lei Uniforme em matéria de Letra de Câmbio (Decreto 57.633/1966), os elementos constantes de sua literalidade específica constam do art. 1º. Estipulações não autorizadas pela Lei Uniforme recebem dois destinos: ou são consideradas não escritas (v.g. juros, art.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

5º, 2ª alínea; endosso condicionado, art. 12, 1ª alínea) ou são nulas (v.g. endosso parcial, art. 12, 2ª alínea). Aplicando-se tais regras para o aval, a 'autorização' do cônjuge será considerada não escrita ou nula, levando indiferentemente, a sua falta de efeito cartular <sup>28</sup>.

Neste norte, a outorga constituiria declaração cambiária que não possui nenhum sustentáculo legal. O Direito pátrio disciplina como declarações cambiárias uma variedade de formas pelas quais uma pessoa assume posição no título de crédito. Saque ou emissão, a depender do título de crédito, será a declaração originária e que faz nascer o título; aceite, declaração de assunção da obrigação da qual depende alguns títulos; endosso, forma de circulação do título pela transferência a outrem; e o aval, modo pelo qual se vincula ao título na condição de garantidor dos obrigados ou da obrigação constante no título como um todo.

Ter-se-ia, por estas razões, duas situações: a) a autorização seria considerada nula ou não escrita, por não suprir todas as normas legais e violar frontalmente o princípio da formalidade (Art. 887 CC<sup>29</sup>); b) a outorga seria, automaticamente, reconhecida como aval simultâneo, obrigando os cônjuges solidariamente ao adimplemento da riqueza ilustrada pelo título, quando de seu vencimento. Sendo que destas, mais acertada está a segunda, pois apresenta melhor congruência entre a realidade pretendida pelas partes constituintes do título e o Direito que rege o negócio jurídico.

Inobstante o enorme diálogo que possa ser travado entre as opções apresentadas, é imperioso reconhecer que a preocupação com a garantia dos títulos, infelizmente, acabou levando à tona uma restrição a seu acesso. Ou seja, quanto mais se preocupou em tutelar todas as áreas que tangenciam o civilismo, mais se prejudicou a especialidade trazida pelas normas comerciais. Tal cenário, enseja inúmeras possibilidades de se tomar decisões, ora pendendo para o Direito Comercial, ora para o Direito de Família.

---

<sup>28</sup> SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A disciplina do aval no novo Código Civil. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro n. 128. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/ 2002, p. 33-40.

<sup>29</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

A incerteza instaurada marca de sobremaneira a conjuntura mercadológica, afetando uma das primordiais funções ao qual se destinam os títulos de crédito, a circulação de riquezas. A possibilidade de se questionar a validade da garantia, e a inexistência de unicidade de posicionamento, enseja dúvida sobre a efetividade do próprio título e do cumprimento da obrigação constante nele. E, embasando neste ponto, a reação no sentido de desaprovar a antinomia não era uma consequência impensável:

No entanto, a exigência da autorização prévia do cônjuge para que o outro possa dar aval, indubitavelmente, afeta a função primordial dos títulos de crédito que é a dinamicidade e a rapidez de sua circulação, bem como as características eminentemente cambiárias do aval:

'De qualquer sorte, embora a legislação anterior não previsse expressamente a autorização conjugal para a concessão de aval, fato é que muito já se discutiu, na doutrina, sobre essa questão. Nada originais são, com efeito, as críticas que se manifestam contrariamente à exigência legal, o que, a propósito, ganha adesão deste texto. É difícil conceber uma exigência de tal monta, manifestamente contrária aos princípios sobre os quais repousam a rapidez e a segurança da circulação cambiária. Como conciliar com tais princípios uma exigência que obriga os adquirentes do título a procederem a uma indagação prévia, fora dele, a respeito do estado civil dos respectivos avalistas? A proteção do patrimônio do casal é uma aspiração acima de tudo louvável, mas é contraproducente querer realizá-la tornando praticamente inacessível ao cônjuge casado na condição acima referida o uso de um instituto precioso como título de crédito.

O ditame aí está, e dele não se pode afastar, restando apenas apontar alguns caminhos para que a exigência legal não interfira na rotina empresarial – dinâmica e célere, por natureza – a ponto de se tornar, em determinadas ocasiões, um verdadeiro empecilho à consecução de seu fim, que é o lucro<sup>30</sup>.'

---

<sup>30</sup> MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. Outorga Conjugal no Aval. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 177.

Instaurada a antinomia na própria norma positivada, é enorme o prejuízo para uma eficaz forma de garantia à circulação do crédito, porquanto apresentar-se-á como verdadeiro agravamento do risco do credor, sobretudo, diante da premente tendência a favorecer o âmbito familiar, em detrimento do comercial. Por isto, inarredável serão os constantes aumentos nos custos de transação e nos juros, que, em ciclo vicioso, predestinarão o fim do instituto garantidor cambiário.

Deverá haver uma pacificação no entendimento sobre o Direito pátrio para se extirpar os possíveis questionamentos, e respaldar a segurança buscada com a utilização dos títulos de crédito.

### *3.1. A evolução jurisprudencial na solução da antinomia e o paradigma criado pelo Recurso Especial nº 1526560/MG*

Justamente na tentativa de pacificar o embate travado é que os cidadãos colocaram sub judice a questão. Desde de o início da vigência do atual Código Civil, ocorreu o embate de interesses, estando de um lado os credores – titulares do direito de demandarem os avalistas coobrigados – e, de outro, os avalistas. Enquanto os credores se fixaram em bases cambiárias, defendendo sempre pela validade do aval, independente da presença da autorização conjugal, os avalistas, ou melhor dizendo, seus cônjuges, buscaram os fundamentos do Direito de Família para sustentar a nulidade do aval prestado.

Posta em juízo, a discussão ficou-se por ainda mais tempo controversa; isto, porque, dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça criaram-se de polaridades antagônicas. Assim, dentro da própria casa uniformizadora da jurisprudência em nível nacional, ocorreu, durante muito tempo, um embate de entendimentos.

A discussão se estabeleceu em torno da interpretação do art. 1.647, inciso III, do CC/2002<sup>31</sup>. Buscou-se saber se o consentimento conjugal seria ou não requisito de validade do aval, quando o avalista for casado em outros regimes que não o da separação absoluta.

---

<sup>31</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.



### *3.1.1. A consolidação do entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça*

A Quarta Turma da Corte Superior sempre se posicionou no sentido de que a garantia do aval em cédula de crédito comercial dispensa a outorga do cônjuge. Sempre se privilegiou a validade do aval enquanto garantia cambiária, justamente com a preocupação de não se esvaziar por completo o instituto, e, com isso, incitar a crise dos títulos de crédito.

Sobrelevando, especialmente, as características imanentes dos institutos do direito cambiário, o último, e talvez mais significativo, julgado restou assim ementado:

DIREITO CAMBIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REVELIA. EFEITOS RELATIVOS. AVAL. NECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL. DISPOSIÇÃO RESTRITA AOS TÍTULOS DE CRÉDITO INOMINADOS OU ATÍPICOS. ART. 1.647, III, DO CC/2002. INTERPRETAÇÃO QUE DEMANDA OBSERVÂNCIA À RESSALVA EXPRESSA DO ART. 903 DO CC E AO DISPOSTO NA LUG ACERCA DO AVAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO. COGITAÇÃO DE APLICAÇÃO DA REGRA NOVA PARA AVAL DADO ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CC. MANIFESTA INVIABILIDADE.

1. Os efeitos da revelia - presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor - são relativos e não conduzem, necessariamente, ao julgamento de procedência dos pedidos, devendo o juiz atentar-se para os elementos probatórios presentes nos autos, para formação de sua convicção.

2. Diversamente do contrato acessório de fiança, o aval é ato cambiário unilateral, que propicia a salutar circulação do crédito, ao instituir, dentro da celeridade necessária às operações a envolver títulos de crédito, obrigação autônoma ao avalista, em benefício da negociabilidade da cártula. Por isso, o aval "considera-se como resultante da simples assinatura" do avalista no anverso do título (art. 31 da LUG), devendo corresponder a ato incondicional, não podendo sua eficácia ficar subordinada a evento futuro e incerto, porque dificultaria a circulação do título de crédito, que é a sua função precípua.

3. É imprescindível proceder-se à interpretação sistemática para a correta compreensão do art. 1.647, III, do CC/2002,

de modo a harmonizar os dispositivos do Diploma civilista. Nesse passo, coerente com o espírito do Código Civil, em se tratando da disciplina dos títulos de crédito, o art. 903 estabelece que "salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código".

4. No tocante aos títulos de crédito nominados, o Código Civil deve ter uma aplicação apenas subsidiária, respeitando-se as disposições especiais, pois o objetivo básico da regulamentação dos títulos de crédito, no novel Diploma civilista, foi permitir a criação dos denominados títulos atípicos ou inominados, com a preocupação constante de diferenciar os títulos atípicos dos títulos de crédito tradicionais, dando aos primeiros menos vantagens.

5. A necessidade de outorga conjugal para o aval em títulos inominados - de livre criação - tem razão de ser no fato de que alguns deles não asseguram nem mesmo direitos creditícios, a par de que a possibilidade de circulação é, evidentemente, deveras mitigada. A negociabilidade dos títulos de crédito é decorrência do regime jurídico-cambial, que estabelece regras que dão à pessoa para quem o crédito é transferido maiores garantias do que as do regime civil.

6. As normas das leis especiais que regem os títulos de crédito nominados, v.g., letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, cédulas e notas de crédito, continuam vigentes e se aplicam quando dispuserem diversamente do Código Civil de 2002, por força do art. 903 do Diploma civilista. Com efeito, com o advento do Diploma civilista, passou a existir uma dualidade de regramento legal: os títulos de crédito típicos ou nominados continuam a ser disciplinados pelas leis especiais de regência, enquanto os títulos atípicos ou inominados subordinam-se às normas do novo Código, desde que se enquadrem na definição de título de crédito constante no art. 887 do Código Civil.

7. Recurso especial não provido<sup>32</sup>

Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial nº 1633399/SP, "*o aval, como qualquer obrigação cambiária, deve corresponder a ato incondicional, não podendo sua eficácia ficar subordinada a evento futuro e incerto, porque dificultaria a circulação do título de crédito, que é sua função*

---

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1633399/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 01/12/2016.

*precípua*<sup>33</sup>". Outrossim, consigna que a regra do artigo 1.647 do Código Civil<sup>34</sup> apenas poderia ser oposta caso o título de crédito fosse atípico, uma vez que, pelo princípio da especialidade, os títulos de crédito típicos ou nominados continuam a ser disciplinados pelas leis especiais de regência.

O artigo 903 do *Codex* civilista é bastante claro nesse sentido, por prever que "*salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código*<sup>35</sup>".

Justamente embasado neste posicionamento é que se desenvolveu a negativa de provimento ao recurso aviado, pois a Lei Uniforme de Genebra, recepcionada sem nenhuma ressalva pelo Decreto nº 57.663/96, não condiciona a prestação e a validade do aval à autorização do cônjuge. Essa é a disciplina dada pela referida lei, e por outras tantas leis especiais:

Art. 32 Lei Uniforme de Genebra: O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se, mesmo ao caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão não seja um vício de forma. Se o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude da letra.<sup>36</sup>

Art. 14 do Decreto-Lei nº 2.044/08: O pagamento de uma letra de câmbio, independente do aceite e do endosso, pode ser garantido por aval. Para a validade do aval, é suficiente a simples assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, no verso ou no anverso da letra.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1633399/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 01/12/2016.

<sup>34</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>35</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>36</sup> BRASIL. Decreto no. 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D57663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm)>. Acessado em 15 ago. 2019.

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto no. 2.044, de 31 de dezembro de 1908. Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm)>. Acessado em 15 ago. 2019.

Art. 30 da lei 7.357/85: O aval é lançado no cheque ou na folha de alongamento. Exprime-se pelas palavras "por aval", ou fórmula equivalente, com a assinatura do avalista. Considera-se como resultante da simples assinatura do avalista, aposta no anverso do cheque, salvo quando se tratar da assinatura do emitente.

Art. 31 da lei 7.357/85: O avalista se obriga da mesma maneira que o avalizado. Subsiste sua obrigação, ainda que nula a por ele garantida, salvo se a nulidade resultar de vício de forma <sup>38</sup>

Também é bastante clara a previsão do princípio da independência das obrigações cambiais na Lei Cambial:

Art. 43 As obrigações cambiais, são autônomas e independentes umas das outras. O significado da declaração cambial fica, por ela, vinculado e solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura.

Art. 51. Na ação cambial, somente é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, em defeito de forma do título e na falta de requisito necessário ao exercício da ação.<sup>39</sup>

Nesse sentido, requisitar a outorga do cônjuge do avalista como critério de validade do aval comprometeria, sobremaneira, a garantia imanente aos títulos de crédito, enfraquecendo-os a ponto de retirar sua aptidão à circulação. A doutrina rechaça de forma veemente essa possibilidade, ao fundamento de que a outorga enquanto condição de validade do aval confronta sua própria essência:

Ainda, sobre a incondicionalidade do aval, Rosa Jr. Ressalta que 'o aval, como qualquer obrigação cambiária, deve corresponder a um ato incondicional, não podendo sua eficácia ficar subordinada a um evento futuro e incerto porque dificultaria a circulação do título de crédito, que é sua função

---

<sup>38</sup> BRASIL. Lei no 7.357, de 2 de setembro de 1985. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7357.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7357.htm)>. Acessado em 15 ago. 2019.

<sup>39</sup> BRASIL. Decreto no. 2.044, de 31 de dezembro de 1908. Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm)>. Acessado em 15 ago. 2019.

precípua'. Ou seja, a autonomia da garantia cambiária não permite que esta seja dependente de consentimento de outrem para ter validade.

[...]

Em suma, a exigência da outorga conjugal para se dar aval contraria o conteúdo normativo do princípio da autonomia das obrigações, positivado pela Lei Uniforme de Genebra e pela Lei do Cheque, razão pela qual o art. 1647, inciso III, do Código Civil, não se aplica aos títulos de crédito regulados pela lei cambial, ainda que subsidiariamente<sup>40</sup>.

Estes fundamentos, pois, apenas reforçam a luta por maior segurança jurídica requisitada pelas relações creditícias sob a ótica mercadológica. Entende-se ser demasiadamente arriscado possibilitar balizas na interpretação das normatizações, ou ainda, ensejar hipótese de questionamento por terceiros estranhos a relação cambial garantida. Hipóteses como estas, indubitavelmente, sempre soam negativamente perante qualquer um que busque a certeza de recebimento de crédito.

### *3.1.2. A evolução jurisprudencial da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça*

Na contramão deste posicionamento, a Terceira Turma, até o ano de 2017, se empenhava na análise das questões atinentes aos regimes de bens que disciplinavam os regimes de bens. Isto é, atinham-se, antes de qualquer coisa, à norma contida no Art. 1.647 do CC<sup>41</sup>, entendendo que a lei civil pretendeu garantir aos cônjuges maior segurança no controle da gestão patrimonial conjunta.

Assentava o posicionamento no ideário de que a relação marital, para além das relações intrapessoais e de convivência familiar, também abarcaria, inevitavelmente, um complexo de relações econômicas, que se transmutavam em meios de satisfação dos objetivos comuns dos casais. Principalmente pela posição da norma em abrir oportunidade para os nubentes escolherem livremente o

---

<sup>40</sup> MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. Outorga Conjugal no Aval. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 183.

<sup>41</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

regime, salvo poucas exceções, entendia-se que deveria ser resguardado aos cônjuges a garantia de controle da gestão patrimonial do casal.

Neste íterim, entendeu-se que apenas nos casos da separação legal de bens, em que há a celebração do pacto antenupcial prevendo este regime, e em outros em que se celebrar pacto excluindo expressamente em contrário, a validade da garantia cambiária penderia da outorga para que fosse validamente prestada. Nesse sentido, nos idos de 2009, assim se posicionou:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.

1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.

2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.

4. Recurso especial provido. <sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1163074/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010.

Recentemente, porém, ocorreu uma mudança radical na forma como a Terceira Turma se posiciona. Foi a partir do julgamento do Recurso Especial de nº 1526560/MG<sup>43</sup>, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que se reestruturou a exegese dada pela corte.

O acórdão em comento restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AVAL. OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1647, INCISO III, DO CCB, À LUZ DO ART. 903 DO MESMO ÉDITO E, AINDA, EM FACE DA NATUREZA SECULAR DO INSTITUTO CAMBIÁRIO DO AVAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DESTA RELATOR.

1. O Código Civil de 2002 estatuiu, em seu art. 1647, inciso III, como requisito de validade da fiança e do aval, institutos bastante diversos, em que pese ontologicamente constituam garantias pessoais, o consentimento por parte do cônjuge do garantidor.

2. Essa norma exige uma interpretação razoável sob pena de descaracterização do aval como típico instituto cambiário.

3. A interpretação mais adequada com o referido instituto cambiário, voltado a fomentar a garantia do pagamento dos títulos de crédito, à segurança do comércio jurídico e, assim, ao fomento da circulação de riquezas, é no sentido de limitar a incidência da regra do art.1647, inciso III, do CCB aos avais prestados aos títulos inominados regrados pelo Código Civil, excluindo-se os títulos nominados regidos por leis especiais.

4. Precedente específico da Colenda 4ª Turma.

5. Alteração do entendimento deste relator e desta Terceira Turma.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1526560/MG, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 16/05/2017.

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1526560/MG, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 16/05/2017.

Na ação que deu origem ao recurso, a autora pleiteou a declaração da nulidade do aval prestado por seu marido, uma vez que carecia de sua autorização para tanto. Em primeira instância, a ação foi julgada parcialmente procedente, tendo sido decretada a nulidade apenas em relação à autora; o posicionamento foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

E, quando do julgamento do recurso especial que fora, ao fim, desprovido, ponderou-se exatamente a mesma preocupação da Quarta Turma do STJ: a submissão do aval, no plano de sua validade, à autorização conjugal comprometeria a capacidade de circulação garantida aos títulos de crédito e afetaria, por extensão, a sua aceitação no mercado. Acertou-se o posicionamento no sentido de que o aval é garantia cambial autônoma, não podendo se sujeitar a condição extracartular para sua validade.

O voto proferido pelo relator, a todo momento, indica a mudança de posicionamento adotado anteriormente pela turma, passando a se alinhar e, inclusive, fazer referência a acórdãos prolatados pela turma que antes era considerada polo antagônico a jurisprudência da Terceira Turma. De todo modo, mais essencial do que as saudações ao posicionamento diverso, são os próprios fundamentos formulados no decorrer do acórdão:

Bem se vê que o aval mais ainda se distancia das peculiaridades do negócio que subjaz, pois ele próprio é autônomo em relação ao crédito consubstanciado no título que, por sua vez, é autônomo em face da relação jurídica subjacente.

A submissão da validade do aval à outorga do cônjuge do avalista compromete, sobremaneira, a garantia que dimana do instituto, enfraquecendo, ao fim e ao cabo, os próprios títulos de crédito, tão aptos à circulação em face de sua, de certo modo, tranquila aceitação no mercado, tranquilidade esta a decorrer das garantias que dimanam de suas características e dos institutos cambiários que os coadjuvam, como o aval.

Ele, enquanto declaração unilateral de vontade do avalista em garantir o pagamento do valor inscrito no título, somente tem lugar em obrigações cambiárias; é, pois, instituto comercial a ser lançado apenas em títulos de crédito, diferentemente da fiança, que é contrato e poderá ser celebrada em relação a



qualquer negócio.

A outorga uxória ou marital compraz com o contrato de fiança, mas não com a declaração unilateral consubstanciada no aval, pois o portador do título contata algum, em regra, terá com o avalista e, menos ainda, com algum documento de identificação deste em que se evidencie o seu estado civil. Acaso mantida a orientação de que a ausência de outorga marital ou uxória do cônjuge do avalista anula, integralmente, o aval, os títulos circulando e aqueles por ventura a serem ainda emitidos terão indisfarçável decesso de segurança e de atratividade, pois poderá a vir a ser reduzida a garantia expressa na cártula e consubstanciada nos avais concedidos aos devedores principais, com a sua eventual declaração de nulidade<sup>45</sup>.

Face ao delineado, acredita-se que a partir da melhor exegese do artigo 1.649 do Código Civil<sup>46</sup> e da sua pretensa imperiosidade quanto à outorga conjugal é possível alcançar a conclusão de que a falta da vênua conjugal não invalidará o aval, mas, sim, poderá, segundo o caso, implicar em ineficácia parcial da garantia. Não será admissível subjugar os bens pessoais e até a meação – caso haja – do cônjuge não anuente com o aval à uma eventual execução ou cobrança de valores.

A consequência jurídica, então, passa a extrapolar o plano da validade do aval, devendo a discussão se inserir no plano de sua eficácia, conforme, aliás, já fora posicionado no Enunciado 114 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *O aval não pode ser anulado por falta da vênua conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu*<sup>47</sup>.

Destarte, uma vez prestado o aval, mesmo que sem a outorga conjugal, este permanecerá válido, mantendo sua higidez em razão dos princípios da cartularidade, autonomia e independência das obrigações cambiais<sup>48</sup>. Ademais,

---

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1526560/MG, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 16/05/2017.

<sup>46</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>47</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciado 114. I Jornada de Direito Civil, 2012. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/751> >. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

<sup>48</sup> FERNANDES, Jean Carlos. Teoria Contemporânea dos Títulos de Crédito – Imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 312.

restringirá o debate apenas ao fato de que pode ter sua eficácia comprometida, no tocante ao cônjuge dissidente, isto é, podendo, no muito, não produzir efeitos na parte que lhe cabe, seja ela patrimônio pessoal, seja ela meação.

Para tanto, será essencial a análise do caso concreto, na medida em que, segundo o regime de bens adotado pelos cônjuges, a ausência da outorga afetará distintamente o patrimônio do avalista e de seu consorte.

### *3.2. Análise do plano da eficácia do aval prestado sem a vênua conjugal*

A legislação brasileira, em matéria de família, permite aos nubentes optarem por um regime de bens para regular o patrimônio a partir da criação da sociedade conjugal (Art. 1.639, CC<sup>49</sup>), seja em momento anterior a celebração do casamento (Art. 1.653, CC<sup>50</sup>), seja durante sua vigência. Esta escolha determinará como o patrimônio do casal se tornará após a contração de núpcias e como será administrado.

Além destes efeitos genéricos, haverá outros tantos específicos, onde se inserirá exatamente o plano da eficácia do aval prestado sem a chancela do cônjuge. Não caberá adentrar novamente no debate do aval prestado com a presença da vênua conjugal, porque já se enfrentou as razões pelas quais deverá se considerar a 'autorização' como aval simultâneo prestado pelo cônjuge.

No regime da comunhão parcial (Art. 1.658, CC<sup>51</sup>) – o qual também é o regime legal, adotado caso não haja celebração de pacto antinupcial alterando-o – os nubentes terão o casamento como marco temporal para determinar dois montes de bens. O primeiro deles, o dos bens havidos antes do matrimônio, constituirá patrimônio pessoal e, por isso, se sujeitará quando o aval for prestado. Todavia, o segundo, o dos bens adquiridos na constância do casamento, por ser patrimônio comum do casal, deverá ser respeitada a meação devida ao cônjuge não anuente.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>50</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>51</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

De igual modo, serão estes os mesmos limiares aplicáveis quando se estiver defronte a um casal em união estável. Havendo previsão expressa da adoção do regime legal para esta situação, não é concebível se perceber consequências distintas, pois apesar de a maioria das vezes não existir uma formalização desta condição, há equiparação constitucional – §3º do Art. 226 da Constituição Federal – da união estável ao casamento para fins de proteção do Estado.

Quando da comunhão universal (Art. 1.667, CC<sup>52</sup>) os cônjuges formarão um único grande patrimônio comum. Desta forma, sempre haverá o respeito a meação do cônjuge que se recusar a avalizar o título, sendo este o limite da eficácia do aval.

Há de se frisar que em ambos os regimes em que há comunhão de bens (Art. 1.687, CC<sup>53</sup>), parcial ou universal, existem previsões legais aos Arts. 1.659 e 1.668<sup>54</sup>, que indicam bens que, independentemente do tempo em que foram adquiridos, não se comunicarão. E por não integrarem ao patrimônio do casal, se sujeitarão, em sua integralidade, a possível execução da garantia cambial.

Caso o regime adotado seja o da separação de bens ou o da participação final nos aquestos (Art. 1.672, CC<sup>55</sup>), sendo existente apenas o patrimônio pessoal de cada casal, não há dúvidas de que a eficácia do aval incidirá sobre o patrimônio do avalista e nada mais. Inclusive, cumpre o destaque para o fato de que sequer há exigência para prestar o aval no caso da separação de bens, por força da exceção estampada no caput do controverso Art. 1.647<sup>56</sup> do Código Civil.

Outrossim, não obstante algumas conспirações em contrário, não parece muito acertado pretender realizar os aquestos quando da execução do aval, para também se sujeitarem a tanto, simplesmente por estar na contramão da vontade precípua para o qual o regime de bens foi criado. Por este regime permite-se que

---

<sup>52</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>53</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>54</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>55</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>56</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

durante a vivência conjugal possa cada cônjuge administrar seus bens livremente, e apenas realizar a reunião dos bens adquiridos onerosamente na constância matrimonial – aquestos – para fins de divisão em caso de divórcio. Desta forma, ocorrendo a execução na constância matrimonial, incidirá a garantia prestada apenas sobre o patrimônio pessoal de quem assumir a posição de avalista.

Por derradeiro, e talvez mais controverso, está o regime da separação legal de bens (Art. 1.641, CC<sup>57</sup>). As pessoas que se casam tendo de adotar tal regramento viveriam como se apenas existissem patrimônios pessoais, estando sujeitas aos mesmos limites já indicados na separação absoluta; entretanto, por força da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup>, haverá a formação de um patrimônio comum do casal.

A polêmica no caso deste regime forma-se pela inconstância da jurisprudência a respeito de quais bens seriam constituintes desta parcela partilhável. Ainda não se pacificou entendimento se este patrimônio seria formado por todos os bens adquiridos na constância do casamento, se apenas pelos bens adquiridos onerosamente, ou ainda, se tão somente pelos bens adquiridos onerosamente e com comprovada contribuição dos cônjuges. Independentemente de quais bens integrarão este patrimônio comum, certo é que deverá se limitar a eficácia do aval à meação desta fração do conjunto de bens.

Feitas estas considerações, reforça-se a ideia de que a eficácia do aval prestado, sem sombra de dúvidas, enfrentará óbices segundo o regime de bens que estiver regulamentando as relações patrimoniais do avalista.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Levando em conta o que foi apontado, resta claro que os títulos de crédito foram formalizados como meios seguros para facilitar as relações creditícias, que eram carentes de um instrumento palpável para assegurar a existência relação jurídica,

---

<sup>57</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

a obrigação pactuada e, principalmente, viabilizar meios de garantir o cumprimento futuro. Neste contexto, legislação, doutrina e jurisprudência, buscaram estrutura-los de modo a garantir maior segurança jurídica na sua utilização.

Entretanto, diante de uma tentativa de aglomeração de normas no Código Civil, fazendo-se prever a regulamentação básica – e subsidiária – dos títulos de crédito, negligenciou-se diversos princípios cambiários. Em razão da má formulação legislativa, a integração pretendida acabou sendo verdadeiro revés aos títulos de crédito, já que ensejou questões controversas e passíveis de questionamento.

Face esta conjuntura, destacam-se as particularidades e contrapontos de uma das principais polêmicas: a aparente antinomia entre a normatização do aval e a exigência da vênua do cônjuge para prestá-lo. Diz-se aparente, pois, segundo o entendimento que vem sendo construído, as disposições do códex civilista podem conviver, sem que uma seja o completo oposto da outra. A exigência da outorga para prestar o aval não será causa de nulidade, mas sim, denota possível limite na eficácia do aval.

De mais a mais, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, começou a mudar o rumo da jurisprudência nacional. Com o papel de uniformização da jurisprudência nacional, o tribunal superou o embate que ocorria entre suas próprias turmas, e passou a indicar a tendência a unificar o entendimento a respeito da aparente antinomia instaurada pelas disposições do Código Civil.

Com isto, haverá a permanência de ambos os dispostos legislativos: permanecerá sendo exigível a existência da vênua conjugal para a absoluta eficácia do aval prestado, sem que isto, de forma alguma, retire a proteção concedida à família e ao seu patrimônio. E assim, talvez seja esta a solução com maior lógica e mais justa para os jurisdicionados.

De um lado, permanecerá a busca pela segurança jurídica e confiabilidade dos títulos de crédito, impulsionando a fácil circulação de riquezas e permitindo a manutenção do mercado; e de outro, não se afastará a salvaguarda do patrimônio

Lima, Taisa Maria Macena de; CARNEIRO, Victor Augusto Souza Antunes. A antinomia entre o aval e a outorga conjugal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

familiar, sobretudo em casos de ausência da concordância do cônjuge do avalista. Entretanto, cumprirá sempre avaliar e ponderar o regramento de bens que regula o casamento do avalista, já que, apesar de não invalidar do aval prestado, o regime adotado poderá ser fator limitados da eficácia da garantia cambiária, de forma tal, a excluir bens que compõem o patrimônio do casal.

Estando certo destas colocações, é nítido o reestabelecimento – pelo menos o início dele – da credibilidade esperada aos títulos de crédito, sobretudo, daqueles que possuem o aval. Resgata-se a exata confiança objetiva que é fator condicionante a concessão do crédito, possibilitando a continuidade na disseminação das relações embasadas no crédito.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Código Civil de 2002. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado 114*. I Jornada de Direito Civil, 2012. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/751>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto no. 2.044, de 31 de dezembro de 1908*. Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm)>. Acessado em 15 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto no. 57.663, de 24 de janeiro de 1966*. Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D57663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.htm)>. Acessado em 15 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 377*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1526560/MG*, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 16/05/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1633399/SP*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 01/12/2016.

Lima, Taisa Maria Macena de; CARNEIRO, Victor Augusto Souza Antunes. A antinomia entre o aval e a outorga conjugal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, *REsp 1163074/PB*, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de Crédito*. 14. Ed. São Paulo, Atlas, 1998.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciado 114. I Jornada de Direito Civil, 2012. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/751>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Jean Carlos. *Títulos de crédito: homenagem ao professor Wille Duarte Costa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FERNANDES, Jean Carlos. Teoria Contemporânea dos Títulos de Crédito – Imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Aval – alcance da responsabilidade do avalista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: *Títulos de Crédito – Volume 3*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MATTOS, Sílvia Ferreira Persechini. *Outorga Conjugal no Aval*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquemático*. 5º ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 445.

ROCHA, Pedro. **A** *Outorga Conjugal e o Aval: encontros e desencontros entre legislação e jurisprudência*. Belo Horizonte: D'placido, 2014.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Títulos de Crédito*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *A disciplina do aval no novo Código Civil*. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro n. 128. São Paulo: Malheiros, outubro-dezembro/ 2002, p. 33-40.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: *Títulos de Crédito – Volume 2*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RECEBIDO EM: MAI/2020  
APROVADO EM: MAR/2021

## **ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL**

### *MORAL HARASSMENT IN THE FEDERAL PUBLIC ADMINISTRATION*

**Júlio Korzekwa<sup>1</sup>**

#### **RESUMO**

Trabalho acadêmico sobre assédio moral na administração pública federal, elaborado através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial a fim de evidenciar a importância de discutir o assunto e a necessidade de previsão legal para orientar e embasar as decisões judiciais. No decorrer do trabalho restará evidente que as condutas caracterizadoras de assédio moral na administração pública federal são inaceitáveis, pois constituem afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos princípios norteadores da administração pública, além de caracterizarem desvio da função da administração no que se refere ao bem comum, à soberania do interesse público e a justiça. Além disso, o assédio moral na administração pública federal constitui cruel violência ao servidor vítima, causando-lhe inúmeros problemas físicos e psicológicos, denegrindo sua saúde e faltando-lhe com as mais básicas garantias constitucionais. Conta-se apenas com um projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados, além de dois projetos de lei tramitando no Senado Federal, ambos aguardando aprovação. Além disso, é de se mencionar a responsabilidade do Estado em organizar, dirigir e fiscalizar seus órgãos, além de proteger seus servidores. Expõe-se, nesse trabalho, a carência de Políticas Públicas para o combate do assédio moral na administração pública federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assédio Moral, Administração Pública Federal, Políticas Públicas.

#### **ABSTRACT**

Academic work on moral harassment in the federal public administration, elaborated through doctrinal and jurisprudential research in order to highlight the importance of discussing the subject and the need for legal provision to guide and support judicial decisions. In the course of the work, it will remain evident that the behaviors that characterize moral harassment in the federal public administration are unacceptable, as they constitute an affront to the principle of

---

<sup>1</sup> Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) – Porto Alegre/RS. Servidor Público Federal, Tecnólogo em Gestão Pública, no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense (IFSul) – Saporanga/RS. E-mail: [juliokorzekwa@gmail.com](mailto:juliokorzekwa@gmail.com).



human dignity and the guiding principles of public administration, in addition to characterizing deviation from the administration's function with regard to the common good, the sovereignty of the public interest and justice. In addition, moral harassment in the federal public administration constitutes cruel violence to the victim servant, causing him numerous physical and psychological problems, denigrating his health and lacking him with the most basic constitutional guarantees. There is only one project pending in the Chamber of Deputies, in addition to two projects pending in the Federal Senate, both awaiting approval. In addition, mention should be made of the State's responsibility for organizing, directing and supervising its organs, in addition to protecting its servants. In this work, the lack of Public Policies to combat moral harassment in the federal public administration is exposed.

**KEY-WORDS:** Moral Harassment, Federal Public Administration, Public policies.

## **INTRODUÇÃO**

Desde os primórdios da existência humana existem as relações de subordinação e, assim, as relações de trabalho, e desde então, existem também práticas abusivas e humilhantes realizadas por um agente e dirigidas a uma ou mais vítimas, causando-lhes desconforto, sofrimento, angústia, desespero e inferiorização no ambiente laboral. Dessa forma, afirma-se que a existência do assédio moral laboral não é um fenômeno comportamental novo, mas trata-se de uma atividade cruel, prejudicial e preocupante para toda a sociedade, merecedora de atenção, cuidado e solução.

O assédio em repartições públicas tem aumentado estatisticamente, ou, pelo menos, tem aumentado seu registro, pois os atos que antes eram aceitos e permaneciam em silêncio têm vindo à tona e são apontados pela sociedade e pela jurisprudência como inconvenientes e humilhantes, portanto, inaceitáveis.

De maneira sintética, pode-se dizer que o assédio moral é a exposição do servidor a situações humilhantes e constrangedoras durante a jornada de trabalho e no exercício das funções profissionais que, pela repetição, vão minando sua autoestima. Além disso, trata-se de um gênero de discriminação, pois tem como principal finalidade a exclusão da pessoa do ambiente de trabalho através de situações de desigualdade propositais e imotivadas.

A relação patronal no serviço público constitui no dever do servidor, representante do Estado, tratar com respeito, decoro e urbanidade a todos os cidadãos, incluindo seus colegas e subordinados, também servidores. Nessa relação de trabalho, o agente público se submete ao princípio da hierarquia, que tem a função de estabelecer a organização do serviço público, para que atinja sua principal finalidade, ou seja, o bem comum.

Sendo assim, esse trabalho tem como principal objetivo demonstrar a necessidade de toda a sociedade em conhecer o assédio moral na administração pública federal, além de evidenciar a urgência de se estabelecer diretrizes que o inibam destas relações, principalmente através de edição de lei que determine a descrição de atos que caracterizem assédio moral, facilitando seu reconhecimento por parte dos servidores. Além disso, que se determine previsão de punição aos agressores, para que não saiam impunes ao prejudicar a vida e a saúde de outro servidor que foi sua vítima, assim como a própria administração pública federal seja exemplo de justiça e respeito aos seus servidores.

Dessa forma, é evidente que o trabalho que tem como objetivo tratar desse assunto resta de grande importância para que o assédio moral na administração pública federal seja discutido nos ambientes pertinentes, levando o tema ao conhecimento público e principalmente aos interessados, para que se coíba toda prática de assédio moral, buscando uma sociedade mais justa e igualitária.

O tema apresentado nesse trabalho diz respeito ao assédio moral na administração pública federal, e, foi realizado mediante pesquisa acerca do que ditam os mais renomados autores nacionais e especialistas mundiais sobre a matéria.

Neste contexto, esse estudo buscará analisar, considerando a jurisprudência, a legislação nacional e os projetos de lei tramitantes quanto ao tema, a fim de apontar a existência do assédio moral na administração pública, o prejuízo que esta causa à vítima e à Administração Pública, as possibilidades de solução legal e a eventual indenização por dano material e moral decorrente do sofrimento dessa forma de agressão.

## **1. ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL**

A expressão administração pública pode envolver tanto a atividade administrativa exercida pelo Estado propriamente dita, realizada pelos órgãos e agentes, guiada e limitada pela ordem constitucional e legal quanto aos próprios agentes, órgãos e pessoas jurídicas com a função de executar as atividades administrativas, sendo eles os servidores, as pessoas jurídicas e os órgãos públicos.

No exercício das funções públicas, o Estado tem o poder de exercer as atividades administrativas ou desempenhá-las através de outros sujeitos, transferindo o exercício de atividades que lhe são pertinentes para particulares ou, criando pessoas auxiliares para desempenhá-las, ocorrendo assim a centralização ou descentralização, respectivamente, dos poderes e atividades estatais, e, no caso da delegação de atividades, atuando através da Administração Direta ou Administração Indireta.

Os agentes públicos são os atores do Estado, as pessoas às quais são atribuídas funções que, por sua vez, são atos de vontade do Estado. São divididos em agentes políticos, que tem o dever de dirigir, orientar e estabelecer diretrizes para o Poder Público, particulares que desempenham função pública, podendo ser a título gratuito ou oneroso, sem vínculo de trabalho, e que colaboram com o Poder Público, e servidores públicos propriamente ditos, ou agentes administrativos, que são os servidores que exercem função pública permanente e que tem relação funcional com o Estado. Estes distintos servidores são sujeitados à hierarquia funcional e ao regime jurídico do órgão onde desempenham suas funções.

No exercício de suas funções, a Administração Pública, em respeito ao Regime Jurídico Administrativo que a envolve, deve respeitar alguns princípios pré-determinados no artigo 37 caput da Constituição Federal.

Estes princípios administrativos constituem-se em Princípio da Legalidade que determina que toda e qualquer conduta administrativa deve ser autorizada por lei, Princípio da Impessoalidade que prevê a igualdade ou isonomia na atuação

da administração pública, Princípio da Moralidade que envolve a obrigatoriedade de atuação ética dos agentes públicos, respeitando os pressupostos de honra, boa fama, reputação e patrimônio moral das entidades públicas, Princípio da Publicidade que orienta no sentido de que todos os atos administrativos devem ter a mais ampla divulgação possível, e, por fim, Princípio da Eficiência que corresponde à presteza, gentileza, perfeição e rendimento funcional que deve ser atribuída aos agentes públicos na execução de suas funções.

Ao tratar de assédio moral na administração pública federal é evidente a afronta aos princípios administrativos, pois, no momento em que um servidor vem a tratar outro de forma humilhante, degradante e cruel, agredindo-o psicologicamente e causando prejuízo a sua saúde, assim como ao ambiente de trabalho, está, tal servidor, agindo em contrário ao intuito do serviço público que deve ser prestado de maneira ética e benéfica.

Em breve caracterização do que seja assédio moral, Leymann, citado por Iñaki Piñuel y Zabala<sup>2</sup>, que também o denomina de "mobbing", descreve-o como uma forma de violência psicológica que tem como objeto adultos em contexto laboral, caracterizando-se pelo sentimento de diminuição, inferiorização e menosprezo decorrentes das práticas de ofensas, constrangimento e vexame oriundas de outro colega de trabalho ou mesmo do empregador.

Importante ressaltar que assédio moral caracteriza-se por condutas direcionadas à vítima de maneira repetida e repetitiva, intencional, temporal e prolongada no tempo, e que prejudiquem as condições de trabalho, ou seja, um ato isolado de humilhação não condiz especificadamente com assédio moral.

Ao contrário do pensamento público, os atos de assédio moral laboral não são apenas praticados pelo superior hierárquico e direcionados ao subordinado, esta, embora mais comum, é apenas uma das formas de conduta, determinada pelos estudiosos como assédio moral vertical.

---

<sup>2</sup> ZABALA, Iñaki Piñuel y. Mobbing: como sobreviver ao assédio psicológico no trabalho. São Paulo: Loyola, p. 213, 2003.

Além desta forma, existe também o assédio moral horizontal, que corresponde às condutas praticadas entre pessoas de igual posição hierárquica na organização e é explicada pela doutrina considerando a competitividade entre colegas, e a agressão intitulada de assédio moral ascendente, que consiste na violência praticada por uma ou várias pessoas e que tem como vítima um superior hierárquico, sendo, esta, a forma menos comum de assédio moral laboral.

Ainda, o assédio moral pode ser de cunho sexual ou de gênero. O assédio moral de cunho sexual se caracteriza por propostas, comentários, ofensas ou insinuações de natureza sexual, podendo ser verbal, expresso ou subentendido, gestual ou físico, e o assédio moral referente ao gênero se refere à conduta que, em relação às mulheres, que constituem 70% dos casos (HIRIGOYEN, 2006), geralmente é no sentido de intimidá-las com atitudes machistas e preconceituosas, e em relação aos homens, costuma atingir sua virilidade.

Importante ressaltar que o abuso de poder pode ser causa do assédio moral, mas este não existe apenas em decorrência daquele, pois trata-se do uso excessivo e injusto das atribuições ou poderes hierarquicamente superiores, ultrapassando os limites da legalidade e dos bons costumes, contudo, é plenamente possível a existência de assédio moral sem abuso de poder, nos casos em que, por exemplo, existe esta conduta agressiva entre colegas de mesma posição hierárquica, o que evidencia a distinção destes atos lesivos, não podendo ser confundidos.

Embora trabalhadores da iniciativa privada sejam mais vulneráveis a esse tipo de abuso, a estabilidade no emprego dos servidores públicos não impede a ocorrência de assédio moral nas repartições, o que evidencia, além dos problemas já mencionados, a ausência de mecanismos que evitem e controlem as práticas dentro das repartições públicas.

Isso se dá devido ao fato de que no âmbito do serviço público, o superior hierárquico não dispõe sobre o vínculo funcional do servidor e, dessa forma, não tem poder de demiti-lo, e assim passa a humilhá-lo e sobrecarregá-lo de tarefas infundadas objetivando seu desligamento do órgão público.

Como causa desta forma de assédio, pode-se citar a falta de preparo de alguns chefes, a simples perseguição de um determinado indivíduo, as chefias por indicação, o fator financeiro como promoções e gratificações, a constante impunidade do superior hierárquico, a falta da comunicação desses atos por parte da vítima, os preconceitos já pré-existentes como racismo, a falta de destaque devido ao excesso de servidores e os casos em que servidores assumem determinadas funções sem a devida competência e habilidade para tal, vindo a superar os limites do razoável em sua função, exercendo-a de forma arbitrária.

Como exemplo de condutas assediadoras pode-se citar a atribuição de erros imaginários ao trabalhador, ironizar seu comportamento ou maneira de vestir-se, ignorar sua presença na frente dos outros ou não cumprimentá-lo, excluí-lo de reuniões e eventos pertinentes ao órgão ou função, fazer críticas em público ou brincadeiras de mau gosto, impor horários injustificados, sugerir que se exonere, fazer circular boatos maldosos, transferi-lo do setor para isolá-lo, ignorar suas opiniões ou falas, pedir-lhe a execução de tarefas sem interesse ou não lhe atribuir tarefas, retirar seus instrumentos de trabalho e agredi-lo somente quando estão a sós, persegui-lo com deboches e ofensas e difamá-lo entre os colegas.

Devido aos benefícios da carreira pública, principalmente a estabilidade do servidor, é evidente que a concorrência neste mercado também é causa dos atos de assédio moral entre os servidores, prejudicando-os, assim como ao próprio serviço público e gerando possibilidade de indenização civil à vítima por parte da administração pública.

Além disso, nos casos de afastamento do servidor decorrente de doença oriunda de assédio moral, não existe a possibilidade de contratação imediata, pois a legislação pertinente exige vacância para tal, que se dá apenas pela aposentadoria ou pela exoneração, o que acarreta prejuízo ao serviço público, pois deixa de atender os fins a que se destina devido à falta de servidores.

No âmbito administrativo o responsável pelo processamento e julgamento das ações que envolvem servidores públicos é um agente pago pelo próprio Estado.

Sua função é defender os interesses deste, observando os limites da justiça e tendo como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana expresso na Constituição Federal.

Já no âmbito judicial, quando envolve a Administração Pública, as demandas são julgadas pela Justiça Comum e penalizadas, analogicamente, com base na Lei 8.429 de 1992, Lei de Improbidade Administrativa, principalmente com base em seu artigo 11, o qual determina que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

Além disso, a jurisprudência determina que, para ser considerado assédio moral e se enquadrar no descrito no referido artigo, é indispensável à presença de dolo na conduta do agente.

Para exemplificar, cita-se o Recurso Especial nº 1.286.466 – RS (2011/0058560-5)<sup>3</sup> do Superior Tribunal de Justiça que, no que tange ao assédio moral, descreve um caso onde Prefeito Municipal, usando-se do cargo (e abusando dos poderes a ele atribuídos) deixa, por diversas vezes, uma servidora pública de “castigo” na sala de reuniões da prefeitura, no intuito de vingar-se, pois tal funcionária denunciou a Prefeitura Municipal ao Ministério Público devido a uma dívida do município com o Fundo de Aposentadoria dos Servidores Públicos. No caso em questão foi reconhecido o assédio moral sofrido pela servidora e, ainda, o motivo torpe das agressões, e o agressor em questão foi penalizado, sob fundamento do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, sendo condenado à suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos; ao pagamento de multa civil de 5 (cinco) anos no valor da remuneração percebida à época do fato e a proibição de

---

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.286.466 – RS. Recurso especial. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Assédio Moral. Violação dos Princípios da Administração Pública. Artigo 11 da Lei 8429/1992. Enquadramento. Conduta que Extrapola Mera Irregularidade. Elemento Subjetivo. Dolo Genérico. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Odilon Almeida Mesko. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 3 de setembro de 2013. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30526819&num\\_registro=201100585605&data=20130918&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30526819&num_registro=201100585605&data=20130918&tipo=5&formato=PDF)> . Acesso em: 26 mai. 2020.

contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Outro exemplo envolve os Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5021699-76.2011.404.7000/PR (234P)<sup>4</sup> que se refere à ação interposta por professores da Universidade Federal do Paraná, através do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, em face da Universidade Federal do Paraná, decorrente da conduta do diretor do Campus Litoral, onde tais professores estão lotados, que persegue e ameaça psicologicamente os professores, tendo, inclusive, causado danos a saúde física e psicológica de algumas vítimas. Neste caso, o assédio moral foi reconhecido, analisando os depoimentos pessoais e os laudos médicos apresentados pelas vítimas e considerando a Universidade também culpada por ter sido negligente, já que os professores haviam buscado vias administrativas para solucionar o problema e não tiveram resultados, sendo condenada ao pagamento do valor correspondente a R\$ 100 mil reais (cem mil reais) a título de dano moral coletivo.

A vivência rotineira desta forma de agressão causa inúmeros problemas à saúde da vítima, conforme os achados no trabalho de Almeida<sup>5</sup>:

Os primeiros sintomas são os problemas clínicos devido ao estresse. O funcionário começa a dormir mal, a ter tremores, palpitações, pressão alta, problemas de pele, aumenta ou diminui de peso abruptamente. Uma pessoa que não tem diabetes pode desenvolver a doença, e quem possui pode descompensar o sintoma. Em alguns casos, distúrbios hormonais também são verificados. Nas mulheres,

---

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5021699-76.2011.404.7000/PR (234P). Embargos de Declaração em Apelação Cível. Administrativo. Embargos de Declaração. Omissão. Contradição. Obscuridade. Prequestionamento. Embargante: Universidade Federal do Paraná - UFPR. Embargado: Acórdão. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, RS, 27 de janeiro de 2015. Disponível em <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40000889110&versao\\_gproc=9&crc\\_gproc=70690687](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000889110&versao_gproc=9&crc_gproc=70690687)>. Acesso em 26 mai. 2020

<sup>5</sup> ALMEIDA. Graciany Neves de. Assédio moral no serviço público: uma revisão sobre as implicações na saúde dos trabalhadores e o aporte normativo brasileiro. Monografia (Especialização em Gestão do Trabalho e Educação na Saúde) – Departamento de Saúde Coletiva, Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz. Recife. 2011. p. 26. Disponível em <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/28637/1/186.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2020.



alterações na menstruação. Nos homens, impotência. Depois, começa a ser afetada a parte psicológica. A primeira reação é achar que o assediador tem razão: “O que fiz de errado? Será que eu sou eficiente?”. Essas são as primeiras indagações. A autoestima da pessoa começa a entrar em declínio – e não raras vezes o sujeito pensa no suicídio como a única maneira de se salvar. Sem contar que o assediado começa a vender tudo o que tem para comprar remédios e tranquilizantes que combatam os seus estresses.

Dessa forma, torna-se necessário que a vítima tenha conhecimento de que existem medidas a serem tomadas, como, por exemplo, resistir, anotar com detalhes as humilhações sofridas, incluindo dados como dia, mês, ano, hora, local ou setor, nome do agressor, colegas que testemunharam e conteúdo da conversa, dar visibilidade, procurando a ajuda dos colegas, evitar conversar com o agressor sem testemunhas, exigir por escrito, explicações do ato, procurar ajuda no setor de atendimento à saúde ou Recursos Humanos, além do Ministério Público do Trabalho, Justiça do Trabalho, Comissão dos Direitos Humanos.

Além disso, é fundamental o apoio dos familiares, amigos e colegas, pois o afeto e a solidariedade são essenciais para a recuperação da autoestima, da dignidade, da identidade e da cidadania, visto que, ao ser alvo de assédio moral, a vítima tende a se isolar da família e amigos.

Quanto ao agressor, Peli e Teixeira<sup>6</sup> descrevem alguns fatos que determinam a escolha da vítima, sendo eles o despertar do medo no superior ao demonstrarem um nível de competência e desempenho que ameaça seu cargo, demonstrar competência na solução de determinadas situações perante pessoas de outros setores ou áreas da empresa, demonstrar habilidade no trato com pessoas dentro e fora da área de atuação, de modo a causar ciúmes no chefe e não concordar com decisões ou ações que ferem a ética profissional.

Importante destacar que quanto ao poder hierárquico da Administração Pública, este deve ser exercido com humildade e coerência para que seja legítimo, sob

---

<sup>6</sup> PELI, Paulo; TEIXEIRA, Paulo. Assédio moral: uma responsabilidade corporativa. São Paulo: Ícone, p. 37. 2006.

pena de configurar-se como abuso de poder, devendo, o administrador, exercer suas funções em observância aos limites legais. Além disso, o poder disciplinar atribuído ao administrador lhe é conferido para que aja em benefício do serviço público.

Ainda que o Assédio Moral Laboral seja um grave problema social, atualmente não existe, no Brasil, norma legal que o defina ou determine sanções para tais atos.

Existe, contudo, no âmbito Federal, o Projeto de Lei 4.591 de 2001, que acrescenta ao art. 117 da Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990 (Estatuto dos Servidores Federais), a conduta punitiva de quem assedia moralmente inferior hierárquico e define o assédio moral, em seu §1º, como “todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a autoestima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução profissional ou à estabilidade física, emocional e funcional do servidor incluindo, dentre outras: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de ideias de outros; ignorar ou excluir um servidor só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações necessárias à elaboração de trabalhos de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; segregação fisicamente o servidor, confinando-o em local inadequado, isolado ou insalubre; subestimar esforços”.

Em 2019, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 4742/01 que introduz o artigo 146-A no Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Com a aprovação na Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado ao Senado, onde vem sendo trabalhado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) dentro do Projeto de Lei nº 1521, de 2019, em conjunto com diversas outras medidas que visam à alteração do Código Penal Brasileiro.

Além destes, existe também em tramitação o Projeto de Lei do Senado Federal nº 121 de 2009, que aguarda votação. Sua proposta é determinar, para os agressores, a mesma punição atribuída aos atentados contra os princípios da

administração pública, conforme previsão do artigo 11 da Lei 8.429 de 2 de junho de 1992 (Lei da Improbidade Administrativa), artigo este que, como já mencionado, vem sendo utilizado, analogicamente, pelos juízes como embasamento das sentenças punitivas ao servidor agressor.

Cabe mencionar, aqui, que a jurisprudência tem entendido a omissão da administração como abuso de poder, ou seja, sua inércia em coibir as práticas abusivas que o servidor vem sofrendo lhe enseja correção judicial com a respectiva indenização ao prejudicado.

O princípio da legalidade, expresso no artigo 37 da Constituição Federal, prevê a necessidade de que toda punição seja acompanhada previamente da apuração regular da falta disciplinar, onde seja garantido o contraditório e a ampla defesa, que, além disso, a punição seja compatível com a gravidade da falta, observando os limites legais e, por fim, a punição deve ser motivada, fundamentada, para que se afaste a arbitrariedade, obedecendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Atualmente as ações judiciais através das quais o servidor pleiteia a tutela de seus direitos embasam-se no dano moral e no direito ao meio ambiente de trabalho saudável, além do princípio da dignidade humana, da cidadania, da imagem e do patrimônio moral do servidor, direitos estes garantidos pela própria Constituição Federal vigente.

Estas ações, quando decorrentes de danos sofridos pela vítima e que, por sua vez, geraram perdas de caráter material e moral que devem ser devidamente comprovados, acarretam direito à indenização.

As indenizações materiais envolvem os danos emergentes, ou seja, o que o servidor efetivamente perdeu, citando-se, como exemplo, os gastos obtidos com tratamento médico e psicológico e que ocorreram derivados de problemas de saúde adquiridos como resultado dos atos de assédio moral sofridos. Além deste, há indenização quanto aos lucros cessantes, que se referem ao que o servidor deixou de ganhar. Ainda, pode o servidor receber indenização por danos morais, que se refere ao sofrimento psicológico ao qual foi submetido.

Ao tratar de assédio moral na administração pública, é evidente que o agressor se caracteriza como servidor público e, sendo assim, o Estado pode ser responsabilizado pelos danos materiais e morais sofridos pela vítima. Isto se dá porque possui responsabilidade objetiva atribuída por lei, ou seja, sua responsabilidade independe de prova de culpa. Desta forma, após devidamente comprovado o fato e o dano, cabe ao Estado indenizar a vítima, podendo, posteriormente, processar o agressor com o intuito de ressarcimento dos prejuízos que sofrer em decorrência do assédio moral provocado por ele.

Visto isso, o Estado deveria promover políticas públicas que visam a coibir as condutas de assédio moral, como mencionado anteriormente, existem projetos de lei em tramitação, no entanto, até a conclusão desse trabalho, nenhum havia sido sancionado, ficando evidente a carência de políticas do Estado para combate ao assédio moral.

Ampliando o debate, seria válido acrescentar uma breve conceituação sobre o tema de políticas públicas, uma vez que:

Cualquier trabajo científico de investigación social sobre la formulación de políticas públicas que se considere serio debe, por lo tanto, comenzar por una reflexión crítica de sus definiciones, de sus sentidos y de los usos del término "políticas públicas".<sup>7</sup>

Nesse trabalho, o cenário debatido sobre assédio moral se dá no âmbito da esfera da administração pública federal, sendo assim, como já comentado, seria coerente pensar que o Estado deveria assumir o protagonismo pela promoção de ações que visem a coibir o assédio moral, diante disso, considerando a literatura de políticas públicas, que se divide basicamente entre duas abordagens: a estatista e a multicêntrica, parece mais adequada para essa pesquisa o olhar para as políticas públicas sob a lente da perspectiva estatista, uma vez que Leonardo Secchi resumidamente afirma que "é política pública somente quando emanada de ator estatal"<sup>8</sup>, ao contrário da visão multicêntrica, que admite que

---

<sup>7</sup> SHORE, C. La antropología y el estudio de la política pública: reflexiones sobre la "formulación" de las políticas. Revista Antípoda, n. 10, p. 26, 2010.

<sup>8</sup> SECCHI, L. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, p. 2. 2013.

política pública possa ser realizada por quaisquer atores, inclusive entidades não-governamentais, pois nessa abordagem o ator que promove a política não é o fator que determina se a política é pública, mas sim o objetivo da mesma, se atinge um problema público é política pública.

Com base nessa pesquisa, como se evidencia a responsabilidade do Estado sobre a questão que envolve diretamente servidores públicos, tanto como agressores, quanto vítimas, resta claro que a abordagem estatista de políticas públicas é mais pertinente para esse trabalho, pois a política precisa ser criada e implementada pelo Estado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É de comum entendimento que o gestor público tem o dever de zelar por um bom ambiente de trabalho, evitando e punindo os casos de assédio moral, melhor dizendo, ele não pode compactuar com expedientes negativos e odiosos, sendo de sua função aplicar o poder disciplinar sobre seus subordinados, visando restabelecer a ordem no ambiente de trabalho.

Em dados estatísticos<sup>9</sup>, um levantamento realizado pela Coordenação de Seguridade Social e Benefícios do Servidor Público, em 2004, aponta que 33% dos servidores públicos federais relataram casos de assédio moral, principalmente por desqualificação profissional, sendo 12% dos afastamentos do serviço público por transtornos mentais. Além disso, o consumo de álcool e de drogas entre as vítimas é de 16% dos casos são de homens e 12% de mulheres.

Segundo Luiz Roberto Pires Domingues<sup>10</sup>, ex-coordenador de Seguridade Social e Benefícios do Servidor Público, essa situação conduz a um elevado índice de aposentadorias por invalidez, ou seja, 28% do total de aposentadorias no serviço público federal, e mais, a na esfera administrativa, cerca de 70% das denúncias

---

<sup>9</sup> Sindicato Nacional dos Funcionários do Banco Central. Disponível em: <<https://www.sinal.org.br/informativos/PorSinal/digital/?edicao=21>>. Acesso em 26 mai. 2020.

<sup>10</sup> DOMINGUES, Luiz Roberto Pires. In: Assédio Moral - Aspectos Jurídicos, Aspecto Emocional e Regulamentação no Serviço Público. 1. 2007 Brasília, Disponível em: <[http://www.sinal.org.br/video/player.asp?video=http://www.sinal.org.br/video/assedio\\_moral.wm](http://www.sinal.org.br/video/player.asp?video=http://www.sinal.org.br/video/assedio_moral.wm)>. Acesso em 26 mai. 2020

de assédio moral que chegam à Coordenação, ao serem investigadas, se reverterem contra o denunciante, devido à falta de regulamentação quanto ao assédio moral no estatuto do servidor público federal.

É primordial que o gestor público não deixe de observar que assédio moral se constitui por ação, gesto ou palavra, praticada repetitivamente pelo agente, servidor, empregado ou qualquer pessoa que abuse da autoridade conferida por sua função e faça isso buscando atingir a outro servidor, desviando completamente a finalidade do serviço público e ofendendo os princípios administrativos do bem comum.

O poder hierárquico atribuído ao servidor não é pessoal, mas apenas objetiva o bem comum, tratando-se de prerrogativa organizacional da administração pública, e utilizá-lo para perseguir um servidor constituindo assédio moral é prejudicial a todos: ao servidor que se vê fragilizado e debilitado, prejudicando sua saúde, à administração que poderá perder o servidor e depende de todo um processo para repor seu quadro de servidores, faltando assim com a disposição de serviço público e que, além disso, em eventual ação judicial, deverá indenizar a vítima, e ao próprio agressor que será penalizado, podendo perder seu cargo público e devendo ressarcir eventuais indenização pagas pelo Estado e derivadas de sua conduta cruel.

Nesse sentido, cabe dizer que o que se nota ao estudar a jurisprudência nacional quanto ao assédio moral na administração pública é que, nos casos em que as condutas caracterizadoras são comprovadas, a administração pública, assim como o agressor, é penalizada e a vítima é indenizada pelo sofrimento que vivenciou.

Deve-se mencionar que o assédio moral sempre é precedido da dominação psicológica do agressor e da submissão forçada da vítima. Assim, está é ferida em sua autoestima, em seu amor próprio. É atingida em sua dignidade e perde a autoconfiança. Isto acaba por comprometer suas relações afetivas e sociais, sua identidade e dignidade e causa danos imensuráveis a sua saúde.

O assédio moral é uma tortura para a vítima, pois a desestabiliza emocionalmente e lhe priva do prazer pelo trabalho.

Mediante o exposto, conclui-se afirmando que é urgente a adoção de políticas públicas por meio da tipificação do crime de assédio moral e sua definição, como proposto nos projetos de lei já referidos, e mais do que isso, é fundamental que a sociedade em geral repudie toda forma de assédio moral, inclusive por omissão, dando proteção às vítimas e punindo os agressores. A administração pública deve ser exemplo de conduta, cordialidade, boa fama e ambiente saudável de trabalho, e não de barbáries e crueldades com seus servidores.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2009.

ALMEIDA. Graciany Neves de. **Assédio moral no serviço público: uma revisão sobre as implicações na saúde dos trabalhadores e o aporte normativo brasileiro**. Monografia (Especialização em Gestão do Trabalho e Educação

na Saúde) – Departamento de Saúde Coletiva, Centro de Pesquisas

Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife. 2011. Disponível em <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/28637/1/186.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2020.

BARRETO, Margarida. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: FABESB, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 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 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Estatuto dos Servidores Públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 26 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. **Lei da Improbidade Administrativa**. Disponível em:

KORZEKWA, Júlio. Assédio moral na administração pública federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em 26 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.286.466 – RS**. Recurso especial. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Assédio Moral. Violação dos Princípios da Administração Pública. Artigo 11 da Lei 8429/1992. Enquadramento. Conduta que Extrapola Mera Irregularidade. Elemento Subjetivo. Dolo Genérico. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Odilon Almeida Mesko. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 3 de setembro de 2013. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30526819&num\\_registro=201100585605&data=20130918&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30526819&num_registro=201100585605&data=20130918&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 26 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 5021699-76.2011.404.7000/PR (234P)**. Embargos de Declaração em Apelação Cível. Administrativo. Embargos de Declaração. Omissão. Contradição. Obscuridade. Prequestionamento. Embargante: Universidade Federal do Paraná - UFPR. Embargado: Acórdão. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, RS, 27 de janeiro de 2015. Disponível em <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40000889110&versao\\_gproc=9&crc\\_gproc=70690687](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000889110&versao_gproc=9&crc_gproc=70690687)>. Acesso em 26 mai. 2020.

DOMINGUES, Luiz Roberto Pires. In: **Assédio Moral - Aspectos Jurídicos, Aspecto Emocional e Regulamentação no Serviço Público**. 1. 2007. Brasília, Disponível em: <[http://www.sinal.org.br/video/player.asp?video=http://www.sinal.org.br/video/assedio\\_moral.wmv#](http://www.sinal.org.br/video/player.asp?video=http://www.sinal.org.br/video/assedio_moral.wmv#)>. Acesso em 26 mai. 2020.

HIRIGOYEN, M-F. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Tradução de Maria Helena Kühner. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

\_\_\_\_\_. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.



KORZEKWA, Júlio. Assédio moral na administração pública federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

MOURA, Mauro de. **Cartilha Assédio Moral**. Disponível em: [http://www.cspb.org.br/cartilha\\_assedio\\_moral.pdf](http://www.cspb.org.br/cartilha_assedio_moral.pdf)>. Acesso em 26 mai. 2020.

PELI, Paulo; TEIXEIRA, Paulo. **Assédio moral: uma responsabilidade corporativa**. São Paulo: Ícone, 2006.

SINDICATO NACIONAL DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO CENTRAL (SINAL), Direitos do Servidor. **Revista Online Nº21**, ano 05. Disponível em: <https://www.sinal.org.br/informativos/PorSinal/digital/?edicao=21> >. Acesso em: 26 mai. 2020.

SECCHI, L. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SHORE, C. La antropologia y el estudio de la politica publica: reflexiones sobre la "formulacion" de las politicas. **Revista Antípoda**, n. 10, p. 21-49, 2010.

ZABALA, Iñaki Piñuel y. **Mobbing: como sobreviver ao assédio psicológico no trabalho**. São Paulo: Loyola, 2003.

RECEBIDO EM: MAI/2020

APROVADO EM: ABR/2021

## **EL ECOTURISMO, INFLUENCIA EN EL DESARROLLO SOCIOCULTURAL DEL MUNICIPIO**

*ECOTOURISM, INFLUENCE ON THE SOCIOCULTURAL DEVELOPMENT OF THE MUNICIPALITY*

**Alcides Antúnez Sánchez<sup>1</sup>**

**Ana Elisa Gorgoso Vázquez<sup>2</sup>**

### **RESUMEN**

El artículo hace una caracterización del desarrollo del ecoturismo en Cuba y su relación con el desarrollo sociocultural desde una perspectiva teórica doctrinal e histórica a nivel internacional. A partir del estudio de la legislación nacional que regula el ecoturismo y su impacto en el desarrollo cultural del municipio, asentado en el ordenamiento jurídico cubano. Se toma como muestra a la provincia Granma por la insuficiencia de regulaciones jurídicas que propicien la aplicación de esta práctica novedosa y espiritual para el desarrollo cultural. El turista busca no solo la calidad de los servicios turísticos, sino el contacto con la naturaleza y la adecuada conservación ambiental; la Organización Mundial de Turismo preconiza que una de las tendencias predominantes del turismo es el incremento de nuevas formas como es el turismo ecológico, necesitado de alcanzar una cultura adecuada para su protección. Son empleados los métodos como el de análisis histórico, el exegético, inducción deducción, y el jurídico comparado.

**PALABRAS CLAVES:** naturaleza, servicio turístico, patrimonio cultural, impacto.

### **ABSTRAC**

The article characterizes the development of ecotourism in Cuba and its relationship with sociocultural development from a doctrinal and historical theoretical perspective at the international level. Based on the study of the national legislation that regulates ecotourism and its impact on the cultural development of the municipality, established in the Cuban legal system. The Granma province is taken as a sample due to the insufficiency of legal regulations that promote the application of this novel and spiritual practice for

---

<sup>1</sup> Máster en Asesoría Jurídica mención administrativo ambiental. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional Público en la Disciplina Derecho de la Economía. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: [aantunez@udg.co.cu](mailto:aantunez@udg.co.cu) ORCID No. **0000-0002-8561-6837**

<sup>2</sup>Máster en Desarrollo Cultural Comunitario. Profesora Auxiliar en la carrera gestión sociocultural para el desarrollo. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: [agorgosov@udg.co.cu](mailto:agorgosov@udg.co.cu) ORCID No. **0000-0001-8207-2902**

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

cultural development. The tourist seeks not only the quality of tourist services, but also contact with nature and adequate environmental conservation; The World Tourism Organization recommends that one of the predominant trends in tourism is the increase in new forms such as ecotourism, in need of achieving an adequate culture for its protection. Methods such as historical analysis, exegetical, induction deduction, and comparative legal analysis are used.

**KEY WORDS:** nature, tourist service, cultural heritage, impact.

**MATERIALES Y MÉTODOS:** El artículo tiene como objetivo caracterizar el desarrollo del ecoturismo en Cuba y su relación con el desarrollo sociocultural desde una perspectiva teórica doctrinal e histórica a nivel internacional. Se parte del estudio de la legislación nacional que regula el ecoturismo y su impacto en el desarrollo cultural del municipio, asentado en el ordenamiento jurídico cubano. Se toma como muestra a la provincia Granma para demostrar la insuficiencia de regulaciones jurídicas que propicien la aplicación de esta práctica novedosa y espiritual para el desarrollo sociocultural de los territorios que lo practican y de los que lo tienen en su estrategia de desarrollo local. Son empleados los métodos como el de análisis histórico, el exegético, inducción deducción, y el jurídico comparado.

## **INTRODUCCIÓN**

Para muchas naciones subdesarrolladas como Cuba, el turismo es una actividad económica muy atractiva por el alto ingreso que genera en divisas, inversiones, empleos y activación de encadenamientos productivos que trae consigo. Sin embargo, la actividad turística estatal en Cuba ha seguido un criterio de planificación sectorial estatal, donde priman las relaciones verticales, ello constituye un reto en la actualización del modelo económico y social, a pesar de haber sido el destino número uno en el Caribe antes del triunfo de la Revolución en 1959.

El sector turístico se ha convertido en la fuente de ingresos para muchos países del Caribe, con una gran competencia y calidad en el servicio turístico que comercializa, denominada como la economía azul. En el caso de Cuba, el turismo ha pasado a sustituir a la industria del azúcar como la principal fuente generadora de divisas. Por ello, la promoción turística cubana comercializa varios tipos de turismo, como: el de pesca, caza, buceo, aventura, turismo de salud, turismo náutico, el ecoturismo, el de sol y playa, y el cultural.

El 2002, Año Internacional del Turismo Ecológico, de acuerdo a la Declaración de Québec sobre el Turismo Ecológico, éste *"...abrazo los principios del turismo sostenible... Se adhiere asimismo a los principios específicos siguientes: contribuye activamente a la conservación del patrimonio natural y cultural; incluye a las comunidades locales e indígenas en su planificación, desarrollo y explotación y contribuye a su bienestar; interpreta el patrimonio natural y cultural del destino para los visitantes; se presta mejor a los viajeros independientes, así como a los circuitos organizados para grupos de tamaño reducido..."*

La Organización Mundial del Turismo (OMT), se aprecia como cada vez más están arraigadas en turistas extranjeros las demandas relacionadas con la conservación del ambiente, la cultura y el arte, como la colaboración y compromiso en el desarrollo local.

Perón et al. (2000) junto con otros autores plantean que el desarrollo local en base a la actividad turística se considera multidimensional por tener injerencia o participación en los siguientes ámbitos: Económico: desarrollo de empresas, generación de empleos; Sociocultural: los valores sirven de base al desarrollo y a su vez se fortalecen; Político administrativo: los poderes locales son capaces de impulsar el desarrollo a través de la gestión de los recursos; Otras: tecnología, ambiental como lo es el desarrollo sostenible y en algunos casos la urbanística patrimonial

En consecuencia, el Turismo como actividad de ocio, requiere de la afluencia de diversas áreas productivas y de los sectores públicos y privados para proporcionar bienes y servicios demandados por los turistas a través del

encadenamiento productivo. No tiene límites determinados ni un producto tangible o intangible, es la producción de servicios la que varía dependiendo del territorio a desarrollar. Uno de los puntos más controvertibles de la actividad turística es su capacidad de ser compatible con los modos de vida, naturaleza y cultura de las comunidades donde se desarrolle.

El artículo tiene como objetivo caracterizar el desarrollo del ecoturismo en Cuba y su relación con el desarrollo sociocultural desde una perspectiva teórica doctrinal e histórica a nivel internacional. Se parte del estudio de la legislación nacional que regula el ecoturismo y su impacto en el desarrollo cultural del municipio, asentado en el ordenamiento jurídico cubano. Se toma como muestra a la provincia Granma para demostrar la insuficiencia de regulaciones jurídicas que propicien la aplicación de esta práctica novedosa y espiritual para el desarrollo sociocultural de los territorios que lo practican y de los que lo tienen en su estrategia de desarrollo local.

La actualidad y pertinencia del tema se justiprecia que responde a la Política Económica y Social del Partido y la Revolución (PCC, 2011; PCC, 2016) aprobada en el VI, VII y VIII Congreso del Partido Comunista de Cuba de 2011, 2016, 2021 respectivamente. Donde se refiere en los lineamientos la prioridad de avanzar en los encadenamientos productivos, impulsar y fortalecer la base económica productiva de los municipios con la autonomía necesaria y la continuidad del desarrollo de la actividad no estatal como oferta turística complementaria.

## **1. EL ECOTURISMO, DEFINICIÓN. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

El ecoturismo se ha convertido en una palabra de actualidad, aunque hay que precisar que existe poco consenso en la definición. En sus términos más generales, ecoturismo puede ser definido sobre la base de la naturaleza, el ambiente, un planteamiento verde, la ecología u otros campos relacionados que integran este concepto.

El turismo ecológico, ecoturismo, turismo de naturaleza es un enfoque para las actividades turísticas en el cual se privilegia la preservación y la apreciación del ambiente, tanto natural como cultural, al acoger a los viajantes. Debido a su rápido crecimiento también se le ve como un subsector de la actividad turística.

En su acepción común la etiqueta ecoturismo implica un viaje ambientalmente responsable para disfrutar del medio natural y de la cultura de los habitantes, para promover la apreciación de las riquezas naturales y culturales de los lugares a visitar, da a la conservación un valor monetario tangible, que sirva de argumento para convencer tanto a los visitantes como a los lugareños de la importancia de la conservación de sus recursos culturales.

Aunque existen diferentes interpretaciones, por lo general se justiprecia por los articulistas que, el turismo ecológico se promueve como un turismo ético, en el cual se presume como primordial el bienestar de las poblaciones locales, y tal presunción por lo general se refleja en la estructura y funcionamiento de las empresas, grupos o cooperativas que se dedican a ofrecer este servicio turístico por sujetos estatales y privados concesionados para ejercitar esta actividad, vinculado al Derecho Administrativo.

El ecoturismo, en la bibliografía consultada, es apreciado como se le define como un viaje con un propósito determinado a zonas naturales, para el conocimiento de una cultura e historia natural del ambiente, cuidando y sin alterar la integridad del ecosistema, produciendo oportunidades económicas que hagan que las conservaciones de los recursos naturales beneficien a la población local.

Para la Sociedad Internacional de Ecoturismo (TIES) lo concibe como "...El viaje responsable en espacios naturales, que conserva el medio ambiente y mejora el bienestar de la población local..."

El concepto de ecoturismo se le atribuye a Ceballos Lascurain (1988) quien a finales de la década de los 80' del pasado siglo XX expresara "...viajar a áreas naturales relativamente poco perturbadas o contaminadas, con el objetivo específico de estudiar, admirar, gozar los paisajes, su flora y fauna silvestres, así como cualquier manifestación cultural (tanto pasado como presente) encontrada

en estas áreas. El turismo ecológico implica una apreciación científica, estética o filosófica, sin que el turista sea necesariamente un científico, artista o filósofo profesional...”

El ecoturismo, tuvo su origen en los inicios del turismo en el siglo XIX, cuando aparecieron destinos alejados del turismo de masas, caracterizados por tener una riqueza natural y entornos exóticos. Es un segmento de mercado que busca destinos alternativos, alejados del turismo de masas y focalizados principalmente en espacios naturales y culturales. Tiene como característica en promover la participación de la localidad en su gestión, de aquí su vínculo con el Derecho Laboral al generar empleos.

Relacionado con el ecoturismo se aprecia que se encuentra el senderismo, concebido como una actividad deportiva no competitiva, se realiza por caminos, sendas, preferentemente balizadas. Tiene como objetivo recuperar las antiguas sendas y caminos, mejorar la condición física y psicológica de quienes lo practican, por su vínculo con el Derecho Deportivo.

Con el fin de oponerse a la tendencia al turismo de masas, el ecoturismo se considera un valioso instrumento para la protección ecológica de zonas y especies sensibles, y para proporcionar una ayuda económica sostenible a comunidades que padecen de pobreza. Es adecuado para los países en desarrollo, con sus abundantes recursos naturales, y en especial para las montañas, que cada vez son objeto de mayor interés turístico, pero también son muy vulnerables al turismo.

Se valora por los articulistas que, el fomento del turismo sostenible satisface las necesidades de los turistas de hoy y de las regiones anfitrionas, a la vez protege e incrementa las oportunidades para el futuro. Se concibe dirigido a la gestión de todos los recursos de forma tal que las necesidades económicas, sociales y estéticas puedan satisfacerse y a la vez que se mantienen la integridad cultural, los procesos ecológicos esenciales, la diversidad biológica y los sistemas que sustentan la vida, ponderado con los Objetivos del Milenio a alcanzar para el 2030.

Por ello, pese a la corta edad relativa de su existencia, el ecoturismo es visto por varios grupos conservacionistas, instituciones internacionales y gobiernos como una alternativa viable de desarrollo sostenible. *"...Un desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas"* (ONU). *"Mejorar la calidad de vida humana sin rebasar la capacidad de carga de los ecosistemas que la sustentan"*. *"La gestión y conservación de la base de recursos naturales y la orientación del cambio tecnológico para asegurar el logro y la continua satisfacción de las necesidades humanas para las generaciones presentes y futuras..."* (FAO)

Al valorar la postura de Ceballos-Lascurain (1987), quien define al turismo de naturaleza o ecoturismo como *"...la ejecución de un viaje a áreas naturales que están relativamente sin perturbar o contaminar, con el objetivo específico de estudiar, admirar y gozar el panorama junto con sus plantas y animales silvestres y así mismo cualquier manifestación cultural, pasada y presente, que se encuentre en estas áreas..."*

No obstante, se justiprecia que debe prestarse atención a que la fragilidad de los territorios que acogen estas modalidades es muy alta, tanto desde el punto de vista social como el ambiental. La práctica del ecoturismo ha demostrado que aún con ciertas concesiones a los vendedores mantienen condiciones mucho más favorables que los niveles de especulación actuales, buscan maximizar las ganancias en el menor tiempo posible, para después al comenzar el descenso de la rentabilidad producto de la degradación de los recursos, desplazar la inversión hacia otros lugares que ofrezcan posibilidades de lucro (Johansson, 1991), (Perkins, 1994), (Collins, 1999).

De aquí, que se pondere la definición de municipio turístico aportada por Sánchez y Fajardo (2004), lo entienden como aquel que posee una cierta relevancia turística al contar en su término municipal con recursos turísticos de una indudable capacidad de atracción de flujos corrientes de visitantes.

Los autores del artículo valoran que el turismo como fuente de desarrollo pretende no solo incrementar las oportunidades de generar riquezas económicas, sino que va mucho más allá, pues apunta a mejorar la calidad de vida de la



SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

población local, mediante la protección del medio de vida; mitigar los impactos adversos al ambiente, la generación de empleos, y fomentar el rescate del acervo patrimonial de la sociedad imbuida en este modelo de desarrollo local, al tributar al desarrollo endógeno y con ello al desarrollo humano en el municipio.

Considerando, las precisiones sobre la calidad como un requisito indispensable para el éxito del turismo ecológico. Según la OMT es *"...la satisfacción de todos los requisitos y expectativas legítimos del cliente a un precio aceptable, de conformidad con los determinantes básicos de calidad como seguridad, higiene, accesibilidad de servicios turísticos y armonía con el entorno humano y natural..."*

## **2. EL TURISMO EN CUBA. BREVE ANÁLISIS DE SUS ORÍGENES Y TRACTO EVOLUTIVO**

Para este breve análisis histórico, se parte del inicio del turismo como una actividad económica, se sitúa en el tiempo a finales del XIX y comienzos del XX con la creación del organismo llamado Comisión Nacional de Fomento de Turismo (1919) en Cuba.

Para 1927 y 1928, Cuba se convierte en uno de los principales destinos turísticos del Caribe. En este mismo período se creó Cubana de Aviación como el turoperador aéreo, y en el 1930 se construye el Hotel Nacional y una serie de hoteles financiados por inversores extranjeros de la mafia italo norteamericana como el Habana Hilton, el Capri, el Habana Libre, el Habana Riviera a pesar de la crisis del 1929, denominada "Crack bancario" o "El jueves negro" la cual fue una de las caídas más devastadoras de la bolsa estadounidense que tuvo efecto mundial (Cirules, 2006).

En la zona del balneario de Varadero se construyeron los hoteles Oasis y el Internacional, y en la zona de Barlovento en la capital de Cuba, se construyó una marina. Además de un campo de golf de 18 hoyos en Colinas de Villareal en la propia capital. Al ser la nación cubana uno de los primeros destinos turísticos del Caribe en esta etapa (Cirules, 2006).

Con la llegada del triunfo de la Revolución en 1959, con el cambio de sistema social, se comenzó a promover el nuevo proyecto social el turismo nacional y posteriormente el turismo internacional luego de la etapa de la nacionalización de las inversiones turísticas realizadas por extranjeros en el país, el gobierno utilizó como lema "Conozca a Cuba primero y al extranjero después". En este período se dispuso la creación con carácter autónomo y personalidad jurídica el Instituto Nacional de la Industria Turística. Luego esta actividad en su continuidad ha ido en evolución y desarrollo.

En consecuencia, se aprecia como en Cuba, el ecoturismo comienza de forma masiva en el ámbito nacional, a finales de la década de los 70' en el pasado siglo XX, con la modalidad de campismo popular y en el campo internacional con la observación de aves a mediados de la década del 80'. Es importante señalar que los lugares escogidos para la práctica del campismo en el país, han estado situados fuera de las áreas que poseen altos valores ambientales, desde el punto de vista ecológico y de la biodiversidad; empero, a pesar de ello, el resultado en la conducta de los usuarios de este recurso, es un termómetro para reconocer por los articulistas que es insuficiente la capacidad administrativa y de instrucción de la educación ambiental, de aquí que se pondere la necesidad de la formación ambiental en pos de proteger el ambiente ante conductas irresponsables (Antúnez Sánchez, 2019).

En la continuación, en 1992 se crea el Grupo Nacional de Ecoturismo Ecológico, integrado por el Instituto Nacional de Turismo, Cubanacan S.A., el Grupo Gaviota, la Academia de Ciencias de Cuba, y la Comisión Nacional del Medio Ambiente, el Ministerio de la Agricultura, el Instituto de Planificación y Física y la Sociedad Espeleológica, quienes realizaron un examen de las principales zonas del país y se confeccionan de manera oficial las ofertas opcionales de visitas ecoturísticas. Por lo que se asevera que el ecoturismo tiene su desarrollo en la década de los 90'.

En 1994, se decide la constitución del Ministerio de Turismo (MINTUR) encargado de ejercer las funciones rectoras de la dirección política, regulación y control del sector y su actividad empresarial. Dirigiendo el proceso de desarrollo turístico

mediante las empresas e instituciones relacionadas con los servicios afines a este tipo de demanda, logrando para este sector la competitividad global y eficiencia, garantizando su rentabilidad y sustentabilidad en el tiempo y su constante vínculo con la elevación del nivel y calidad de vida de los ciudadanos del país.

Luego en el devenir del tiempo, en la actividad administrativa por la Administración Pública, los ministerios de Ciencia y Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), del MINTUR y la Agricultura (MINAGRI), emitieron una resolución conjunta que establecía las normativas generales para el desarrollo del turismo de naturaleza, se evidencia que su regulación es desde normativas administrativas internas. Requeridos al amparo de la Ley No. 81 de 1997, de una licencia ambiental para su explotación a través de una gestión ambiental adecuada por los actores autorizados.

En el escenario turístico nacional, se analiza como concurre la comercialización ecoturística, la cual recae en instituciones que dependen del Estado como han sido las cadenas Horizontes Hoteles, Gaviota SA, Cubanacan SA, Havanatur S.A., Cubatur S.A., Rumbos, y ECOTUR, entre otras. Donde las mismas comercializan el producto ecoturismo y turismo de aventura por parte de sus turoperadores conformadas en el orden legal como sociedades mercantiles.

Otro actor en esta actividad del ecoturismo son los sujetos privados, dedicados a la renta de casas y otras actividades autorizadas, donde en muchas zonas de la geografía cubana se visualiza su práctica, regulada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), como el organismo emisor de la licencia desde los 90'. Hay que destacar que, las instalaciones privadas favorecen el desarrollo de experiencias más auténticas en lo cultural y más ecológicas en lo ambiental para los turistas foráneos y cubanos.

Es algo valedero para la industria su humo, que el turismo mundial está creciendo, tanto en términos de número de viajeros como de expansión económica. Con este crecimiento viene la preocupación por los impactos ambientales y culturales asociados con el incremento. Diversos autores apoyan la noción de emprender un ecoturismo que ofrezca la oportunidad de proteger y conservar áreas naturales, al mismo tiempo que se aproveche del desarrollo

económico y de la diversificación que el turismo puede conllevar a una comunidad a desarrollarle localmente, ello es una estrategia local de los gobiernos de los municipios para su desarrollo. Que permita revertir la imagen en el mundo que el turismo en la nación cubana no es solo sol y playa. Pero, esta requerido de una cultura en materia de ecoturismo, la que no está implementada de manera adecuada por el Estado, ya que este es un sector muy selectivo.

Todo ello ha motivado que, se haya convocado a toda la comunidad conservacionista, para que se tomen medidas adicionales y se elaboren estrategias nacionales, para evitar que experiencias similares ocurran en países donde se comienza a aplicar por primera vez. Surge entonces la expectativa de conciliar el desarrollo económico, con la conservación de los ecosistemas, como una concepción de sostenibilidad, requerida a consideración de los articulistas de una formación jurídica ambiental a los actores pasivos y activos que intervendrán (Antúnez Sánchez, 2019).

Hay que destacar que en la nación cubana se fomenta la preparación del capital humano que labora en estas instalaciones, los que reciben cursos de capacitación en las universidades en la carrera de Licenciatura en Turismo, concomitante a teoría del desarrollo local aplicada al turismo se inicia en la década del 90', con la confluencia de varios factores externos y comunes a otras actividades específicas del turismo en las Escuelas de Formación de Hotelería y Turismo (FORMATUR).

Permite a los articulistas analizar que, la relación entre estos conceptos ha sido formulada en algunos países y regiones, con la misma diversidad ideológica con que se identifica en la teoría del desarrollo local. Los municipios constituyen una cantera para el fomento de estas nuevas transformaciones. Identificada hoy en Cuba con el desarrollo del municipio en la actualización del modelo económico y social.

Estos elementos también, se aprecia que vincula con la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible (objetivo 8, inciso 8.9) la cual plantea como propósito "de aquí a 2030, elaborar y poner en práctica políticas encaminadas a promover un turismo sostenible que cree puestos de trabajo y promueva la cultura y los productos locales" (ONU, 2015).

## **2.1 ECOTURISMO, REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO**

En Cuba desde el triunfo de la Revolución en 1959, el Estado se ha preocupado por la protección ambiental, ha sido regulado desde el texto constitucional de 1976, su actualización en 2003, y en la nueva Constitución en 2019, donde en su artículo 75 se regula: *Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege al medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras.*

También, en el artículo 79, se dispone: *Todas las personas tienen derecho a participar en la vida cultural y artística de la nación. El Estado promueve la cultura y las distintas manifestaciones artísticas, de conformidad con la política cultural y la ley.*

En el ordenamiento jurídico en su desarrollo, han sido promulgadas normas legales vinculantes al tema del artículo, como la Ley No 27 de 1980, Gran Parque Nacional Sierra Maestra, la que declara Zona Rural Protegida y, consecuentemente, de utilidad pública e interés social, la región montañosa conocida geográfica e históricamente con la denominación genérica de Sierra Maestra, que se extiende por la parte sudoriental del país en territorio de las provincias Granma, Santiago de Cuba y Guantánamo.

En su artículo 2, esta norma jurídica establece que la mencionada Zona Rural Protegida se denominará en lo adelante "Gran Parque Nacional Sierra Maestra" y su declaración como Zona Rural Protegida tiene el objetivo fundamental de proteger los valores histórico-culturales y naturales y el desarrollo integral y armónico del mismo, y como objetivos específicos los siguientes: destacar los sitios o lugares históricos, principalmente los de nuestra gesta libertadora a partir del año 1868; posibilitar la educación patriótica y ambiental, así como la investigación científica; proteger la flora, la fauna y el medio de todos los efectos nocivos que se derivan de cualesquiera acciones y omisiones o de vectores que puedan perjudicarlos;

conservar los recursos hídricos; conservar y rehabilitar el suelo, y controlar la erosión y la sedimentación; incrementar la reforestación; conservar, proteger y enriquecer el paisaje; posibilitar la recreación y el turismo en sus más variadas formas; elevar el nivel socio-económico de la población; ajustar las producciones zonales a formas racionales y dinámicas de rendimientos sostenidos; y recuperar los recursos naturales renovables.

La Resolución No 17 de 1999, crea el Centro Nacional de Áreas Protegidas, adscrito a la Agencia de Medio Ambiente, perteneciente al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) tras su creación en 1995, el que tiene como misión ser el centro rector del planeamiento y gestión integral del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, garantizando su dirección, control y óptimo funcionamiento; sus objetivos son: trabajar en coordinación con los organismos y órganos nacionales y territoriales y con otras dependencias de la Agencia de Medio Ambiente, así como promover la colaboración internacional en esta esfera con organizaciones afines, conforme le oriente la Dirección de Colaboración Internacional del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.

En el Decreto Ley No 201 de 1999, del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, tiene por objeto establecer el régimen legal relativo al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, lo cual incluye las regulaciones del ejercicio de su rectoría, control y administración, las categorías de las áreas protegidas, su propuesta y declaración, el régimen de protección y el otorgamiento de las autorizaciones para la realización de actividades en dichas áreas.

La Ley No. 81 de 1997, establece dentro de sus artículos la Estrategia Ambiental, que tiene un desarrollo a nivel nacional y se expresa a nivel provincial y municipal, en pos de la preservación del ambiente cuando se ejecuta la herramienta de Evaluación de Impacto Ambiental para la inversión que se pretende ejecutar.

Es un hecho de que, Cuba cuenta con una abundante riqueza natural debido a su característica insular, mucha de esta riqueza sigue hoy en día totalmente "virgen", conservado precisamente, en muchas ocasiones, gracias al mismo embargo económico por parte de los Estados Unidos de América, otro elemento

que se pueden destacar para demostrar el potencial ecoturístico del país es el elevado número de áreas protegidas con reconocimiento internacional. En este particular, se requiere potenciar la inversión extranjera en este sector, que complemente al turismo de sol y playa, a tenor con el cuerpo legal establecido en la Ley No. 118 de 2014, Ley de la Inversión Extranjera en su tracto evolutivo con sus normas antecesoras como el Decreto Ley No. 50 y la Ley No. 77.

También, en el ordenamiento legal se promulgó el Decreto Ley No. 200 de 1999, de las Contravenciones en materia de medio ambiente, para penalizar las infracciones administrativas que se cometan por los sujetos estatales y privados. La cual es concomitante con la ejecución de la función inspectiva, a tenor de la Resolución No. 103 de 2008 del CITMA, titulada Reglamento de la Inspección Estatal de la actividad Reguladora (Ramírez Sánchez y Antúnez Sánchez, 2019).

Otro cuerpo jurídico vinculado a esta actividad, se aprecia en la Ley No. 113 de 2012, Ley Tributaria, donde aparece las políticas tributarias, arancelarias o de precios diferenciados para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente, como instrumento de la política y la gestión ambiental.

Dentro del régimen de sanciones administrativas en materia de protección ambiental es dictado por los Regímenes de Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal, establecidos en la Ley No. 58 de 1987, Código Civil, en la Ley No. 7 de 1979, y en la Ley No. 62 de 19 Código Penal.

El MINTUR tiene como mandato, el incorporar en su actividad divulgativa y publicitaria la temática de protección en las áreas relacionadas con el ecoturismo, las áreas protegidas, la diversidad biológica, playas y áreas costeras y las aguas, haciendo énfasis en el manejo y gestión adecuadas del bioturismo en los aspectos ecológicos, culturales y sociales. En el acto administrativo interno de 2014, se disponen una serie de definiciones como:

Turismo de Naturaleza: La modalidad genérica que incluye varias tipologías específicas, que tienen como principal motivación la realización de actividades recreativas y de admiración, interpretación en áreas naturales relativamente poco alteradas, la vinculación con las comunidades y sus culturas locales.

Ecoturismo: Modalidad turística especializada, ambientalmente responsable, consistente en visitar áreas naturales poco alteradas, con el fin de disfrutar, apreciar e interpretar los atractivos naturales (paisaje, flora y fauna silvestres, entre otros) de dichas áreas, así como cualquier manifestación cultural, del presente y del pasado, que puedan encontrarse ahí, a través de un proceso que promueve la conservación, tiene bajo impacto ambiental y cultural y propicia un involucramiento activo y socioeconómicamente beneficioso para las poblaciones locales.

Turismo de Aventuras: Toda actividad turística que implica determinado esfuerzo físico para cumplimentar el reto y el desafío, con el uso de equipamiento o no y sobre la base del riesgo controlado y la seguridad del turista, sin degradar o agotar los recursos y el medio ambiente.

Actividades que se concretan luego de analizar el ordenamiento jurídico en el turismo a través de contratos mercantiles conforme a la norma legal que lo regula en el Derecho Mercantil entre las partes involucradas sobre el producto turístico a comercializar gestionado por el sector estatal y el privado.

Demuestra a los articulistas que por la característica de ser multitransdisciplinario, el ecoturismo guarda relación con el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Mercantil, el Derecho Civil, el Derecho Agrario, el Derecho Tributario, la Informática Jurídica, entre otras. Pero se vincula con otras ciencias como la Geografía, la Historia, la Economía, la Contabilidad, entre otras. El mismo su sustento legal está dispuesto en acto administrativo interno por el MINTUR.

Esta forma de actividad turística, se aprecia que es realizada por personas que viajan con la motivación de contemplar la naturaleza y su disfrute. Son viajeros que desean alejarse de las destinaciones típicas del turismo de masas, conocer nuevos lugares y disfrutar nuevas experiencias. Estos turistas tienen una concienciación ambiental, respeto por las culturas y las comunidades locales más alta que el resto de los turistas lo cual hace que estos sean unos turistas muy particulares. El período de duración oscila entre 5 a 7 días, el que puede cambiarse en su extensión de más días con opciones de sol y playa.



## **2.2 El ecoturismo, desarrollo y evolución en la provincia Granma**

La provincia Granma, es una región geográfica distribuida en dos grandes regiones naturales, una es la Llanura del Cauto, de las más extensas del país, del grupo orográfico Sierra Maestra, con alturas superiores a los 1 700 metros sobre el nivel del mar, en el que resalta el Pico Real del Turquino con 1792 metros sobre el nivel medio del mar. Dispone de 260 kilómetros de litoral y alrededor de las dos terceras partes son costas bajas del Golfo de Guacanayabo, el resto son costas acantiladas y profundas del litoral Sur. Además, existen unos 9,7 km<sup>2</sup> de cayos, por lo general pequeños y de difícil utilización en actividades económicas, con excepción de las labores de apoyo a la pesca.

En este territorio analizado, se concentra un volumen considerable de valores potenciales con fines turísticos para la región, situados a lo largo y ancho de la costa Sur y el territorio montañoso que constituye la Sierra Maestra. Estos recursos naturales y antrópicos abarcan las más disímiles potencialidades, desde playas en litoral y en la cayería cercana, hasta ríos con posibilidades para el baño, paisajes con alto valor estético, parques nacionales con incontables recursos de gran riqueza natural, vías escénicas, lagunas y presas, saltos de agua, áreas de caza, cuevas de reconocido valor científico, yacimientos de aguas y fangos mineromedicinales, fondos submarinos y existencia de climas confortables en las alturas, a los 600 metros sobre el nivel del mar.

Los diferentes escenarios de carácter histórico cultural es otro de los recursos de gran importancia por los que son conocidos la montaña y el llano granmense. El área geográfica de la costa sur de la provincia abarca unos 440 Km<sup>2</sup> conformando una región turística que se extiende desde Cabo Cruz hasta El Río Macío, denominada Región Turística Sur de Granma, de la que forman parte 4 de los 6 polos turísticos dentro del territorio. Estos polos son Cabo Cruz, Punta de Hicacos, Marea del Portillo y El Macío. Fuera de la región turística se localizan los polos turísticos de Bayamo y Virama.

Por lo que se justiprecia que la provincia Granma cuenta con un indiscutible potencial para el desarrollo del turismo de naturaleza, el cual se valora que no ha

sido suficientemente explotado en algunas zonas y en otras, la mayor parte, aún permanecen vírgenes, pudiendo ser una oferta única por contar con un fuerte contraste de playa-montañas con un alto endemismo en la flora y la fauna. La existencia de parques nacionales y complejos naturales de grandes valores con destacados recursos en la fauna, la flora, geomorfología y otros elementos relevantes desde el punto de vista natural y paisajístico, permitirían con un adecuado proceso inversionista, el desarrollo de las potencialidades del turismo relacionado con la naturaleza, lo que a su vez coadyuvaría a elevar el nivel y calidad de protección, conservación y uso racional de estos recursos, que con carácter de política de Estado desempeñan un conjunto de organismos y entidades del país, y muy especialmente la Empresa Nacional para la Conservación de la Flora y la Fauna.

Entre la gama de potenciales y opciones relacionadas con el turismo ecológico que existen en nuestra provincia se pueden mencionar las siguientes:

Ecoturismo Especializado: Senderismo en las modalidades de caminatas, caballo y mulo, Práctica del Alpinismo en terrazas cársicas, Observación de la flora y la fauna, Campismo y excursiones en tierra firme y cayería adyacente a lugares seleccionados por su interés ecológico, científico, histórico, social y económico, Observación y caza de aves cinegéticas, Pesca deportiva de la trucha en lagunas y presas con carrete manual, Buceo y foto submarina en terrazas marinas y barreras coralinas, Foto-caza ecológica.

Ecoturismo de Aventuras y Recreación: Buceo en aguas profundas y cavernas, Buceo con snorteling, Caza de cocodrilos, Desplazamiento en delta planos, Sky acuático, Windsurfing, Recorridos en kayacs de una y dos plazas en ríos, presas y mar, Alpinismo, Espectáculo de ferias agropecuarias con eventos de rodeo, equitación, competencias ecuestres, exposición de ganado mayor y menor, topes de gallos de lidia, etc. Disfrute de baños en playas y ríos, Práctica de hipismo.

Ecoturismo Científico: Investigación sobre la flora y la fauna, Eventos científicos, Arqueología, Instalación para congresos, conferencias, etc.

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Ecoturismo de Salud: Tratamiento con aguas y fangos mineromedicinales y termales en instalaciones especializadas integradas al entorno natural.

Ecoturismo Histórico-Cultural: El medio en que se desarrolla el turismo ecológico es parte integrante e inseparable del turismo histórico pues ha sido activo testigo desde la época precolombina del desarrollo y más tarde del exterminio de nuestra cultura aborígen hasta la gesta libertaria iniciada por Carlos Manuel de Céspedes, en su ingenio "La Demajagua" el 10 de Octubre de 1868 y culminada por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz el 1ro de Enero de 1959, con la total independencia del pueblo cubano. En este marco es posible revivir, entre otros, los hechos del Guafe, la Demajagua, Dos Ríos, Las Coloradas, Cinco Palmas y La Comandancia de La Plata.

De los lugares vinculados a la historia nacional, que son priorizados en su protección en el ordenamiento jurídico a tenor de la Ley No.1 de 1977, Ley de Protección al Patrimonio Cultural, su estudio, acondicionamiento y propuesta de explotación turística están en estrecha relación con el turismo de naturaleza se conciben la zona del Dátil y Peralejo, en el municipio Bayamo, La Jatía, Dos Ríos y La Rinconada, en el municipio Jiguaní. La Demajagua, en el municipio Manzanillo. Las Coloradas, Alegría de Pío y El Guafe, en el municipio Niquero. Cinco Palmas, en el municipio Media Luna. La Comandancia de La Plata, en el municipio Bartolomé Masó. Boca del Toro, en el municipio Pílon. Loma de Piedra (Monumento a Braulio Coroneaux) y Pino del Agua, en el municipio Guisa. La zona del asesinato de Juan Manuel Marqués, en el municipio Campechuela. Pata de la Mesa y El Hombrito, en el municipio Buey Arriba.

Ecoturismo Social: Recorridos e intercambios con pobladores y personalidades de comunidades serranas y costeras creadas por la Revolución, Festival Artístico con el Órgano Oriental, Participación en Jornadas Culturales, visitas por la casa museo del Padre de la Patria en Bayamo, a la Casa de la nacionalidad en el municipio Bayamo, el Museo de Cera en el municipio Bayamo.

Turismo histórico-cultural: En la zona de Coloradas se produjo el 2 de diciembre de 1956 el desembarco de los expedicionarios del yate Granma para dar inicio a uno de los episodios más significativos de la historia cubana. Del período colonial

español queda en perfectas condiciones y aún en uso, un faro del siglo pasado, el faro Vargas (Cabo Cruz).

Además, existen amplias evidencias de población aborígen en estos territorios por grupos agro alfareros y preabro alfareros que se manifiestan en distintos sitios arqueológicos como El Guafe con cuevas ceremoniales y funerarias y un extenso sitio habitacional en los cuales existen 7 ídolos, entre los que se destaca el Ídolo del Agua, posible representación de la deidad antillana Atabeira. Para la actividad específica de caza menor se propone la zona de las arroceras de Yara y Manzanillo.

No cabe dudas, que el turismo cultural va adquiriendo una significativa importancia, lo que obliga a pensar en su utilidad económica, pero también en desarrollarlo sobre bases sustentables para que la cultura siga siendo una herencia del patrimonio y la identidad de cada comunidad para el disfrute de las generaciones futuras, involucra, además, el pleno respeto y aplicación de los principios adoptados por la UNESCO y sus agencias como el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS) que en 1976 adoptó la Carta del Turismo Cultural donde el principio de la sustentabilidad constituye una bandera a defender por el turismo y por la cultura. Sustentado en el Código Ético Mundial para el Turismo, es el marco normativo de referencia cuando se discute sobre turismo responsable y sostenible. Fue aprobado en 1999 por la Asamblea General de la OMT.

El turismo sostenible, es aquel que tiene concebido las consecuencias económicas, sociales y ambientales presentes y futuras del desarrollo de sus actividades, enfocándose en complacer las exigencias de los turistas, la industria, el planeta y las poblaciones residentes en estos lugares (OMT, 2017).

El turismo responsable, se entiende como cualquier modalidad de turismo que implique una explotación del mismo más responsablemente. El turismo responsable reduce los efectos sociales, económicos y ambientales nocivos de la actividad turística, incrementando los ingresos económicos de las comunidades de acogida (OMT, 2017).

El turismo cultural y cultural-cognitivo en realidad se puede significar que es la forma de turismo, que se centra en el entorno cultural, que a su vez pueden incluir lugares culturales e históricos de un destino o el patrimonio histórico-cultural, los valores y estilo de vida de los locales de población, las artes, la artesanía, las tradiciones y costumbres de la población local. Es un instrumento para el desarrollo económico que logra el crecimiento económico mediante la atracción de visitantes fuera de la comunidad huésped, que están motivados general o parcialmente por un interés en el contexto histórico, artístico, científico o aspectos del estilo de vida y las tradiciones, realidad y hechos de una comunidad, región, grupo o institución, donde la provincia Granma precia de tener mucha potencialidad en este particular (Gorgoso Vázquez y Antúnez Sánchez, 2021).

En este sentido, el intelectual Fernando Ortiz (1983), jurista devenido antropólogo y filósofo de la cultura, perteneció a ese prolífero y rico mundo de la cultura cubana, durante las décadas del 30 y el 40 del siglo XX explicaba desde sus aportes el concepto integral de cultura, decía "...el dominio de la naturaleza sería insuficiente y hasta parcialmente infausto, pese a sus maravillosos adelantos materiales, si la misma ciencia, aplicada a las culturas humanas, no fuera la que en definitiva señalara las verdaderas e inexcusables necesidades de todos los pueblos y estudiara sus potencialidades de trabajo, organización e intercambio, sus deficiencias y cómo corregirlas, la mejor distribución de los recursos globales y la capacitación de las gentes para realizar los progresos de todo orden que van mejorando la vida integralmente: todo ello articulado en lo posible a las respectivas condiciones culturales, tradiciones, costumbres y apetencias razonables..."

Estos elementos abordados, permiten a los articulistas ponderar la necesidad de que se retomen los estudios universitarios de la carrera de Licenciatura en Turismo en la Universidad de Granma, la que en su momento era parte de las carreras objeto de estudio en este centro académico en una provincia con potencialidad para desarrollar el ecoturismo. Donde las carreras de Gestión Sociocultural para el desarrollo y la de Derecho tienen contenidos a impartir en el proceso formativo.

### **2.3 Limitantes en el ordenamiento jurídico cubano vinculados a la actividad turística**

Al realizar una revisión en el ordenamiento jurídico cubano, se constata lagunas normativas en cuanto a:

-No existe una *Ley orgánica de Turismo* que reconozca dentro de sus articulados la personalidad jurídica de los municipios turísticos ni la autonomía municipal en materia de gestión turística, que les permita empoderarse de esta gestión para potenciar el desarrollo local y con ello tribute a la competencia.

-No existe una *Ley de Municipio*, donde el gobierno local tenga competencias en las relaciones de la gestión de los destinos turísticos, la capacidad normativa en materia tributaria, en la implementación de la política turística, competencias decisorias en el destino turístico, la creación de servicios públicos destinados al turismo por cada gobierno local, se delimiten los límites en la actuación del MINTUR y los gobiernos locales

-Ausencia de una *Ley de Empresas*, donde se delimite la actuación de los sujetos económicos estatales y los privados en la gestión turística, en atención a los tipos de propiedad reconocidos en el texto constitucional de 2019.

-Se requiere la actualización de la Ley No. 81, *Ley del Medio Ambiente* por su vínculo con la protección ambiental y el patrimonio

-Se requiere de una norma legal sobre el *emprendimiento*, en particular al sector turístico por sujetos privados.

-Inexistencia de una norma jurídica sobre la protección a la biodiversidad

### **CONCLUSIONES**

El turismo, en la caracterización realizada ha permitido señalar que la dimensión ambiental es uno de los núcleos duros en el desarrollo económico social hacia el 2030 en Cuba. Tiene un carácter transversal al estar presente en la mayoría de las actividades del país, como son las políticas públicas destinadas al desarrollo

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

local del municipio. En Cuba está centrada al sol y playa, con un turismo masivo, aun sin tener en cuenta la alternativa del ecoturismo.

El municipio y el ecoturismo como parte de las políticas públicas dirigidas al desarrollo local son pertinentes para la protección de la biodiversidad, al cambio climático y la calidad ambiental establecidos en la Estrategia Ambiental Nacional del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente en Cuba, aun sin alternativas adecuadas que permitan su despegue, complementando al turismo masivo que se comercializa de sol y playa, donde participen actores estatales y privados en pos de avanzar en el desarrollo de la economía azul.

Las insuficiencias en el ordenamiento jurídico permiten señalar que hay que fortalecer el marco institucional y jurídico con normativas que eliminen las lagunas jurídicas detectadas para su perfeccionamiento vinculadas al ecoturismo como alternativa al turismo del Sol y Playa en atención a su transversalidad.

En la universidad de Granma, se precisa restablecer la carrera de Licenciatura en Turismo, ello tributará a fortalecer la educación, la conciencia y la cultura ambiental en pos de la sostenibilidad económico-financiera para el desarrollo del municipio que le permita alcanzar un desarrollo ecológicamente equilibrado, socialmente justo y económicamente sostenible.

## **REFERENCIAS DE LAS FUENTES CITADAS**

Agenda 2030 (2018) Los objetivos de desarrollo sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe. Chile: CEPAL.

Ayala, H. (2001) Medio siglo de transformaciones del Turismo en Cuba. Universidad de La Habana.

Ayala, H. (2007) Modalidades turísticas, características y situación actual, Universidad de La Habana.

Álvarez Berovides, M. et al. (2016) Los estudios de las políticas culturales, Cienfuegos: Universo Sur.

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Almanza Olmo, S. y Sierra, M. (2004) Cultura cubana siglo XX. La Habana: Félix Varela.

Almanza Olmo, S. y Torres Moré, P. (2006) Panorama de la cultura cubana. Antología. La Habana: Félix Varela.

Antúnez Sánchez, A. (2017) La inspección ambiental, la evaluación de impacto ambiental, la autorización ambiental y la auditoría ambiental. Revista de Derecho Público Iberoamericano N°. 10. Chile.

Antúnez Sánchez, A. (2018) La formación ambiental. Una necesidad en el siglo XXI con el nuevo saber ambiental, Revista Murmullos del Sur, UNAM, México.

Antúnez Sánchez, A. et al. (2015) El turismo de naturaleza, su impacto ambiental en torno a la protección del medio ambiente. Contexto Cubano en el siglo XXI. Perspectivas futuras en la provincia Granma. Revista Ámbito Jurídico. Brasil.

Aguiló-Pérez, E. & Matos Da Silva, J. (2015) Encyclopedia of Tourism. Springer International Publishing.

Arjona, M. (1986) Patrimonio cultural e identidad nacional. La Habana: Letras Cubanas.

Barnet, M. (1995) Cultos afrocubanos: La regla de Ocha, la regla de Palo Monte. La Habana: Unión

Benítez, D. et al. (2010) Derecho del Turismo Iberoamericano. España: Tirand Lo Blanch.

Castro Ruz, F. (1987) Palabras a los Intelectuales. En Pensamiento y política cultural cubanos. La Habana: Pueblo y Educación.

Cirules, E. (2006) La vida secreta de Meyer Lansky en La Habana. La Habana: Ciencias Sociales.



SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Ceballos Lascuráin, H. (1998) Ecoturismo. Naturaleza y Desarrollo Sostenible, 1ª edición, México: Diana.

Ceballos-Lascurain, H. (1987) Estudio de Perfectibilidad Socioeconómica del Turismo Ecológico y Anteproyecto arquitectónico y urbanístico del Centro de Turismo Ecológico de San Kalan, México: SEDUE.

Correa Escribano, M. et al. (2017) La cadena productiva del ecoturismo como contribución al desarrollo local. Revista Retos de la Dirección No.1. Universidad de Camagüey.

Correa, E. et. al (2015) Consideraciones sobre el diseño de la cadena productiva local Turismo de Naturaleza: Parque Nacional Turquino, Cuba. Retos Turísticos No 14, La Habana.

Domínguez, L. (1994) Relevamiento turístico. Gestión Turística del Patrimonio Cultural. La Habana: Félix Varela.

Del Risco, Y. (2002) Turismo en áreas naturales sensibles y sustentabilidad, Turismo y Sustentabilidad: Un acercamiento multidisciplinar para el análisis del movimiento y de las estrategias de planificación territorial, Italia: Brigati.

Díaz, B. (2011) Diseño de productos turísticos. Madrid; Síntesis.

Hosteltur (2005) Turismo Cultural. Disponible en: <https://www.hosteltur.com/edicion-impresa/turismocultural>

Fennell, D. (1999) Ecotourism: An introduction. London: Routledge.

Maribona, A. (1959) Turismo en Cuba. La Habana: Lex.

Martín Mateo, R. (1985) Derecho Público de la Economía. España: CEURA.

Martín, R. (2003) Manual de Teoría y Práctica del Turismo, Universidad de La Habana.

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Melgosa Arcos, F. (2002) La ordenación de los campamentos de turismo y de las acampadas. Ordenación y gestión del territorio turístico Valencia: Tirant lo Blanch.

González, L. (1999) Turismo ecológico en Cuba. Mil paisajes para admirar, Excelencias Turísticas del Caribe, N° 12, Madrid, pp.28-29.

Gorgoso Vázquez, A. y Antúnez Sánchez, A. (2021) El Derecho Cultural en el ordenamiento jurídico cubano (s/p)

Torres Pérez, R. (2011) La actualización del modelo económico cubano, reconfiguración del sistema económico cubano, el reconocimiento y legitimidad a las formas de gestión no estatal, Revista Temas, La Habana.

Sanz Domínguez, C. (2005) Régimen jurídico-administrativo de la intermediación turística.

España: Conserjería de Turismo, Comercio y Deporte.

Sancho A. (1998) Introducción al turismo, España: OMT.

Sandoval, E. (2007) Ecoturismo: Operación Técnica y Gestión Ambiental. México: Trillas.

Salinas, E. et. al (2008) Apuntes geografía turística de Cuba. La Habana: Félix Varela.

Sánchez, M. y Fajardo, M. (2004) La competitividad de los destinos turísticos: un análisis cuantitativo mediante modelos logísticos. Aplicación a los municipios extremeños. España: Universidad de Extremadura.

Simancas Cruz, M. et al. (2016) La planificación y gestión territorial del turismo. Madrid: Síntesis.

Ros Development & Planning S. (2008) Modelos de gestión turística local. Principios y prácticas. Madrid: Federación Española de Municipios y Provincias-Secretaría General de Turismo.

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Rivera Mateo, M. et al. (2012) Turismo responsable, sostenibilidad y desarrollo local comunitario. España: Universidad de Córdoba.

Organización Mundial del Turismo (2000) Turismo sostenible y gestión municipal. Madrid.

Organización Mundial del Turismo (2002) Guía para administraciones locales: desarrollo turístico sustentable y sostenible. Madrid.

Organización Mundial del Turismo (2017) Ecotourism and protected areas. Disponible en: <http://sdt.unwto.org/content/ecotourism-and-protected-areas>

Ortiz, F. (1983) Del fenómeno social de la transculturación y de su importancia en Cuba. Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar. La Habana: Ciencias Sociales.

Ramírez, C. (2006) Visión Integral del Turismo. México: Trillas.

Ramírez Sánchez, A. y Antúnez Sánchez, A. (2018) El régimen jurídico de la inspección administrativa y los derechos sociales en Cuba. Apuntes para una reforma. Revista Derecho y Paz Nº 38. Brasil.

Pérez Gallardo, L. (2011) Cultura y cultura popular. Influencia recíproca: África, España, Francia, China e Iberoamérica. El derecho como saber cultural. La Habana: Universidad de La Habana.

Pulido Fernández, J. (2013) Turismo cultural, España: Síntesis.

Le Riverend, J. (1983) Estudio preliminar. Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar. La Habana: Ciencias Sociales.

Weaver, D. (2001) The Encyclopedia of Ecotourism. Wallingford: CAB International Publishing.

Vandeli, L. (2018) Ordenación jurídico administrativa del Turismo. España: Atelier.

Villalba Garrido, E. (1994) Cuba y el turismo. La Habana: Ciencias Sociales.

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; VÁZQUEZ, Ana Elisa Gorgoso. El ecoturismo, influencia en el desarrollo sociocultural del municipio. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## **NORMAS JURÍDICAS**

Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial 2019.

Ley No. 1 de Protección al Patrimonio cultural. G.O.

Ley No. 81 del Medio Ambiente, G. O. Extraordinaria No. 7 de II de julio de 1997

Decreto Ley No. 84. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Diciembre de 1999.

Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario en Gaceta Oficial No. 053 Ordinaria de 21 de noviembre de 2012

Ley No. 116 Código de Trabajo, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014

Decreto Ley No. 201. Sistema de Área Protegida. Gaceta Oficial 24 de noviembre de 1999.

Decreto Ley No. 200. De las contravenciones en Materia de Medio Ambiente. Gaceta Oficial de 12 de diciembre de 1999.

Decreto Nº 100, Reglamento General de la Inspección Estatal en Gaceta Oficial Ordinaria Nº 14 de 10 de febrero de 1984

Resolución No. 48 de 2014 MINTUR, Reglamento del buceo recreativo. Gaceta Oficial Ordinaria No. 19 de 8 de mayo 2014.

Resolución No. 49 de 2014 MINTUR, Reglamento sobre los Puntos Náuticos. Gaceta Oficial Ordinaria No. 19 de 8 de mayo 2014.

Resolución No. 50 de 2014 MINTUR, principios y procedimientos para la aprobación de los productos turísticos de naturaleza, de aventuras y rural en el territorio nacional. Gaceta Oficial Ordinaria No. 19 de 8 de mayo 2014.

RECEBIDO EM: MAI/2021

APROVADO EM: JUL/2021

## **A PANDEMIA DO COVID-19 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO: DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL EM RISCO?**

*THE COVID-19 PANDEMY AND THE PRINCIPLE OF THE BACKREST PROOF:  
FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL AT RISK?*

**Lucas Augusto Gaioski Pagani<sup>1</sup>**

**Bruno Smolarek Dias<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo discutir, ancorado pelo princípio da vedação ao retrocesso em relação aos direitos individuais, a saber, a liberdade de locomoção, aumentando seu escopo para além dos direitos sociais. O toque de recolher no Brasil, República Checa, Estados Unidos e Alemanha são analisados a partir de suas peculiaridades, delimitando até onde o direito de locomoção pode ser restringido, achando o seu núcleo duro, bem como as razões de justificação que compreendem o ato estatal ou jurisdicional de instituir medidas restritiva de Direitos. No ordenamento jurídico brasileiro, a instituição de toque de recolher via decreto municipal e estadual violam a Legalidade vigente, sendo manifestadamente viciados e inconstitucionais tanto na sua forma quanto na sua materialidade. É imperativo que o princípio da vedação ao retrocesso seja incorporado, também, em relação aos direitos individuais, não apenas sociais, evitando, assim, a discricionariedade tanto administrativa quanto jurisdicional. Artigo produzido fazendo uso do método dialético para demonstrar as diferentes formas de abordagem a qual o tema teve nos diferentes países.

**PALAVRAS-CHAVE:** Vedação ao retrocesso, Direitos Fundamentais, Cerceamento, Liberdade, Legalidade Estrita.

### **ABSTRACT**

The article aims to discuss, anchored by the Seal Regression Principle in relation with individual rights, namely, freedom of movement, increasing its scope beyond social rights. The curfew in Brazil, Czech Republic, United States and Germany are analyzed based on their peculiarities, delimiting how far the right of locomotion

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Bolsista PIT/UNIPAR. Mises Alumni. Acton Alumni. <e-mail: [Lucas.pagani@gmail.com](mailto:Lucas.pagani@gmail.com)>

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Positivo (2004) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC (2014), ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal (2012). Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália. Atuou como Coordenador do Curso de Direito da Universidade Paranaense - Unipar Campus Francisco Beltrão (2010-2014), professor titular a da Universidade Paranaense e temporário da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. Leciona na graduação, pós-graduação e no Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR). Email: <[professorbruno@prof.unipar.br](mailto:professorbruno@prof.unipar.br)>

can be restricted, finding its hard core, as well as the reasons of justification that comprise the state or jurisdictional act of instituting measures restricting rights. In the Brazilian Legal system, the institution of curfews via municipal and state decree violates the current Legality, being manifestly addicted and unconstitutional both in form and materiality. It is imperative that the Seal Regression Principle be incorporated, also, in relation to individual rights, not just social, thus avoiding both administrative and jurisdictional discretion. The article uses the dialectical method to demonstrate de various forms in which the theme was used by different countries.

**KEYWORDS:** Seal Regression, Fundamental Rights, retrenchment, Liberty, Strict legality.

## **INTRODUÇÃO**

Com mais de um ano e meio de desdobramentos, restrições de direitos fundamentais fundados e infundados, o combate à pandemia por covid-19 trouxera inúmeros debates à sociedade mundial e, sobretudo, a brasileira. Com o intensificar dos discursos políticos, sejam eles provenientes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal Eleitoral, Presidência da República em relação às políticas públicas adotadas pelo Governo Federal, nos desviamos do caminho da solução prática dos problemas que enfrentamos.

A polarização do discurso político só trouxe malefícios para a população que vive à mercê dos atos discricionários, sobretudo do Poder Administrativo e Judiciário, através de Decretos Administrativos inconstitucionais tanto formal quanto material, onde as intervenções aos Direitos Fundamentais dos brasileiros se tornaram cada vez mais profundas — sem qualquer justificativa razoável ou sequer bem fundamentada — para o combate ao Covid-19.

Restrições aos Direitos Fundamentais — nenhum direito é absoluto, entretanto, toda e qualquer intervenção de qualquer direito deve ser justificada e respaldada pela Lei e não pela vontade dos governantes, sob pena de configurar um Estado de Exceção — de maneira exacerbada, mais tomada pelo medo do que pela 'ciência'.

Em muitas literaturas, poderíamos definir o Princípio da Dignidade da Pessoa humana como um vestido preto básico — que serve para toda e qualquer ocasião.

Como podemos ver, foi-se criado outro vestido preto básico: “Evidências científicas evidenciam a eficácia da medida” sem a apresentação de estudos convincentes ou sequer fundamentação científica adequada na maioria dos decretos dos entes públicos que tenham competência, mesmo concorrente ou autônoma para tanto.

Constatar-se-á que algumas medidas, em especial, o Toque de Recolher, ao redor do mundo, e, principalmente, no Brasil, tiveram suas nuances e perguntas sem resposta — mesmo quando o Toque de Recolher foi-se reconhecido, como na Alemanha, como uma medida de combate ao Covid-19 pela Lei — sendo considerados desproporcionais e, algumas vezes, proporcionais para momentos estabelecidos e tabelados (com períodos determinados de funcionamento, como no caso da Alemanha).

## 1. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Os Direitos Humanos são muitas vezes considerados como construtos históricos emanando dos conceitos axiológicos providos das lutas sociais ocorridas<sup>3</sup>.

Uma das maneiras mais comuns de verificar a evolução dos Direitos Humanos é traçar o seu levantamento histórico, fato este realizado por inúmeros autores, tendo a maioria dado ensejo a sua estruturação a partir da Revolução Americana e Francesa<sup>4</sup>, outros preferindo atribuir as contribuições aos Direitos Humanos até a história antiga<sup>5</sup>.

O primeiro momento de consolidação, que foi centro das discussões filosóficas durante as revoluções burguesas, corresponde à busca da igualdade do ser humano perante a lei, a “necessidade do reconhecimento do homem enquanto

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. Rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>4</sup> Dentre eles: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2007. Ou ainda: SMOLAREK DIAS, Bruno. **Direitos Humanos e sua efetivação**. Cascavel-PR: Smolarek, 2009. ISBN: 978-85-60709-18-2.

<sup>5</sup> ISHAY, Micheline. **The history of Human Rights: from ancient times to the globalization era**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2008.

sujeito de direito”<sup>6</sup>. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi um marco na consolidação destes direitos, de clara influência jusnaturalista, sobre os revolucionários franceses que a redigiram<sup>7</sup>.

Neste momento histórico e jusfundamental, a busca pela igualdade e liberdade perante a figura estatal<sup>8</sup>, devia permanecer inerte à sociedade<sup>9</sup>, o que acarretaria uma completa desigualdade entre os membros componentes desta sociedade moderna<sup>10</sup> que, por fim, levaria às revoluções que exigiram a próxima evolução dos Direitos Humanos<sup>11</sup>.

A segunda dimensão surge com o objetivo claro de gerar uma maior igualdade material entre os membros de uma mesma sociedade, surgindo no período posterior a Primeira Guerra Mundial. A criação dos estados de orientação socialista é o momento ápice desta dimensão.

A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse

---

<sup>6</sup> SMOLAREK DIAS, Bruno. **Direitos Humanos e seus problemas de efetivação**. Cascavel, PR: Smolarek, 2009. ISBN: 978-85-60709-18-2. P. 20.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Coimbra: Princípia, 2002.

<sup>8</sup> “A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. Para Canotilho, são direitos de defesa, possuindo o caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano, sendo denominados de direitos civis e políticos”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

<sup>9</sup>“Constitui a base desse ambiente de liberdade o estado liberal burguês que, fundado no primado da livre concorrência e da plena autonomia da vontade, tem como inaceitável a legitimidade das intervenções do Estado nas relações sociais e econômicas. Nessa visão, cumpre ao Estado apenas a função de preservar as chamadas liberdades públicas negativas, ficando assegurada a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

A visão racionalista desse constitucionalismo liberal do século XVIII veiculava a noção de que, sendo os direitos “naturais” de liberdade constituídos anteriormente à figura institucional do Estado, este não deveria intervir a ponto de tolher ou prejudicar aqueles” MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Gerações de direitos**: fragmentos de uma construção dos Direitos Humanos. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Direitos Fundamentais e da Cidadania, Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo, 2007.p. 42.

<sup>10</sup> “De fato, a Revolução Industrial foi o principal fator do surgimento e expansão das diferenças entre as classes dos fabricantes capitalistas e dos operários fabris, modificação que se realiza cada vez mais rapidamente, à medida que a produção deixa de se basear em apropriação social, para passar a apropriação capitalista, contradição esta que encerra “*en germén, todo el conflicto de los tiempos actuales*”, o que justifica o estudo da Revolução Industrial como móvel dos direitos dessa geração” MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Gerações de direitos**: fragmentos de uma construção dos Direitos Humanos. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Direitos Fundamentais e da Cidadania, Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo, 2007.p. 74.

<sup>11</sup> SMOLAREK DIAS, Bruno. **Direitos Humanos e seus problemas de efetivação**. Cascavel, PR: Smolarek, 2009. ISBN: 978-85-60709-18-2.



papel ativo, embora necessário para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de uma (sic) papel ativo do Estado para realizar aquilo que Celso Lafer denominou “direito de participar do bem-estar social”<sup>12</sup>.

Assim, surgem os direitos de ordem social, que gerariam um papel mais efetivo do Estado em sua concretização e demandariam não só esforços políticos, mas também maior dispêndio econômico<sup>13</sup>, pois propunham a existência de um serviço público de saúde e de educação, dentre outros. São estes direitos, os sociais, a serem analisados neste trabalho.

A terceira fase corresponde aos Direitos Difusos ou Direitos de Solidariedade, segundo a qual não é possível identificar o titular individual do direito, mas apenas a coletividade como um todo<sup>14</sup>. Esta fase passou a ter maior relevância a partir da década de 70, visto que começam a ser discutidos na década de 40 com o fim da Guerra Mundial e o direito à paz.

Estes direitos de terceira geração, os direitos ao desenvolvimento, à paz e à livre determinação<sup>15</sup>, considerados direitos difusos, não identificáveis a um indivíduo em particular, e sim a uma coletividade identificável ou não, são os direitos do gênero humano<sup>16</sup>.

Há quem defenda a existência de uma quarta fase, correspondendo aos direitos de diferença, ou seja: que tem relação com a cultura, a raça, a situação econômica e a orientação sexual; e a uma quinta dimensão: que trataria dos direitos advindos

---

<sup>12</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

<sup>13</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>14</sup> BECHARA, Fábio Ramazzini. **Interesses Difusos e Coletivos**. 4. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

da tecnologia de informação<sup>17</sup>, como a internet<sup>18</sup>.

Em consonância com as determinações da evolução histórica dos Direitos Humanos existe toda uma corrente que defende a existência de um construto básico que não pode ser anulado. Determinando que estes direitos passem a constituir um mínimo fundamental cuja liberalidade de sua anulação ou restrição seja impossível.

Para Ingo Sarlet a fundamentação para este princípio de proibição do retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica, como subprincípio do próprio Estado de Direito<sup>19</sup>, como estrutura concretizadora e estruturante deste Estado de Direito<sup>20</sup>.

Delimita-se o princípio através de um conteúdo positivo que seria o escopo de ampliação progressiva, de acordo com a realidade sócio-política, do bem estar social e a concretização dos Direitos Humanos. Seria, ainda, composto por um conteúdo negativo que se referiria a uma necessidade de respeito a não-supressão

---

<sup>17</sup> Para discussões mais recentes, ver mais em: PIFFER, Carlo; CRUZ, Paulo Márcio. **Direitos Humanos e inteligência artificial em matéria de imigração e refúgio**. Revista Novos Estudos Jurídicos. V. 26. n. 2-2021. pp. 563-583. Doi: 10.14210/nej.v26n2.p563-583. ISSN: 2175-0491.

<sup>18</sup> "Alguns juristas pregam a existência de uma quarta dimensão, que englobaria direitos de acesso ao uso de novas tecnologias direcionadas à vida humana (biotecnologia e bioengenharia); e de uma quinta dimensão, referente aos direitos "advindos das tecnologias de informação (internet), de ciberespaço e da realidade virtual em geral"

Do outro lado, sustenta-se que as novas dimensões abrangem o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Teoria essa atribuída a Paulo Bonavides, o qual defende que, ao lado da globalização neoliberal, há globalização política (globalização dos direitos fundamentais, que verdadeiramente diz respeito aos pobres), responsável por introduzir direitos fundamentais de quarta dimensão, constituindo a última fase de institucionalização do Estado Social" RIBAS, Paulo Henrique. **O papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais mediante a prestação de serviços públicos**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2007. pág. 47.

<sup>19</sup> "O ponto de partida de uma fundamentação constitucional (embora não exclusivamente dogmático-jurídica) de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado social e democrático de Direito, especialmente no âmbito da crise da efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais". SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; SILVEIRA BEDÊ, Faya (Org.) **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 11-2.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no Brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

e a não-redução da densidade normativa que os Direitos Humanos já possuem<sup>21</sup>.

Mas não se quer dizer que as demandas sociais são absolutas, como já levantado em outros pontos deste trabalho, e aqui deve se levantar que isto também é verdade no que se refere ao mínimo social, como determinado por Ingo Sarlet.

A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social e, por via de consequência, em termos de prestações asseguradas pelo poder público, por si só já demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais<sup>22</sup>.

Apesar da possibilidade de relativização, como visto nos princípios na teoria de Robert Alexy<sup>23</sup>, este princípio tem sede material na máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos Direitos Humanos<sup>24</sup>.

“Em determinadas situações fáticas, será admissível que outros princípios venham a prevalecer sobre o princípio da proibição de retrocesso social, desde que observado o núcleo essencial dele”<sup>25</sup>.

Assim a proibição do retrocesso social é possível e aplicável aos Direitos Humanos, mas não de forma absoluta, mas como todos os princípios são passíveis de ponderação, desde que respeitado o núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo relativo à dignidade humana e a segurança jurídica<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> MENDONÇA FILETI, Narbal Antônio. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: breves considerações. Disponível em: [http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL\\_AMBAMATRA.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL_AMBAMATRA.pdf). Acesso em 23 jul. 2012, 18hs 14min.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. N. 21. Mar./mai. 2010. Salvador, BA. ISSN 1981-1888.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; SILVEIRA BEDÊ, Faya (Org.) **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 5.

<sup>25</sup> MENDONÇA FILETI, Narbal Antônio. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: breves considerações. Disponível em: [http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL\\_AMBAMATRA.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL_AMBAMATRA.pdf). Acesso em 23 jul. 2012, 18hs 14min. P. 8.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE

Um dos critérios postos então é a possibilidade de ser relativizado em situações excepcionais. Justifico. A função dos direitos humanos é limitativa dos atos dos Estados, neste quesito adotando como conceituação de atos aqueles performados mediante expressão de vontade por parte da pessoa jurídica de direito público.

Não se pode, seriamente, justificar a existência de um direito, seja ele qual for, de maneira absoluta para toda e qualquer situação que se possa surgir<sup>27</sup>.

Justifico, na nossa acepção primordialmente quando pensamos em um direito irrevogável e absoluto, pensamos no Direito à Vida. Imagina-se que se encontrou um direito absoluto, pois a proibição da tortura e da pena de morte, incluso em períodos de guerra.

Agora, a questão que está proibida é a utilização da vida, bem jurídico tutelado, como meio de efetivação de pena, mas isso não quer dizer que o bem jurídico tutelado vida não tenha as suas exceções. Cito como exemplo as já famosas no Direito Penal, o Estado de Necessidade, a Inexigibilidade de Conduta Diversa e a Legítima Defesa, que em situações extremas podem levar ao sacrifício do bem jurídico tutelado "vida" por colocar em perigo injustamente outro bem jurídico tutelado de igual valor<sup>28</sup>.

Logo, as normas não são caracterizadas como direitos humanos pelo fato de não aceitarem relativizações, apenas, não podem ser derogadas, como verificado

---

LIMA, Francisco Gérson; SILVEIRA BEDÊ, Faya (Org.) **Constituição e Democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

<sup>27</sup> JEFFERY, Anthea J. *Free Speech and Press: An absolute right?* **Human Rights Quarterly**. Vol. 8. N. 2. Baltimore: Johns Hopkins University Press, May, 1986. P. 197-226.

<sup>28</sup> "It is widely held opinion that there are no absolute rights. Consider what would be generally regarded as the most plausible candidate: the right to life. This right entails at least the negative duty to refrain from killing any human being. But it is contended that this duty may be overridden, that a person may be justifiably killed if this is the only way to prevent him from killing some other, innocent person, of if he is engaged in combat in the army of an unjust aggressor nation with which one's own country is at war... Thus an innocent person's right to life is held to be overridden when a fat man stuck in the mouth of a cave prevents the exit of speleologists who will otherwise drown, or when a child or some other guiltless person is strapped onto the front of an aggressor's tank, or when an explorer's choice to kill one among a group of harmless natives about to be executed is the necessary and sufficient condition of the others being spared, or when the driver of a runaway trolley can avoid killing five persons on one track only by killing one person on another track.". GEWIRTH, Alan. *Are there any absolute rights?* **The Philosophical Quarterly**. Vol. 31. N. 122. Hoboken, New Jersey: Blackwell Publishing, Jan. 1981. P. 1-16. Ou FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Leud, 2008. Título Original: *The Case of the Speluncean Explorers*.

anteriormente. As normas de Direitos Humanos podem ser objeto de relativizações num sem número de hipóteses, como levantado por Hannikainen<sup>29</sup> e Eduardo Correa Baptista<sup>30</sup>, indo desde o Estado de Guerra até o conflito entre normas consideradas fundamentais.

### 1.1 A Legalidade Estrita como Direito Fundamental

Muito embora o princípio da proibição do Retrocesso não esteja expresso como um direito à segurança jurídica, de fato, ela o é ancorada em previsões constitucionais relevantes que, ao se aglutinarem em um sistema complexo e difuso de direitos, pode ser derivado tal princípio com uma ordem constitucional.

Segundo Marco Félix Jobim e Cláudio Tessari<sup>31</sup> o princípio da proibição do Retrocesso, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, se ancora em:

- e.1) princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, II); e.2) passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI); e.3) pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (artigo 5º, XXXIX); e.4) irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, XL); e.5) individualização e limitação das penas (artigo 5º, XLV a XLVIII); e.6) restrições à extradição (artigo 5º, LI e LII); e e.7) devido processo legal, contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV)

Como podemos ver, há de se elencar que o princípio da Legalidade (estrita) está elencada por primeiro, no Art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, onde determina que o cidadão não será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei. Tal princípio pode ser óbvio, hoje em dia, mas chegamos num momento onde devemos discorrer sobre o óbvio, também.

Tal princípio é derivado da própria noção de Estado Democrático de Direito, onde

---

<sup>29</sup> HANNIKAINEN, Lauri. **Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status**. Helsinki: Finnish Lawyer's Publishing Company, 1988.

<sup>30</sup> CORREA BAPTISTA, Eduardo. **Ius Cogens em Direito Internacional**. Lisboa: LEX, 1997.

<sup>31</sup> JOBIM, Marco Félix; TESSARI, Cláudio. **O princípio da vedação ao retrocesso social e a denominada jurisprudência da crise: uma mudança de paradigma?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 125/2021. p. 91-110. Maio-jun 2021. DTR/2021/8753. p. 10.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o principio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

não é a vontade dos homens que governa, mas, sim, o Império da Lei.<sup>32</sup>

Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes<sup>33</sup> descrevem que a fuga da legalidade é:

Sempre um risco quando se assume a defesa de valores políticos ou morais que pretendam superá-la. A ideia aqui subjacente é universal e infinitas vezes repetível: para proteger o que a lei, sozinha, não consegue, devemos superá-la. Raskolnikov, julgando-se tão acima do vulgo, justificou para si próprio o assassinado de uma velha usurária. Os juristas, menos propensos a sujar as mãos de sangue, macularam a lei para interpretação enviesada, comprometida, no Terceiro Reich, com a ideologia oficial do partido Nacional Socialista. Com isso contribuíram sobremaneira à institucionalização da Barbárie.

O que é óbvio e basilar num Estado Democrático de Direito é que o poder decorre do povo e é exercida pela Lei. Segundo Lucas Augusto Gaioski Pagani o primeiro passo do totalitarismo é deteriorar a lei e retirar direitos, especialmente os de propriedade, como a Alemanha Nazista e a URSS fizeram:

(...) o terceiro Reich, em menos de um mês de governo, retirou toda e qualquer garantia constitucional sobre o direito de propriedade do povo alemão e deixou claro que a propriedade era uma concessão do Estado alemão aos cidadãos para que eles exercessem o bem comum (PIPES, 2001, p.263). No continente asiático, a URSS fazia precisamente quase a mesma coisa. Após a Revolução Russa, Lenin sobe ao poder para o tão prometido "sonho dourado", ou seja, a realização da ditadura do proletariado. O processo de coletivização chegou ao ponto em que a URSS, em 1928, tornou-se dona de 99,3% de todos os rendimentos nacionais do país. (...) Como podemos ver, qualquer ataque à propriedade privada é um ataque exato à liberdade<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Sobre a soberania da lei, ver mais em: DEMARCHI, Clóvis; WLOCH, Fabrício. **As contribuições de Norberto Bobbio e de Luigi Ferrajoli à soberania de Hans Kelsen**. Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 22, n. 2-2017. pp. 805-825. Doi: 10.14210/nej.v21n2.p805-825. ISSN: 2175-0491

<sup>33</sup> ABBLOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade**. Revista dos Tribunais. Vol 1022/2020. p. 103-124. Dez/2020. DTR/2020/14357. p. 4.

<sup>34</sup> PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Fundamental Rights, Property and social function: the property's social function as the foundation of economic, political and social development**. MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics, [S. l.], v. 7, n. 1, 2019. DOI: 10.30800/mises.2019.v7.1095. p. 12

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o principio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Sob nenhum pretexto, nenhuma instituição, seja formal ou informal, que tabulem as regras do jogo, podem jogar fora delas, isto é, podem agir acima da Lei — nem mesmo o Supremo Tribunal Federal através de Inquéritos Policiais manifestamente ilegais e inconstitucionais podem — usurpando os poderes constitucionais, segundo Eduardo Garcia de Enterría<sup>35</sup>:

Según la elemental doctrina del gobierno limitado, si esse poder no está enumerado em la Constitución es arbitrario e inconstitucional, es una < usurpación descarada >; El tribunal es verdaderamente una <continua convención constituyente> se há colocado por encima del Derecho. No discute que la doctrina tradicional em la relación com el Pueblo negro, <separados, pero iguales>, sea difícilmente compatible com la sensibilidad del mundo de hoy, pero em Derecho como em moral, el fin no justifica los médios, el costo del sistema constitucional de una tal usurpación es enorme.

Em um ecossistema difuso, complexo, onde operam-se vários princípios de Direito, onde nenhum deles podem sobrepor de maneira simples, devendo, a cada choque principiológico, levar em conta todo o ordenamento jurídico para manter a unidade, coerência e integridade do sistema, onde nenhum direito, mesmo o direito à vida e a saúde, podem ser considerados absolutos, como discutidos anteriormente.

Tal tema foi bem ressaltado pelo Ministro da Suprema Corte Americana, Neil Gorsuch: “even if the constitution has taken a Holiday during this pandemic, it cannot become a sabbatical” ou, ainda, a frase ‘Even in a pandemic, the Constitution cannot be put away and forgotten’.<sup>36</sup>

Mais abaixo, discorreremos que esse não está sendo o caso Brasileiro, onde a Constituição tirou folga e parece não querer mais retornar do seu ‘período sabático’.

---

Disponível em: <https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1095>. Acesso em: 18 aug. 2021.

<sup>35</sup> ENTERRIA. Eduardo Garcia de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 2001. p. 173

<sup>36</sup>SHAPIRO, Ilya. **Supreme Court Rules That Constitution Matters, Even in a Pandemic**. **Cato Institute**. Whashington, DC. 30 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.cato.org/blog/supreme-court-rules-constitution-matters-even-pandemic> Acesso em: 25 de agosto de 2021.

## 2. OS DECRETOS MUNICIPAIS E ESTADUAIS

Duas são as fontes de legitimidade (limites de atuação) e competência para tomarem medidas, através de decretos Estaduais e Municipais, sendo elas a Lei 13.979/2020 e a ADI 6.341 confirmando a competência concorrente de todos os entes públicos.

O Art. 3º da Lei 13.979/2020, em redação dada pela Lei 14.035/2020, determina que, para o enfrentamento da covid-19, as autoridades podem — não devem — adotar as seguintes medidas, dentro de suas competências: a) Isolamento; b) quarentena; c) determinação compulsória de realização de exames médicos; testes laboratoriais; coleta de amostras clínicas; vacinação e outras medidas profiláticas; ou, ainda, tratamentos médicos específicos; d) uso obrigatório de máscaras de proteção individual; estudo ou investigação epidemiológica; exumação de cadáver; e) restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos; f) requisição de bens e serviços de particulares com devida remuneração; g) autorização excepcional para importação de quaisquer bens médicos sem registro na ANVISA, desde que registrados por outra entidade parelha internacional.

A ADI 6.341 determinou que a competência, em relação da saúde pública, é concorrente entre os entes políticos em interpretação constitucional dos dispositivos atinentes à espécie, podendo, ainda, adotar medidas complementares ao disposto pelo Governo Federal. No acórdão de Inteiro Teor disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal, em especial, no voto do Ministro Luiz Fux, esse lembra que 'devem ser prestigiadas, com a cautela necessária, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição'<sup>37</sup>.

Nesse sentido, Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes<sup>38</sup> descreve que:

É preciso reconhecer, portanto, no que diz respeito à crise da Covid-19, que a autoridade dos entes federativos descentralizados, para promover controle sanitário-epidemiológico (CF (LGL\1988\3), art. 200, II) e efetivar o

<sup>37</sup> ADI 6.341, Voto do Ministro Luiz Fux.

<sup>38</sup> ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da crise:** pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. p. 13.



direito à saúde (CF (LGL\1988\3), art. 23, II), não decorre de delegação da União nem a ela se subordina. Trata-se de competência autônoma, estabelecida pelo art. 18 da Constituição.

Mesmo que se tratasse de competência autônoma (e concorrente), deve-se entender o referido acórdão como uma limitação à atuação dos entes públicos, isto é, não devem ultrapassar a legalidade e competência de seus atos, mesmo complementares, no combate ao Covid-19. Isso significa dizer que devem agir dentro de sua competência — e não uma carta branca para instituir qualquer medida que ache adequada sem que haja respaldo na Lei.

O STF, no caso, definiu as competências de maneira satisfatória, entendendo a gravidade do problema. Entretanto, consignou que só poderiam ser adotadas medidas a mais do que vinham sendo determinadas pelo Governo Federal, não podendo flexibilizar o combate ao Covid-19.

Mesmo diante do cenário, definindo as competências e quais medidas os entes públicos poderiam adotar, ultrapassaram o limite da legalidade, da legalidade estrita, ao instituir, por exemplo, o toque de recolher sem qualquer previsão expressa em Lei ou sequer na Constituição Federal como Competência concorrente dos entes públicos. A competência, a rigor, do Toque de Recolher, é exclusiva do Presidente da República através do Governo Federal (Art. 137 da Constituição Federal).

## **2.1 Restrição de Direitos sociais de Liberdade**

Em importante decisão constitucional, no dia 05 de maio de 2021, o Tribunal Constitucional Alemão, no Caso 1 BvR 781/21 - 1 BvR 805/21 - 1 BvR 820/21 - 1 BvR 854/21 - 1 BvR 889/21 -, julgou improcedente a preliminar de injunção que requeria a suspensão do toque de recolher noturno ancorado no § 28b(1) primeira parte da Lei de Proteção contra o Covid-19 (infektionsschutzgesetz – IfSG).

O Tribunal Constitucional Alemão assim considerou:

The night curfew has a **serious impact on everyday life**. The consequences of the curfew **affect almost all areas of private, family and social relationships, as well as the organization of working hours**. It will be particularly challenging to justify under constitutional law that the **challenged curfew is also imposed on persons who presumably have immunity against the SARS-CoV-2 coronavirus (§ 28c first sentence IfSG)** if it proves to be the case that they do not significantly contribute to infection. These consequences are countered by some of the exemptions in the act, which mitigate the consequences of the continued applicability of the curfew. However, the restrictions on private life arising from the curfew regardless of the exemptions are extensive. The affected persons cannot compensate for the restrictions on the exercise of various freedoms directly or indirectly caused by the curfew outside the period covered by the restriction or after the end of the period of validity of the challenged provision. However, in an evaluation, it must also be taken into account that the curfew affects a time of the day in which, based on pre-pandemic behavior patterns, activities outside of a dwelling or accommodation are quantitatively insignificant. It affects the period between 10 p.m. and 5 a.m. and allows for physical exercise in public until midnight. Furthermore, it must be considered that the applicability is tied to the threshold of a seven-day incidence rate of 100. If the measures for preventing infection are effective and the requirements of § 28b(2) first sentence IfSG are met, the curfew and other protective measures set out in § 28b(1) IfSG cease to apply. Furthermore, as the law currently stands, which is the legal situation relevant to the applications for a preliminary injunction, the period of validity is also limited until 30 June 2021 at the latest.<sup>39</sup>

Nesse mesmo sentido, a decisão concorreu para a *ultima ratio* das medidas ao combate do Covid-19, deixando a entender que viola menos os direitos fundamentais o toque de recolher do que a possibilidade de interferir nos domicílios particulares e determinar o afastamento compulsório entre as pessoas.

---

<sup>39</sup> Applications for a preliminary injunction Against night curfews imposed by federal law rejected. **BUNDERSVERFASSUNGSGERICHT**. Karlsruhe, 05 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-033.html;jsessionid=CE1C5D81C171EC9272E43A7200960E25.1\\_cid386](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-033.html;jsessionid=CE1C5D81C171EC9272E43A7200960E25.1_cid386) Acesso em: 25 de agosto de 2021.

Aqui devemos ter algo em mente que o toque de recolher foi devidamente regulamentado e determinado pelas Leis de Combate ao Covid-19 da Alemanha, não sendo uma medida dada como administrativa, discricionária, através de portarias administrativas — que não detém força de lei — como acontece no Brasil.

Nesse caso, a Professora Katrin Kappler descreve que o Papel da Corte constitucional não é se colocar no lugar da legislação, mas sim, de checar se a tomada de decisão respeitou os limites da lei de maneira proporcional<sup>40</sup>.

E na questão do combate ao Covid-19, assim entendeu:

With increasing experience and a growing knowledge of the mechanisms of the spread of the virus, some measures have proven to be too excessive and have been corrected by the courts.<sup>47</sup> Notwithstanding, the courts very often referred to the legislature's prerogative of assessment and upheld measures even when their effectiveness was disputed. Conversely, case law has shown that judicial review can also be effective in the case of uncertainties and prerogatives of assessment, because the judicial control of reasonableness remains even in the case of knowledge deficits. Here, the judicial examination is not only a matter of factual knowledge but also of weighing up fundamental rights. Although uncertainties can be considered here, the core aim is to strike a careful balance between conflicting fundamental rights.<sup>41</sup>

Como bem assevera o Professor Pavel Ondrejek (2021, p. 44) ao falar sobre as medidas de combate ao covid-19 nos Tribunais da República Checa, trouxe a concepção de estado de justificação, uma vez que é o próprio fundamento da razão, sendo o fundamento do Estado Democrático de Direito, uma vez que são totalmente diferentes dos atos de autoridade — O Estado sou eu — sendo esses atos a base dos estados totalitários:

(...) "the answer to this question 'is based on the idea that decisions made by a political authority (usually meaning the state) must be acceptable for everyone — or more specifically, justifiable to everyone — to whom they are addressed'?"

---

<sup>40</sup> KAPPLER. Katrin. **Dealing with Uncertainties in the Pandemic**: A german perspective. Eucrim: the european criminal law associations' fórum, Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, vol 2021/2. Legal Effects of Covid-19. p. 131.

<sup>41</sup> KAPPLER. Katrin. **Dealing with Uncertainties in the Pandemic**: A german perspective. p. 131.

Similarly, reference can be made to a 'pull of justification', understood as 'the requirement that official decisions must be justified by reasons when they affect legally protected, individual interests — [witch] is ultimately driven by a normative vision of political society'.<sup>42</sup>

Uma questão ventilada pelo mesmo autor é que a justificativa para a aplicação do toque de recolher não deve ser meramente geral, devendo ela ser específica e bem fundamentada:

In the context of measures to combat the COVID-19 pandemic, we can use as an example the requirement of justifying the curfew imposed between 9 p.m and 5 a.m., rather than, for example, from 10 p.m., as this represents a significant restriction of freedom of movement. On the other hand, I believe that the requirement for social distancing or wearing face masks need not be substantiated in detail for two reasons: firstly, in the context of the current public debate, an informed and reasonably acting person will understand the importance of wearing a face mask and practicing social distancing for feting the pandemic under control, and, secondly, the actual requirement for wearing a face mask and adhering to basic rules of hygiene is unlikely to constitute an intensive interference with any of the fundamental rights (or rather a substantially smaller interference than the above-mentioned restriction of the freedom of movement. If conceived without any exceptions).<sup>43</sup>

Em Estado de emergência, essa necessidade de justificativa é maior ainda, uma vez que, maior a intervenção nos direitos individuais, mais urgente a justificativa, sendo mais importante que nunca a atinência ao *rule of law* para a devida ordem e combate ao covid-19<sup>44</sup>.

Tal entendimento encontra respaldo na doutrina Brasileira, em recente artigo

---

<sup>42</sup> ONDŘEJEK. Pavel. **Threshold of Justification of Emergency Regulations**: On Coherentism Requirement for the Justification of Measures Adopted in the Czech Republic during the COVID-19 Pandemic. **Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej**. Vol. 27/2021. p. 44. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=964699>. Acesso em: 25 de agosto de 2021.

<sup>43</sup> ONDŘEJEK. Pavel. **Threshold of Justification of Emergency Regulations**: On Coherentism Requirement for the Justification of Measures Adopted in the Czech Republic during the COVID-19 Pandemic. p. 46

<sup>44</sup> ONDŘEJEK. Pavel. **Threshold of Justification of Emergency Regulations**: On Coherentism Requirement for the Justification of Measures Adopted in the Czech Republic during the COVID-19 Pandemic. p. 49

publicado pelo Doutor Georges Abboud e o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes:

(...) temos, mais do que nunca, de nos defender da discricionariedade administrativa, cujo exercício descontrolado pode redundar em atos violadores de direitos fundamentais. Por exemplo, o tema mais palpitante da atualidade é a realização do isolamento social. A sociedade está apreensiva com qualquer modificação decisória que impacte nas políticas de isolamento para o controle da pandemia. Consequentemente, havendo elementos técnicos e objetivos acerca de qual modalidade de isolamento é a mais segura, é defeso invocar a discricionariedade para impedir que a jurisdição constitucional fiscalize a constitucionalidade de atos políticos que impliquem alterações em tais políticas de contenção da pandemia.(...) A tragédia do coronavírus tem demonstrado que nenhuma sociedade ou indivíduo deve ficar à mercê de uma potestatividade discricionária, se qualquer outra via se demonstrar mais protetiva de direitos fundamentais. Ocorre que a discricionariedade no âmbito judicial ou administrativo, quando versa sobre questões jurídicas (direitos fundamentais), sujeita o jurisdicionado ao voluntarismo do ocasional ocupante do poder.<sup>45</sup>

E ainda asseveram que:

“Que fique claro: a pretexto de evitarmos futuras pandemias não podemos negociar vitórias democráticas conquistadas a duras penas. A aposta na legalidade, a defesa dos direitos fundamentais e o zelo pelo pacto federativo são os freios das democracias constitucionais. Muito embora o sistema constitucional do Brasil tenha respondido bem até agora, sem a lembrança incessante dessas três balizas, corremos o risco de perder a fronteira de legitimidade entre a política e o direito”.<sup>46</sup>

Não sendo apenas uma preocupação apenas brasileira — patrimonialismo e o sebastianismo —, a discricionariedade jurídica, sobretudo administrativa, vem preocupando o Estados Unidos da América de maneira geral, discutindo quais são os limites das decisões administrativas e a sua interferência nos direitos

---

<sup>45</sup> ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da crise:** pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. p. 8

<sup>46</sup> ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da crise:** pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. p. 14.

fundamentais:

Legality requirements were also at the heart of the complicated decision by the Wisconsin Supreme Court, in which it struck down the state extension of the lockdown order imposed by the Department of Health Services over objections by the state legislature.<sup>135</sup> Although some of the opinion had grand statements about individual liberty, the key issue was one of administrative legality: whether the Department of Health Services had the power to extend the order in defiance of the state legislature. The Supreme Court held that the order, imposed by the Secretary for the Department of Health Services, “confining all people to their homes, forbidding travel and closing businesses exceeded the statutory authority” of the Department and therefore invalidated the order<sup>47</sup>

Continua:

Even in the United States, where courts are widely perceived to be deferential during crisis, we have seen some substantive rights review. While most lawsuits thus far have failed, some have not. Notably, the Sixth Circuit Court of Appeals held that Kentucky could not prohibit religious gatherings when social distancing guidelines were observed. The Court observed that Governor Andy Beshear’s COVID-19 orders allowed for many “serial exemptions for secular activities [that] pose comparable public health risks to worship services,” including “law firms, laundromats, liquor stores, and gun shops” as long as they “follow social-distancing and other health-related precautions.” But while liquor stores and gun shops could stay open, the orders “do not permit soul-sustaining group services of faith organizations, even if the groups adhere to all the public health guidelines required of essential services and even when they meet outdoors.” As a result, the Court concluded that the COVID-19 orders placed an undue burden on religious services and were therefore unconstitutional. Similarly, on the day before Easter, a federal judge declared unconstitutional the decision of the Mayor of Louisville to ban all Easter celebrations, including drive-through services. (...) <sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, **The Bound Executive**: Emergency Powers During the Pandemic. 26 de Julho de 2020. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 747, p. 30 Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608974> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974> Acesso em: 25 de Agosto de 2021.

<sup>48</sup> GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila, **The Bound Executive**: Emergency Powers During the Pandemic. p. 34.

Em todo o mundo, o Poder Judiciário tornou-se protagonista no sentido de, ou conferir status de legalidade, ou de ilegalidade dos atos tomados pelos administradores mundo à fora, entretanto, ao invés de terem o papel de 'legisladores negativos', algumas cortes constitucionais agiram em verdadeiro espírito de ativismo judicial, violando o devido processo legislativo.

Isso significa dizer que certos Tribunais agiram como legisladores positivos, trazendo uma aparência de legalidade à certos atos inconstitucionais e ilegais<sup>49</sup> — no caso do Brasil, por exemplo, a questão do Toque de Recolher, ferindo a Dignidade da Pessoa Humana e o Dever Fundamental decorrente da proteção aos Direitos Fundamentais. Como discutido anteriormente, as matérias onde os decretos administrativos podem regulamentar foram definidas em Lei (13.979/2020) e o toque de recolher não está, obviamente, permitido pela Lei.

O único fundamento para o Estado Brasileiro, sobretudo o Governo Federal — Titular da Possibilidade do Estado de Sítio — é previsão constitucional nos arts. 84, IX c/c 137 da Constituição Federal de 1988, tendo como os Direitos Fundamentais restringidos na vigência do Estado de Sítio descritos no Art. 139 da CF.

Mesmo com esse entendimento dado pela Constituição Federal de 1988, os Tribunais Brasileiros estão conferindo legalidade aos atos de toque de recolher, muitas vezes, em argumentações restritas aos atos de autoridade política — Quem manda sou eu — em vez de um ato de justificativa ao argumentar, de maneira simplória, violando os Arts. 489, §1º e seguintes do Código de Processo Civil c/c 93, IX da CF/88, ao apenas se restringir em 'Entre o Direito da Vida e Saúde em detrimento do Direito à Liberdade, prevalece o Direito a Vida e Saúde' sem qualquer justificativa ou metodologia para tanto.

Uma decisão que é evidente tal postura jurisdicional é o Tribunal de Contas do Estado do Paraná onde decidiu, de maneira manifestamente ilegal e

---

<sup>49</sup> Para entender mais sobre deveres fundamentais e a dignidade da pessoa humana: DEMARCHI, Clovis; FONTANA, Douglas Cristian. **Deveres Fundamentais e Dignidade Humana**: uma perspectiva diferente. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

inconstitucional, a paralisação do transporte público da cidade de Curitiba, Estado do Paraná, com fundamento de que isso era medida para o combate ao covid-19.<sup>50</sup>

A humanidade batalhou, durante séculos pela sua incessante liberdade, vida e propriedade, pelos seus direitos naturais natos, e essa conquista não deve ser desmanchada em apenas um período curto da história onde o 'estado de exceção' tenha se tornado excessivo demais. Já se foi o tempo onde o Estado decidia quem tinha Direito e quem não tinha Direitos. Não vivemos — nem devemos viver sobre as mãos da discricionariedade do Estado — mais pelos atos de vontade, mas, sim, pela vontade da Lei e ninguém está acima dela, nem mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, percebeu-se que os atos administrativos, ao redor do mundo, em relação ao toque de recolher, especialmente, tiveram suas nuances bem trabalhadas por tribunais constitucionais, dentro do famoso *judicial review* — o Tribunal do Legislador Negativo — em alguns países, como Estados Unidos da América e República Tcheca foram considerados inconstitucionais por interferirem exacerbadamente nos Direitos Fundamentais dos seus habitantes e quanto a Alemanha que definiu parâmetros claros para quem o toque de recolher deveria ser instituído — retirando pessoas que, em tese, estão imunizadas/resistentes ao Covid-19 — e definindo o tempo que a medida poderia prevalecer, sem ampliação quanto ao tempo determinado pelo governo alemão, mesmo que tal medida tenha sido, mais uma vez, respaldada pela Lei alemã — o que é diferente do caso Brasileiro.

Dentro do caso Brasileiro, pudemos constatar que as instituições jurídicas tomaram posturas de atores políticos ativos, de maneira exacerbada, excedendo-se em suas funções típicas e atípicas, instituindo, através de uma canetada, isolamentos

---

<sup>50</sup>Decisão do TCE-PR sobre ônibus é amparada pela garantia constitucional do direito à vida. **Tribunal de Contas do Estado do Paraná**. Curitiba, 23 de Março de 2021, Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/decisao-do-tce-pr-sobre-onibus-e-amparada-pela-garantia-constitucional-do-direito-a-vida/8851/N> Acesso em: 25 de Agosto de 2021.



PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no Brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

forçados pelo *ativismo judicial* tanto quanto prefeitos e governadores que, ao perceberem tal fato, utilizaram-se de suas prerrogativas para instituir matérias formalmente inconstitucionais como o toque de recolher.

Seja uma decisão fora da própria competência do Tribunal, *v.g.* Tribunal de Contas do Estado do Paraná demandando a paralisação do transporte público na cidade de Curitiba fora de sua competência (agindo como um verdadeiro ator político), tanto quanto seja uma ação institucional antagonizando com o Governo Federal, quem sai perdendo é o cidadão que sofre, diariamente, tanto quanto aos perigos oriundos da Covid-19 tanto quanto o perigo do desemprego, da inflação, e sobretudo, da dificuldade de colocar comida na sua mesa, no dia a dia.

É imperativo o reconhecimento da Proibição ao Retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira expressa, para que tanto a segurança jurídica possa ser estabelecida quanto a dignidade da pessoa humana de cada cidadão afetado pelo jogo de poder entre os gigantes seja protegido, de fato, como dever absoluto do Estado, e fundamento do Estado Democrático de Direito para combater os atos de vontade e discricionários da Autoridade Pública.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional da crise**: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. Revista dos Tribunais. Vol 1022/2020. p. 103-124. Dez/2020. DTR/2020/14357.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Interesses Difusos e Coletivos**. 4. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Maleiros, 2000.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o principio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

CORREA BAPTISTA, Eduardo. **Ius Cogens em Direito Internacional**. Lisboa: LEX, 1997.

DEMARCHI, Clovis; FONTANA, Douglas Cristian. **Deveres Fundamentais e Dignidade Humana**: uma perspectiva diferente. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

DEMARCHI, Clóvis; WLOCH, Fabrício. **As contribuições de Norberto Bobbio e de Luigi Ferrajoli à soberania de Hans Kelsen**. Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 22, n. 2-2017. pp. 805-825. Doi: 10.14210/nej.v21n2.p805-825. ISSN: 2175-0491.

ENTERRIA. Eduardo Garcia de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 2001.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Leud, 2008. Título Original: The Case of the Speluncean Explorers.

GEWIRTH, Alan. **Are there any absolute rights?** The Philosophical Quarterly. Vol. 31. N. 122. Hoboken, New Jersey: Blackwell Publishing, Jan. 1981.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **The Bound Executive**: Emergency Powers During the Pandemic (July 26, 2020). Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 747, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608974> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>

HANNIKAINEN, Lauri. **Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law**: Historical development, criteria, present status. Helsinki: Finnish Lawyer's Publishing Company, 1988.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999.

ISHAY, Micheline. **The history of Human Rights: from ancient times to the globalization era.** Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2008.

JEFFERY, Anthea J. **Free Speech and Press: An absolute right?** Human Rights Quarterly. Vol. 8. N. 2. Baltimore: Johns Hopkins University Press, May, 1986.

JOBIM, Marco Félix; TESSARI, Cláudio. **O princípio da vedação ao retrocesso social e a denominada jurisprudência da crise: uma mudança de paradigma?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 125/2021. p. 91-110. Maio-jun 2021. DTR/2021/8753.

KAPPLER, Katrin. **Dealing with Uncertainties in the Pandemic: A german perspective.** Eucrim: the european criminal law associations' fórum, Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, vol 2021/2. Legal Effects of Covid-19. p. 127-131.

MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Gerações de direitos: fragmentos de uma construção dos Direitos Humanos.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Direitos Fundamentais e da Cidadania, Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo, 2007.

MENDONÇA FILETI, Narbal Antônio. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: breves considerações.** Disponível em: [http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL\\_AMBAMATRA.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/PRINCRETROCSOCIAL_AMBAMATRA.pdf). Acesso em 23 jul. 2021.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público.** Coimbra: Princípia, 2002.

ONDŘEJEK, Pavel. **Threshold of Justification of Emergency Regulations: On Coherentism Requirement for the Justification of Measures Adopted in the Czech Republic during the COVID-19 Pandemic.** Archivum Filozofii Prava i Filozofii

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no Brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Spolecznej 2:41-53. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=964699>

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Fundamental Rights, Property and social function**: the property's social function as the foundation of economic, political and social development. MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics, [S. l.], v. 7, n. 1, 2019. DOI: 10.30800/mises.2019.v7.1095. Disponível em: <https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1095>. Acesso em: 18 agosto 2021.

PIFFER, Carlo; CRUZ, Paulo Márcio. **Direitos Humanos e inteligência artificial em matéria de imigração e refúgio**. Revista Novos Estudos Jurídicos. V. 26. n. 2-2021. Doi: 10.14210/nej.v26n2.p563-583. ISSN: 2175-0491

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed.Rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBAS, Paulo Henrique. **O papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais mediante a prestação de serviços públicos**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. N. 21. Mar./mai. 2010. Salvador, BA. ISSN 1981-1888.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; SILVEIRA

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o principio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

BEDÊ, Faya (Org.) Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SMOLAREK DIAS, Bruno. **Direitos Humanos e seus problemas de efetivação**. Cascavel, PR: Smolarek, 2009. ISBN: 978-85-60709-18-2.

RECEBIDO EM: AGO/2021

APROVADO EM: AGO/2021

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

## **O DIÁLOGO ENTRE PODERES E O REEQUILÍBRIO INSTITUCIONAL: A (IN)EFICIÊNCIA DO DIÁLOGO NO COMBATE AO EMPODERAMENTO JUDICIAL**

THE DIALOGUE BETWEEN POWERS AND INSTITUTIONAL REBALANCING: THE (IN)EFFICIENCY OF THE DIALOGUE IN COMBATING JUDICIAL EMPOWERMENT

**Melina Carla de Souza Britto<sup>1</sup>**

**Fernanda Huss Erzinger<sup>2</sup>**

**Claudia Maria Barbosa<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

Investiga-se a interação dialógica entre Legislativo e Judiciário e se tal diálogo pode ser um instrumento para combater o empoderamento judicial ou se acaba servindo de disfarce para o exercício do poder decisório sobre questões políticas, sociais e econômicas pelo Judiciário. Indaga-se se o diálogo institucional conseguiria romper a supremacia estabelecida pelo Judiciário. Averigua-se se o diálogo, por si só, é capaz de restabelecer o equilíbrio necessário entre o Legislativo e o Judiciário. O que se constata, por intermédio do método dedutivo de análise e de um estudo de revisão bibliográfica é que podem existir argumentos a favor e contrários ao diálogo institucional e que ele pode servir para combater a supremacia judicial e o sufocamento dos demais poderes. Percebe-se que o que lhe falta é a eficiência no diálogo aberto e entre iguais, bem como a participação popular, prezando pelo prevailecimento da democracia e do constitucionalismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Separação de poderes, Poder Judiciário, reequilíbrio institucional, diálogo institucional.

### **ABSTRACT**

The object of investigation in the dialogical interaction between Legislative and Judiciary Powers and if such dialogue can be an instrument to combat judicial empowerment or if it ends up serving as a disguise for the exercise of decision-making power over political, social and economic issues by the Judiciary. The

---

<sup>1</sup> Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Mestra em Direito. E-mail: melina.britto@pucpr.edu.br.

<sup>2</sup> Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Mestra em Direito. E-mail: fernandahuss@hotmail.com.

<sup>3</sup> Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: claudia.mr.barbosa@gmail.com.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

question is whether institutional dialogue could break the supremacy established by the Judiciary. It is examined whether that dialogue alone can restore the necessary balance between those two powers. Through an deductive method of analysis and an literature review study it is verified that there may be arguments for and against institutional dialogue and that, in short, it can serve to combat judicial supremacy and the suffocation of other powers. However, it is clear that what is lacking is efficiency in open and equal dialogue, as well as popular participation, prizing the prevalence of democracy and constitutionalism.

**Keywords:** Separation of powers, Judiciary, institutional rebalancing, institutional dialogue.

## **INTRODUÇÃO**

A notória expansão do Poder Judiciário, perceptível no Brasil e em diversos outros países, de diferentes tradições jurídicas, como, por exemplo, Estados Unidos,, Canadá, Israel, Nova Zelândia, África do Sul, Colômbia, vem impondo uma revisão da separação de poderes e a noção de neutralidade propugnada por Montesquieu acerca do papel do Judiciário no Estado moderno. O Poder Judiciário nessas duas últimas décadas vem paulatinamente abandonando seu tradicional papel "silencioso" e neutro, para protagonizar o debate e a decisão política em torno de questões eram debatidas e resolvidas na esfera pública.

Face ao empoderamento judicial diversas teorias vêm procurando reequilibrar o funcionamento dos três Poderes de Estado, entre elas a teoria dos diálogos institucionais. O presente trabalho expõe as bases da teoria dos diálogos e a viabilidade de uma interação dialógica entre Legislativo e Judiciário, para combater o empoderamento judicial.

Para tanto, estuda-se a teoria da separação de poderes; o sistema de freios e contrapesos e sua aplicação nos dias atuais; o significado e a problematização acerca do empoderamento judicial; e a teoria do diálogo institucional como meio de interação entre os poderes estatais, em especial, o Legislativo e o Judiciário. Traz-se, ainda, o exemplo da PEC 33/2011 como uma tentativa (falha) de diálogo institucional no Brasil.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Utilizando-se do método dedutivo de análise e de um estudo de revisão bibliográfica teórica e qualitativa, conclui-se que, apesar da interação dialógica entre Poder Judiciário e Poder Legislativo ser apontada como um caminho importante para a implementação de uma forma alternativa e cooperativa da interpretação constitucional, esse encadeamento não fornece, necessariamente, uma solução efetiva ao empoderamento judicial. Alguns autores afirmam, inclusive, que o diálogo pode servir para alavancar ainda mais a expansão do poder judicial, bem como asseveram que, não obstante o diálogo busque reestabelecer o essencial equilíbrio na relação existente entre os poderes, falta-lhe eficiência e efetiva participação popular.

Em especial, no cenário brasileiro a adoção dessa construção de decisão coletiva entre Corte e Parlamento torna-se bastante dificultosa de modo que, ao invés do restabelecimento do equilíbrio necessário entre poderes, acaba servindo como uma forma de disputa por controle entre as instituições.

## **1. A CLÁSSICA SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS**

A teoria da separação dos poderes tem antecedentes em Aristóteles, mas no seu formato clássico é atribuída à Montesquieu. No livro XI de sua obra "O Espírito das Leis", o francês preocupou-se em estabelecer uma divisão de funções e um eficiente sistema de limitações dos poderes do Estado liberal que emergia na Europa em resposta à queda do Estado Absolutista, pois, caso contrário, haveria o risco de uma tirania e "tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares".<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 6ª ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-esp%C3%ADrito-das-leis>>. Acesso em: 11 jul. 2018. p. 75.



BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A liberdade política seria encontrada, então, a partir de um Legislativo, um Executivo e um Judiciário independentes entre si, com funções diversas e específicas exercidas por órgãos próprios, interligados de maneira harmônica para a obtenção dos objetivos do governo, mantendo, no entanto, as características de cada poder de ser uno, indivisível e indelegável. Desta forma, uma atuação proporcional e coerente possibilitaria a desconcentração das atribuições estatais, evitando o abuso de poder por meio de um equilíbrio que a teoria política acabou consagrando como a doutrina dos *checks and balances* – freios e contrapesos.

No entanto, além das funções específicas de cada um, Montesquieu admitiu em tais poderes a necessidade de estatuir e de impedir. Assim, vê-se que quando foi analisada por ele, a teoria da separação dos poderes tinha o objetivo de assegurar a liberdade dos indivíduos. A divisão dos poderes do Estado contribuía no fortalecimento das garantias individuais de liberdade, pois objetivava enfraquecer a tirania e o poder do Estado, cabendo a este último apenas conservar as situações estabelecidas pelos indivíduos.<sup>5</sup> O ideal de liberdade assumiu suas principais feições na separação dos poderes, sendo incorporado às bases nascentes da organização constitucional do Estado Moderno.

James Madison, um dos colaboradores na formulação da Constituição norte-americana, escreveu em “O Federalista”, capítulo 47, que “a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania”.<sup>6</sup> Assim, o esquema do equilíbrio entre os poderes, uma proposta do liberalismo da época, o qual era contra tanto ao conservadorismo favorável à concentração de poder quanto aos excessos do republicanismo, tinha como lema principal evitar os males graves que associava às concepções rivais: tirania e anarquia.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. p. 77.

<sup>6</sup> MADISON, James. Exame e explicação do princípio da separação dos poderes. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 298.

<sup>7</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

O constitucionalismo moderno fortalece-se no seio da teoria da separação de poderes e é tido como um pressuposto do Estado Democrático, uma vez que, respeitados as funções típicas de cada poder, haveria ainda mecanismos de controle e fiscalização mútua que assegurariam a harmonia na relação entre os poderes de Estado. Na arquitetura preconizada por Montesquieu, os atos praticados pelo Estado poderiam ser gerais, ou seja, aqueles praticados somente pelo Poder Legislativo, e especiais, atinentes ao Poder Executivo, que só atuaria depois de emitida a norma geral. O Poder Judiciário, por sua vez, seria o responsável pela função fiscalizadora, atuando sempre que houvesse exorbitância de qualquer dos poderes.

No final do século XIX, a partir da crise do Estado Liberal, percebem-se novas exigências. O Estado, até então abstencionista, passou a ser cada vez mais solicitado a agir, sobretudo para assegurar direitos típicos de um Estado Providência. Nesse contexto, a clássica separação dos poderes assume nova roupagem, com o Executivo à frente de iniciativas que antes estavam restritas ao Legislativo. A liberdade e proteção do indivíduo frente a eventuais abusos ou intervenção indevida do estado mantêm-se.

Constata-se então a ampliação da esfera estatal, intensificando a influência do Estado em diversos setores da sociedade, o que inviabiliza, mesmo como modelo, a rigidez da teoria da separação de poderes, a qual cede aos poucos espaço para uma relação de interdependência e harmonia entre os poderes. Assim, manifestaram-se novas formas de relacionamento entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais devem ponderar pelo "princípio da harmonia", "que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco, para evitar distorções e desmandos".<sup>8</sup>

Para Maurilio Casas Maia a teoria da separação de poderes é um dos grandes dogmas do constitucionalismo moderno e atual. Segundo ele, "o repúdio à

---

p. 133-134.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 111.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

concentração de poderes em um só órgão ou sujeito é ínsito à teoria da separação dos poderes, porquanto a sobredita concentração possa ensejar e facilitar o uso arbitrário do poder”.<sup>9</sup>

Com essa adaptação, os poderes do Estado deixaram de ser interpretados como efetivamente separados e rigidamente especializados para serem compreendidos como distintos e coordenados. Ampliaram-se os conceitos e adaptaram-se à realidade sócio-política, surgindo a ideia de colaboração de poderes, gerando também uma autonomia organizacional em cada poder com a possibilidade de intercomunicação de funções, desempenhadas sistematicamente em cooperação mútua.

Nasce, assim, uma independência orgânica, prezando sempre pela harmonia entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, especialmente nos sistemas presidencialistas. A independência e a divisão de funções entre os poderes não são absolutas. Nesse sentido, os poderes encontram previsão constitucional para participar das atribuições uns dos outros, desempenhando funções atípicas, a fim de que os problemas do Estado sejam brevemente resolvidos.

De antemão, a Constituição Federal brasileira de 1988 consagra em seu artigo 2º a independência e a harmonia entre os poderes.<sup>10</sup> Quanto à independência, José Afonso da Silva entende pela desnecessidade de autorização ou confiança de outro poder para fins de investidura e permanência na função. Por outro lado, a harmonia aponta para duas características: cortesia de tratamento e respeito mútuo em relação às prerrogativas e faculdades entre os poderes.<sup>11</sup>

Para mais, cabe salientar que no Brasil a tripartição de poderes foi acolhida pela Carta Magna de 1988, sendo verdadeira cláusula pétrea para salvaguardar o cidadão de abusos no uso do poder.

---

<sup>9</sup> MAIA, Maurilio Casas. A separação de poderes no Brasil hoje. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 25, n. 104, p. 15-36, nov./dez. 2017. p. 15-36.

<sup>10</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2019.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 46.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Pode-se afirmar que uma das principais ferramentas para prevenir o abuso de poder por parte dos agentes públicos é a separação de poderes e funções, exercidos por diferentes ramos do governo, os quais controlam-se mutuamente (sistema de freios e contrapesos ou *checks and balances system*). Nesse sentido, o princípio da separação de poderes é um dos mais importantes da teoria constitucional, sendo essencial em uma democracia constitucional. Ele pressupõe a existência de um respeito mútuo, além de um equilíbrio que mantém a relação entre os poderes. Esse equilíbrio, contudo, encontra-se fragilizado na atualidade, verificando-se uma prevalência do Poder Judiciário frente aos outros dois, porquanto os juízes passaram a decidir questões diversificadas e complexas, fazendo prevalecer por vezes seus próprios entendimentos sobre normas definidas pelos demais poderes ou, ainda, sobre o significado e alcance de normas constitucionais.

## **2. O EMPODERAMENTO RESULTANTE DO ATIVISMO JUDICIAL**

O caso *Marbury v. Madison* no ano de 1803 é tido como o precursor do *judicial review* nos Estados Unidos da América, já que a ali ficou estabelecida a possibilidade de que que decisões emanadas pelo Poder Legislativo poderiam ser submetidas ao controle jurisdicional.

Embora os países *common law* e *civil law* tenham recepcionado de forma diferente a separação de poderes, é possível afirmar-se que a tese da separação de poderes está umbilicalmente ligada à formação do Estado Liberal, cuja preocupação central era justamente garantir os direitos individuais frente aos abusos do Poder do Estado.<sup>12</sup> Foi nessa direção que a Constituição republicana de 1891 estatuiu a supremacia da Constituição, acompanhada da possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade (art. 59 e 60). Depois, em 1934, previu-se a possibilidade do controle concentrado de constitucionalidade.

---

<sup>12</sup> BARBOSA, Claudia Maria. Algunos aspectos de la independencia judicial en Brasil. In: **Independencia judicial en América Latina: ¿De quien, para que, como?**. Bogota: Ilsa, 2004, p. 417-437.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A Constituição de 88 não destoou dessa tendência, ao contrário, afirmou-a, mas o fez de forma a expandir o papel do Judiciário na definição do conteúdo da norma constitucional, ao permitir o controle difuso a qualquer órgão judicial, e a atribuir o controle concentrado ao STF, de maneira que a Corte Suprema passou a funcionar neste caso com o duplo papel de corte constitucional e e última instância recursal.<sup>13</sup>

A expansão do poder do Judiciário para definir o alcance e significado da norma encontrou ainda amparo em uma teoria constitucional que, diferente do positivismo, advoga a textura aberta da norma constitucional, o caráter principiológico de muitas de suas normas, a normatividade de normas antes tidas por programáticas, e o compromisso político de buscar a efetividade das normas constitucionais por quaisquer dos poderes da República.

A supremacia da norma constitucional historicamente afirmada no Brasil, contudo, não autoriza o Judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em especial, a atuar como detentor da última palavra acerca dos significados da Constituição, seja em decisões das quais não cabe outro recurso, seja em questões que demandam interpretação constitucional.

Nesse contexto, os magistrados passaram a decidir sobre questões complexas referentes à política, moral, filosofia, biologia e economia, abrindo espaço a um crescente ativismo judicial que resulta em um inédito protagonismo político do Poder Judiciário. Julgadores e tribunais passaram, assim, a delimitar e a decidir quais os rumos a sociedade deve tomar, de maneira que parte das atribuições dos demais poderes fosse transferida ao Judiciário, justamente em razão da inércia daqueles.<sup>14</sup>

Sobre essa expansão de poder do Judiciário, Leandro Alves de Oliveira menciona que ela “está jungida a uma efetiva participação extensiva e vigorosa do Judiciário na consolidação de valores e fins preconizados constitucionalmente”.<sup>15</sup> Tratando

---

<sup>13</sup> BARBOSA, Claudia Maria. Algunos aspectos de la independencia judicial en Brasil. p. 422.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo judicial: qual o limite do Poder Judiciário? **Revista Bonijuris**, v. 29, n. 641, p. 24-28, abr. 2017. p. 25.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo judicial: qual o limite do Poder Judiciário? p. 26.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

notadamente a respeito do que seria o ativismo judicial, o autor realça que ele é “uma interpretação proativa da *Lex Fundamentalis* que propicia uma releitura de seu real sentido, alcance e valores axiológicos, com o objetivo de permitir a prolação de decisões modernas, reformadoras/revolucionárias, progressistas e construtivas”.<sup>16</sup>

Indaga-se, contudo, se o Poder Judiciário, especificamente em relação ao STF, teria realmente autonomia para tanto, já que não se pode, em um sistema democrático, privilegiar um poder em detrimento do outro. Desse modo, para que não interfira de forma tão expressiva na atividade dos demais poderes, há quem argumente ser necessário impor limites à sua atuação.

Ademais, por mais que o ordenamento jurídico brasileiro determine ao STF a guarda da Constituição, certa dúvida poderia surgir com relação à sua legitimidade, sobretudo pelo fato de que a Corte é composta por juízes não eleitos que, ao contrário dos integrantes do Executivo e do Legislativo, não detém a legitimação democrática.

No vértice oposto dos que advogam um olhar positivo ao ativismo, Alexandre Sturion de Paula considera o ativismo uma forma atípica e desenfreada de criação de normas pelos membros do Judiciário, na qual ele usurpa a função legítima conferida pela Carta Magna ao Legislativo, influenciando também muitas vezes em competências próprias do Executivo, de organização econômico-financeira e políticas públicas.<sup>17</sup>

Outro argumento contrário ao ativismo diz respeito à segurança jurídica, de modo que, cada vez mais, não seria possível prever qual o posicionamento a ser adotado pelo julgador diante de um caso concreto, distanciando-se das disposições expressas da lei.

Nesse ponto de vista, face ao empoderamento judicial, o fundamento da soberania popular é abalado e o entrave à prática democrática é instaurado. O que é

---

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo judicial: qual o limite do Poder Judiciário? p. 26.

<sup>17</sup> PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo judicial no processo civil**: limites e possibilidades constitucionais. Campinas: Servanda, 2012. p. 147-155.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

realmente preocupante é que, se de um lado houve o crescimento das competências e funções do Poder Judiciário, com uma progressiva intervenção do STF no processo legislativo, de outro não ocorreu qualquer mudança para ampliar ou melhorar, na mesma proporção, os mecanismos de *accountability* da Corte constitucional.<sup>18</sup>

### 3. LIMITES E POTENCIALIDADES DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A ideia de “diálogo institucional” teve origem no debate canadense acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Em suma, a perspectiva do diálogo entre os poderes surgiu com a finalidade de impedir a disseminação do ativismo judicial, moderando a atuação do Judiciário (minimalismo judicial), visando restaurar sua neutralidade.

Os canadenses Peter W. Hogg e Alison A. Bushell debatem o diálogo institucional como uma forma de legitimação do controle de constitucionalidade.<sup>19</sup> Em suma, esses autores defensores do diálogo afirmam que decisões judiciais, boas ou ruins, raramente impedem que o Poder Legislativo se manifeste (seja concordando ou não, por exemplo, com a decisão judicial exarada), sendo necessária uma interação, um diálogo entre Judiciário e Parlamento, com o intuito de que se estabeleça a melhor interpretação constitucional que, mesmo quando provisória, possa funcionar como última palavra acerca dos significados da Constituição.

Nesse sentido Luc B. Tremblay explica que para aqueles que defendem o “diálogo institucional” como uma forma de legitimação do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo participariam de um diálogo, um debate, sobre a determinação do equilíbrio adequado entre os princípios constitucionais e as políticas públicas. Esse diálogo, explica o autor, seria permanente, uma vez que

---

<sup>18</sup> SILVA, Eduardo Fernandes da. Excesso de jurisdição ou escassez de política: apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 62, p. 209-230, jan./jun. 2013. p. 226.

<sup>19</sup> HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Universidad Torcuato di Tella, Escuela de Derecho, v. 14, p. 75-118, dez. 2013. Disponível em: [https://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858). Acesso em: 24 jun. 2018.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

o Judiciário não possuiria necessariamente a última palavra em relação a questões políticas-constitucionais e o Legislativo quase sempre disporia, então, do poder de reverter, modificar ou anular uma decisão judicial.<sup>20</sup> Em outras palavras, o Poder Legislativo teria resguardada a possibilidade de reverter ou modificar uma decisão do Poder Judiciário, instituindo nova legislação que, no seu entendimento, expressasse uma finalidade política, social ou econômica em consonância com a vontade dos cidadãos, representados pelo Legislativo.

A posição dos autores canadenses reverbera na posição externada por Claudia de Oliveira Fonseca, a qual ressalta o papel de interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Segundo ela, para se adotar a teoria do diálogo institucional, a Corte não seria a detentora da última palavra sobre as questões constitucionais, incorrendo, portanto, uma interação, com possibilidade de um consenso entre Legislativo e Judiciário na interpretação dos direitos previstos no texto constitucional.<sup>21</sup>

A adoção desse procedimento dialógico possibilitaria a superação do estigma de poder contramajoritário, atribuído ao Judiciário, pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo voto popular, tal qual acontece com os membros do Legislativo, uma vez que as decisões seriam construídas em conjunto, por meio do consenso entre os poderes. Buscar-se-ia, portanto, por meio do equilíbrio entre os poderes estatais, afastar a ideia de que o Poder Judiciário, e, especialmente as Cortes

---

<sup>20</sup> TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, I-CON, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005. Disponível em: <[<sup>21</sup> FONSECA, Claudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. \*\*Caderno de Ciências Sociais Aplicadas\*\*, Vitória da Conquista, n. 15, p. 35-57, jul./dez. 2013. p. 35-57.](https://watermark.silverchair.com/moi042.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kKhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAZ0wggGZBgkqhkiG9w0BBwagggGKMIIBhgIBADCCAX8GCSqGSIb3DQEHAQAgBgIghkgBZQMEAS4wEQQM44sNxfQzjHhX2X3-AgEQgIIBUEbEQBgLA74McxAeUIKLB0XmxcECrLflBkYaponndRPhbP_GPWZDD3L8stKye5q1E5gTb-2iXpkQILMTP8pTv7e-xaIxfjPdtKfHiOd-DPDr85mdYKnYgxfYILohXP74BgPQf7hpUWufNyqRndyf1sc_PuyRZxv7scIpe1AGF2i1Q42cHk2BXXnavTwzJHrRSotEEqY0HQKWQJrmo7pECjf9oTtS8-mv22CtiM-s9NosYB0iJ7Ob8PIlr_SNTwz-0MtePcoi1tN7QP98EGkg5SRZhxHv-7ZqHGpT24MgRifL8aqpdP4HNAJY8SCA1yeoLx3Hqvc5TAePa6nHJlejka7LrXflvYyW8EVBWf4LKFEdQzHIGPWwT9oNGVrQMYhMIssJ-hiMO5GAQ25kzBcR-0N52rfXmCxhvCAfL3Esl4IQxmUcJqGYDnOP__OIMA>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 617-618.</p></div><div data-bbox=)



BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Constitucionais, a exemplo do STF no caso do Brasil, seria o poder mais apto para dar a “última resposta” diante de tensões que atinjam matérias constitucionais.<sup>22</sup>

Na lógica das propostas dialógicas, não há espaço para a competição ou o conflito entre poderes pela “última palavra”, “[...] mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições, que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional”. Logo, não haveria um monopólio da “última palavra” por qualquer dos poderes: a “separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas”.<sup>23</sup>

A respeito dos benefícios do diálogo institucional, faz jus o apontamento de Juliano Zaiden Benvindo que, transcrevendo as ideias de Louis Fisher a respeito do diálogo constitucional e avaliando propostas teóricas do chamado constitucionalismo democrático, reconhece ser este “marcado por uma ampla integração entre os diferentes Poderes e, sobretudo, pelo reconhecimento do caráter nitidamente político de todos eles, respeitando-se, naturalmente, suas diversidades nesse aspecto”.<sup>24</sup> Nesse sentido, o diálogo poderia ser encarado como fruto da separação de poderes, onde o controle recíproco entre poderes, em conjunto com a supervisão popular sobre eles, possibilitaria incrementar a qualidade do processo de interpretação constitucional.

Ainda em defesa de teorias dialógicas, Jorge Munhós de Souza destaca a importância do trabalho de Luis Fisher e Neal Devins intitulado “Diálogo como fruto da separação de poderes”. Nele os autores identificam algumas características comuns a essas teorias, tais como o questionamento da supremacia judicial, a recusa da existência da última palavra e a valorização do procedimento democrático, mas o fazem muito antes da emergência das discussões contemporâneas, pois que, conforme registra Souza, “Já na década de 80 Fisher

---

<sup>22</sup> FONSECA, Claudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. p. 35-57.

<sup>23</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. p. 335.

<sup>24</sup> FISHER apud BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. p. 73.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

defendia a ideia de que os princípios constitucionais emergiriam de um diálogo entre os três ramos do Estado e o público em geral, analisando, para tanto, uma série de circunstâncias colaterais que estavam envolvidas nas mais importantes e controvertidas decisões da Suprema Corte”.<sup>25</sup>

Dessa forma, em substituição à supremacia judicial, haveria diálogo entre Legislativo, Judiciário e Executivo. Existiria um processo interativo envolvendo outros atores responsáveis por contribuir para a definição dos rumos políticos, sociais e econômicos do país.

Sobre a crítica à supremacia judicial, Souza adverte que para além do fato de não possuírem legitimação democrática, é preciso considerar também que os tribunais, ao decidirem, são influenciados pela opinião pública, pelas manifestações parlamentares e tendências do Poder Executivo, sendo suas decisões submetidas ao jogo político a fim de que sejam implementadas a contento.<sup>26</sup>

Destarte, se torna evidente, para aqueles que defendem a teoria dialógica, que a influência recíproca entre os poderes estatais, sublinhada pelo diálogo entre representantes eleitos, o público e os tribunais, incrementa a qualidade das decisões constitucionais e faz jus ao processo democrático.

Percebe-se, então, que para essa parte da doutrina, o diálogo é a solução encontrada para que haja uma interação menos conflituosa entre Poder Judiciário e Legislativo, prevalecendo o ideal democrático, visto que as decisões constitucionais devem ser produzidas por um processo de elaboração compartilhada entre o Poder Judiciário e outros atores constitucionais.<sup>27</sup>

Além disso, conforme visto acima, o diálogo é uma forma de qualificar as teorias da “última palavra” e defender a segmentação do poder. Rejeita-se, assim, a

---

<sup>25</sup> FISHER; DEVINS apud SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. p. 339-340.

<sup>26</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. p. 339-340.

<sup>27</sup> BATEUP, Christine A. The Dialogue Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. p. 1.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

supremacia de qualquer um dos poderes em razão da importância dada aos “valores da liberdade, do discurso, da deliberação e do governo limitado”.<sup>28</sup>

Enquanto defensores da ideia dialógica advogam a potencialidade de os diálogos favorecerem um processo decisório mais democrático, mais participativo e menos “juristocrático”<sup>29</sup>, os céticos, mais próximos dos estudos da ciência política, focam os limites das teorias dialógicas em dificuldades institucionais.

Barbara Billingsley em *Listening to the dialogue: an Examination of the Degree of Public and Media Attention Provided to the Legislative Responses to Court Decisions Involving Equality Rights and Sexual Orientation*, adverte para o fato de que a legitimação do diálogo requer que o discurso entre tribunal e parlamento seja ouvido (compreendido) pelo povo. Em suas palavras, “o público tem ouvido as palavras dos tribunais, mas não tem ouvido as palavras correspondentes dos Legisladores”.<sup>30</sup> Ainda, segundo a autora, “para que qualquer troca de ideias/diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo seja valiosa e para que o valor de tal troca seja razoavelmente avaliado pelo público, ambos os lados do intercâmbio devem ser relatados”.<sup>31</sup> Nesse sentido, “o público deve ser informado de qualquer diálogo que esteja ocorrendo entre os tribunais e o Legislativo”.<sup>32</sup>

Luc Tremblay aponta em seu trabalho *The legitimacy of judicial review*, dificuldades em operacionalizar verdadeiros diálogos entre Legislativo e Judiciário, e daí a dificuldade de que mecanismos dialógicos possam ser utilizados para legitimar o controle de constitucionalidade.

---

<sup>28</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. p. 341.

<sup>29</sup> Permitindo-se aqui a utilização do termo criado por Ran Hirschl, mas com a finalidade de qualificar o processo decisório sobre questões políticas, econômicas e sociais como pertencendo eminentemente ao Poder Judiciário.

<sup>30</sup> BILLINGSLEY, Barbara. Listening to the Dialogue: An Examination of the Degree of Public and Media Attention Provided to the Legislative Responses to Court Decisions Involving Equality Rights and Sexual Orientation. **Dialogues about Justice: The Public, Legislators, Courts and the Media.** October, Hull, QC, 2002. Disponível em: <[https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/billingsleybarb\\_27-60.pdf](https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/billingsleybarb_27-60.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2018. p. 56-57.

<sup>31</sup> BILLINGSLEY, Barbara. Listening to the Dialogue: An Examination of the Degree of Public and Media Attention Provided to the Legislative Responses to Court Decisions Involving Equality Rights and Sexual Orientation. p. 56-57.

<sup>32</sup> BILLINGSLEY, Barbara. Listening to the Dialogue: An Examination of the Degree of Public and Media Attention Provided to the Legislative Responses to Court Decisions Involving Equality Rights and Sexual Orientation. p. 56-57.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Antes de discutir propriamente a possibilidade de o diálogo institucional ser a solução para a supremacia judicial, partindo da análise a respeito da validade do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, o autor destaca o problema de legitimidade desse último poder, o qual “está enraizado no pressuposto majoritário de que a fonte suprema de legislação legítima em uma democracia está na vontade da maioria do povo ou de seus representantes eleitos”. Assim, presume-se que “a legislação promulgada de acordo com o governo da maioria pelo povo ou por seus representantes eleitos é, em princípio, democraticamente legítima”. O óbice está justamente no fato de que o controle de constitucionalidade “envolve juízes que são capazes de anular a legislação democraticamente promulgada de acordo com a regra da maioria, e, no entanto, esses juízes não são o povo nem são eleitos por eles; eles não representam os cidadãos e nem são responsabilizados por suas decisões”.<sup>33</sup>

Dessa feita, pode-se dizer que, mesmo que se defenda a ideia de diálogo entre poderes, a fim de legitimar o controle de constitucionalidade, tal como previa Peter W. Hogg e Alisson A. Bushell citados acima, a própria ideia de conceder ao Judiciário poder bastante para rever ou anular determinada lei é ilegítima frente ao processo democrático.

Para Jean Leclair, a desvantagem do diálogo estaria focada na qualidade da participação democrática. Em sua análise, o principal inconveniente é que o conceito de diálogo, na concepção usada pela doutrina e pela Suprema Corte canadense, está interligado às relações existentes (ou que deveriam existir) entre o Legislativo e o Judiciário na interpretação constitucional, deixando o cidadão como mero observador da vida política, ao invés de encorajar a sua participação ativa.

Percebendo a relação existente entre empoderamento judicial e perda da representatividade do povo nas decisões que mais afetam a sociedade, e assim, a quebra da ideia de equilíbrio na separação de poderes, o autor busca soluções para incentivar a participação popular no processo de governança. Em suma, para ele,

---

<sup>33</sup> TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. p. 619-620.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

o diálogo institucional, a fim de legitimar uma interpretação constitucional ampla pela Corte canadense, tem o efeito de esmorecer a participação dos cidadãos nos debates fundamentais que permeiam a sociedade.<sup>34</sup>

Desde um olhar externo ao Canadá, mas enfatizando a análise dos limites do ambiente institucional em que os diálogos se desenvolvem, é importante observar a análise do jurista argentino Roberto Garagarella. Em sua análise ele reconhece que para alguns autores um sistema estruturado e organizado com base no modelo de freios e contrapesos favorece o diálogo institucional. Com efeito, o fato do poder, nesse sistema, ser dividido e admitir decisões tomadas por diferentes ramos do governo, auxilia na regulação das iniciativas normativas, a fim de que sejam moderadas e enriquecidas com diversos pontos de vista.<sup>35</sup> Sendo assim, o sistema de freios e contrapesos, em um primeiro momento, favoreceria a revisão na tomada de decisões e, seria, portanto, legitimadora do controle de constitucionalidade.

Entretanto, destaca que essa observação não leva em conta as limitações estruturais que obstaculizam o desenrolar do diálogo judicial. O problema se encontra no fato de que as medidas que visam o diálogo institucional estão enquadradas em uma estrutura antiga de freios e contrapesos e tendem a se malograr no decorrer do caminho. Permita-se a tradução livre de suas palavras: “elas permanecem como experiências mais ou menos isoladas, ocasionalmente promovidas por alguns funcionários (bem-intencionados ou dispostos a resolver um problema)”; ou “remetem a novas práticas institucionais interessantes, mas não podem ser claramente descritas como práticas de diálogo”.<sup>36</sup> Nesse sentido, o antigo modelo de freios e contrapesos não está adaptado às novas práticas institucionais.

---

<sup>34</sup> LECLAIR, Jean. La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien: un concept qui dessert les intérêts du citoyen?. **Dialogues about Justice: The Public, Legislators, Courts and the Media**. October, Hull, QC, 2002. Disponível em: <<https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/09/625.pdf?id=7925&1531924967>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 86-87.

<sup>35</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. p. 137.

<sup>36</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. p. 146.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Considerados os prós e contras, não se pode descurar da advertência de Benvindo. Para ele o diálogo institucional pode ser visto como meio de intervencionismo judicial, servindo de tela para o ativismo judicial. Isto porque não resta claro que o diálogo seja, juntamente com o sistema de freios e contrapesos, realmente efetivo para combater o empoderamento judicial. Na competição por mais poder, o destaque é dado pelo autor ao Poder Judiciário, resguardando-se que “[...] por mais que se critique o avanço do Judiciário no âmbito de tais desacordos políticos, existe uma certa aceitação social desse seu novo papel ou mesmo que tais acordos, que deram ensejo a uma certa supremacia do Judiciário, são, em grande medida frutos de arranjos políticos para o próprio benefício dos políticos”.<sup>37</sup>

Aliás, se bem observado o que defende Luc B. Tremblay, não existe realmente um diálogo entre poderes que legitime essa espécie de atuação “empoderada” do Judiciário, seja ele uma forma de diálogo como conversação, seja como deliberação.<sup>38,39</sup> Veja-se que as respostas do Poder Legislativo ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, podem ser encaradas como meras manifestações às impugnações legais ou emendas legislativas acatando as insurgências judiciais (uma mera aceitação/aquiescência), sem qualquer evidência da existência de um diálogo real e interativo entre iguais.

Da mesma maneira, não há que se falar que, tal como estabelecido na própria doutrina da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, um dado poder tenha poder de “mando” sobre o outro. O que se aponta, portanto, é para o risco desse “pseudo-diálogo” resultar, na verdade, em um monólogo judicial, ou seja, em mais uma forma de supremacia judicial ou, de modo inverso, como previu Luc B. Tremblay, em uma supremacia legislativa se, por acaso, invertêssemos o poder da “última palavra” ao Legislativo.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. p. 74.

<sup>38</sup> TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. p. 630-646.

<sup>39</sup> O autor classifica o diálogo em dois subgrupos/modalidades: diálogo como conversação e diálogo como deliberação. Ver TREMBAY, 2005, p. 630 e ss.

<sup>40</sup> TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. p. 622.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Sob esse último aspecto, mesmo sendo a Constituição democraticamente superior à legislação ordinária (e, por esse motivo, o Poder Judiciário tivesse *pedigree* suficiente para proferir a última palavra, uma vez que seu poder também emana da Constituição e, pelo menos no caso brasileiro, o Judiciário é tido como “guardião” do texto constitucional), isso não quer dizer que necessariamente os juízes e os tribunais devam ter o poder de revisar a legislação. Ainda, na medida em que a legitimidade política é uma questão de genealogia democrática (*pedigree*), o autor afirma caber ao Legislativo, e não ao Judiciário, o direito moral de tomar as decisões finais com relação à interpretação e à aplicação constitucional<sup>41</sup> – exatamente porque se constitui em um poder eleito, representativo dos interesses do povo.

Tremblay destaca ainda a análise de Jean Leclair, para quem a teoria do diálogo institucional, como tratada pela Suprema Corte canadense em *Vriend v. Alberta* (1998) e em *R. v. Mills* (1999), deveria ser enjeitada, pois se o diálogo pretende tornar cada um dos ramos algo *accountable* para o outro, pareceria existir uma certa inconsistência com o princípio normativo da separação de poderes, tão necessária à liberdade individual (tal como se pressupunha na sua origem, conforme relatado acima), quanto na atribuição da legitimidade dos Poderes Legislativo e Judiciário.<sup>42</sup>

O diálogo institucional, como modo de legitimação do controle de constitucionalidade, nesse sentido, acabaria por ultrapassar os limites da própria separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos.

As objeções da Gargarella aos diálogos também apontam na direção de dificuldades institucionais e da legitimação democrática. Para ele, um dos principais problemas que podem ser relacionados aos instrumentos “dialogicos” refere-se à sua oclusão à participação protagonista dos cidadãos. Regra geral, o que se vê são processos de tomada de decisão marcados em demasia pela presença de magistrados e executivos hiperativos e poderosos. Há uma

---

<sup>41</sup> TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. p. 622.

<sup>42</sup> LECLAIR, J. apud TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. P. 629-630.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

apropriação judicial da última palavra institucional. Independentemente do uso do diálogo como forma de reaproximar poderes, para o autor há a necessidade de uma realocação do Legislativo para um lugar de importância tanto quanto o Judiciário, ou seja, de uma recuperação do lugar do povo na política.<sup>43</sup>

Portanto, a noção de sistema constitucional baseado no diálogo democrático e de freios e contrapesos não serve bem e até mesmo dificulta o desenvolvimento de uma prática efetiva do diálogo constitucional. O sistema de freios e contrapesos surgiu para “canalizar a guerra social e política”. Ele veio como forma de impedir a mútua opressão entre poderes estatais, de modo que tais objetivos, ainda que valiosos e fundamentais, não se coadunam com a intenção de consolidar uma cultura dialógica. Assevera, ainda, que hoje temos um sistema organizado a partir da “lógica da guerra”, que não contribui para desembaraçar a “lógica do diálogo”.<sup>44</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que não existe um diálogo democrático onde não há povo, de sorte que, aos que buscam defender o diálogo democrático entre as diferentes esferas do poder, bem como entre elas e a sociedade como um todo (lembrando aqui da ideia de participação popular na tomada de decisões), devem pensar em reformar o sistema de freios e contrapesos ao invés de insistir nesse caminho a fim de avigorar um modelo de diálogo constitucional.<sup>45</sup>

Aliás, se o diálogo entre os poderes, por si só, não é capaz de solucionar o problema da “última palavra”, seja ela repassada ao Judiciário ou ao Legislativo, como obstaculizar então o “absolutismo” de um só poder? Se não há que se falar em colaboração, em deliberação conjunta, como destaca Luc B. Tremblay, então como evitar uma possível tirania?

Ao passo que seria correto afirmar que decisões judiciais finais são vinculativas, isto é, unem as partes do processo, de outro não se pode dizer que a “capacidade de dar a última palavra em assuntos constitucionais considerados em uma acepção

---

<sup>43</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. p. 149.

<sup>44</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. p. 151.

<sup>45</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. p. 152.



BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

mais ampla” pertença exclusivamente ao Judiciário.<sup>46</sup> Ou seja, os ramos democraticamente eleitos, muitas vezes, fazem sua vontade prevalecer sobre a decisão judicial – os exemplos são diversos no histórico norte-americano, dentre eles: *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

De toda forma, o que se pode concluir é que não há como justificar que, se a democracia representa um ganho civilizatório em relação aos modelos aristocráticos, a vontade do Poder Judiciário predomine sobre a vontade manifestada pelos órgãos representativos, os quais estão sujeitos à prestação de contas eleitoral.<sup>47</sup> É nesse ponto que a teoria dialógica merece ser analisada e debatida, ainda que possua seus aspectos negativos. A teoria merece observância tanto por representar uma tentativa de freio à supremacia judicial quanto por se consubstanciar na discussão acerca do caráter antidemocrático do controle judicial de constitucionalidade.

Em suma, o diálogo institucional quando usado de maneira incorreta pode ser visto como um modo de reinterpretar a relação existente entre Poder Judiciário e Legislativo que, não necessariamente, serve os interesses do povo – razão de ser de uma democracia e essência da motivação da teoria da separação dos poderes. Por outro lado, o diálogo, usado de maneira forma correta, baseada na preocupação de ouvir o povo poderia enriquecer o debate democrático – tornaria, inclusive, o diálogo institucional mais *accountable*.

#### **4. A PERSPECTIVA DIALÓGICA PRECONIZADA PELA PEC 33/2011 NO BRASIL**

A Reforma do Judiciário operada pela Emenda Constitucional n. 45, conhecida como a Emenda da Reforma (do Judiciário) apontou na direção da ampliação do controle concentrado de constitucionalidade e em mecanismos que, se de um lado poderiam propiciar segurança e estabilidade jurídica nos julgamentos, de outro

---

<sup>46</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. p. 334.

<sup>47</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. p. 313.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

importariam no fortalecimento do exercício do *judicial review*, especialmente por parte do Supremo Tribunal federal.

Uma reação ao protagonismo político do STF que evidenciou a disputa de poder entre o Legislativo e o Executivo foi a tramitação e o arquivamento da Proposta de Emenda Constitucional n. 33 de 2011 (PEC 33/2011). Como ressaltou Benvindo na PEC 33/2011 destaca-se o conflito entre Judiciário e Legislativo na demarcação dos limites da atuação de cada um<sup>48</sup>.

Aliás, a fundamentação da própria PEC 33/2011 deu-se no sentido de explicitar a postura de legislador positivo do STF. Seu escopo era demonstrar os riscos dessa atuação do STF, como um superlegislativo, em que não se pudesse prever qualquer possibilidade de controle formal ou institucional de suas decisões.<sup>49</sup> Propunha dificultar o controle constitucional, reduzindo a abrangência do controle do STF e restringindo seu espaço de poder, mudando a natureza de um dos principais instrumentos de controle e retirar, definitivamente, do STF a primazia político-institucional estribada na última palavra acerca da Constituição.<sup>50</sup>

A polêmica travada em razão da PEC 33/2011 é que justamente em decorrência de buscar conter a supremacia judicial, poderia, segundo seus opositores, ameaçar a independência do Judiciário. A referida Proposta foi objeto de crítica nesse aspecto, sob a alegação de comprometer o regime democrático e o princípio da separação de poderes.<sup>51</sup>

Explica-se. A PEC 33/2011 veiculava três pautas que objetivavam modificar alguns pontos centrais no ordenamento jurídico vigente, no sentido de delimitar o exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O primeiro tópico merecedor de destaque é a majoração do quórum para que um

---

<sup>48</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. p. 77.

<sup>49</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011:** uma discussão necessária. Orientador: Argemiro Moreira Martins. 2016. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 159.

<sup>50</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011:** uma discussão necessária. p. 160.

<sup>51</sup> BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC 33/2011. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013. p. 794.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

tribunal ou seus órgãos especiais, em sede de controle difuso, ou seja, pela via recursal e via de regra na análise de um caso concreto, pudesse modificar o entendimento sobre a constitucionalidade de uma lei. Desde o ponto de vista dos apoiadores da PEC, as leis gozam da presunção de constitucionalidade e, mesmo que essa seja relativa, modificar a lei, para que se possa reverter essa presunção e declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deveria ser exigida das Cortes um entendimento mais sólido do que o expresso do que a maioria simples então exigida. Os opositores da PEC, em contrapartida, argumentavam que esse quórum visava dificultar a mudança do entendimento sobre a constitucionalidade da lei pelo judiciário, o que afetaria sua independência em por via de consequência, a separação de poderes, cláusula pétrea da Constituição brasileira.

O segundo item de mudança trazido pela PEC 33/2011 tratava da súmula vinculante. O texto sugerido ampliava o quórum para sua edição e condicionaria a súmula à aprovação do Legislativo, instituindo um controle direto deste Poder, a fim de obstar eventuais arbitrariedades do Judiciário.<sup>52</sup>

O terceiro enfoque, por sua vez, está relacionado ao controle de emendas constitucionais. A proposta era que fosse vedado ao STF a suspensão da eficácia de emenda constitucional por medida cautelar. Além disso, oportunizar ao Legislativo a interferência no controle de constitucionalidade realizado pela Corte Suprema, cabendo ao primeiro decidir quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais, abrindo-se, inclusive, a possibilidade de realização de consulta popular em caso de manifestação contrária do Congresso Nacional à decisão judicial do STF a fim de dirimir a controvérsia.<sup>53</sup>

A PEC 33/2011 chegou a ser aprovada na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), tendo, de início, franca adesão parlamentar, embora alguns partidos de oposição tenham se manifestado contrariamente à discussão. O STF contestou tal anuência e reagiu, contrariamente, de diversas formas. A primeira foi com a proposta da Medida de Segurança n. 32.033, pelo Ministro Gilmar

---

<sup>52</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011: uma discussão necessária.** p. 160-161.

<sup>53</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011: uma discussão necessária.** p. 161.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Mendes, contra a tramitação e a deliberação do Projeto de Lei n. 4.470/2012 do Senado Federal. A decisão monocrática do Ministro interferiu diretamente em matéria político-partidária do Legislativo. Não obstante, tal Medida de Segurança acabou sendo cassada pelo próprio STF, de modo que o Projeto de Lei n. 4.470/2012 foi convertido na Lei n. 12.875/2013. Se não bastasse, pouco tempo depois, no julgamento da ADI 5105, o STF fez prevalecer sua orientação em face do Legislativo a respeito da mesma matéria.<sup>54</sup>

Além disso, existiram várias insurgências por meio da imprensa a fim de impedir o êxito da PEC. Houve, inclusive, decisão em Mandado de Segurança (n. 32.036) ordenando que a Câmara de Deputados apresentasse justificativa a respeito da PEC.<sup>55</sup> De modo que, em 31 de janeiro de 2015, o Presidente da Câmara se comprometeu a não instalar comissão especial para que se procedesse o prosseguimento da PEC, acarretando o seu arquivamento no Legislativo.<sup>56</sup>

O que restou evidente no cenário que envolveu a PEC 33/2011 é que qualquer tentativa de imposição de limites ao Judiciário, com a criação de um poder deliberativo final mediante a participação dos representantes eleitos e da sociedade, buscando reestabelecer o equilíbrio democrático, é motivo de forte oposição, seja pelo STF,<sup>57</sup> seja pelo Judiciário de maneira geral. Ademais, embora a PEC tenha apontado um problema e oferecido um caminho, qual seja, a imposição de limites mínimos e necessário ao STF, é importante notar que ela não tocou todos os pontos relativos à judicialização da política e do ativismo judicial.<sup>58</sup>

São muitas as críticas que se pode estabelecer, seja a favor ou contra a tramitação da referida PEC. Nesse sentido, Cláudio Ladeira de Oliveira afirma que "o discurso de primazia do Judiciário não é senão um bordão que explica os anseios

---

<sup>54</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011:** uma discussão necessária. p. 162-163.

<sup>55</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011:** uma discussão necessária. p. 162-163.

<sup>56</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011:** uma discussão necessária. p. 163.

<sup>57</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011:** uma discussão necessária. p. 163.

<sup>58</sup> FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011:** uma discussão necessária. p. 169.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

aristocráticos de parte dos profissionais do ramo, o de viver numa 'juristocracia': o governo dos juízes, pelos juízes, para os juízes".<sup>59</sup>

Para Juliano Zaiden Benvindo, a PEC 33/2011 evidencia o conflito, o desacordo político, sendo a última palavra pertencente ao Judiciário. Ele desconstrói as ideias de que "não há conflito, mas um diálogo harmônico entre os poderes" e que o "desacordo político sobre direitos é mais bem resolvido pelo Judiciário, sobretudo diante de suas capacidades técnicas e propósito de defesa de minorias". Da mesma forma, desfaz a noção de que "a última palavra é do Judiciário e qualquer tentativa de se interpretar diferentemente ferirá os mais basilares princípios do constitucionalismo democrático".<sup>60</sup>

A ideia trazida, ao analisar a PEC 33/2011, é demonstrar necessariamente que a harmonia entre os poderes é problemática e pouco sustentável, que "muito mais do que diálogo e harmonia, há, sem dúvida, uma disputa por poder, que se consubstancia em termos discursivos próprios".<sup>61</sup>

O que se observa é um Judiciário que reage a uma proposta parlamentar que restringiria parcialmente seus poderes e que usa de estratégias de persuasão pública para gizar o que se espera de uma democracia constitucional, na qual o Judiciário é o seu defensor contra possíveis riscos de um retrocesso autoritário – papel de defensor libertário do Poder Judiciário versus "papel retaliativo, político e interessado do parlamento".<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição**, 2013. Disponível em: <<https://paginadoenock.com.br/claudio-ladeira-de-oliveira-pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da-constituicao/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

<sup>60</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. p. 80.

<sup>61</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. p. 81.

<sup>62</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. p. 81.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir das discussões elencadas neste artigo, conclui-se que, ao passo que o diálogo institucional encontra diversas formas de incorporação ao sistema democrático, ele não constitui-se como uma finalidade específica de nenhum dos poderes e, de resto, não é uma preocupação central na teoria da tripartição de poderes, mas poderia ser utilizado como forma de assegurar uma atuação colaborativa entre os poderes e limitar a atuação eventualmente abusiva do Judiciário. O problema justamente é que, na prática, o exercício do diálogo de forma equânime, cooperativa e recíproca não se mostra possível. Ele se transforma, na verdade, em uma disputa por poder entre as instituições estatais.

Ademais, o diálogo institucional não necessariamente soluciona a problemática acerca da supremacia judicial e o fato de que o Poder Judiciário, por intermédio do controle de constitucionalidade, possa fazer prevalecer os seus interesses quando há controvérsias políticas, sociais e econômicas. O diálogo também não é, infalivelmente, a chave para a devolução do poder último, máximo, ao povo (aqui entendido como povo, propriamente dito, ou seus representantes).

Constata-se, ainda, a existência de argumentos a favor e contrários ao diálogo institucional: enquanto por um lado ele pode servir para combater a supremacia judicial e o sufocamento dos demais poderes, por outro, percebe-se que o que lhe falta é a eficiência no diálogo aberto e entre iguais, bem como a participação popular, em prol da democracia e do constitucionalismo.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BARBOSA, Claudia Maria. Algunos aspectos de la independencia judicial en Brasil. In: **Independencia judicial en América Latina: ¿De quien, para que, como?**. Bogota: Ilsa, 2004, p. 417-437.

BATEUP, Christine A. The Dialogue Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

**Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC 33/2011. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BILLINGSLEY, Barbara. Listening to the Dialogue: An Examination of the Degree of Public and Media Attention Provided to the Legislative Responses to Court Decisions Involving Equality Rights and Sexual Orientation. **Dialogues about Justice: The Public, Legislators, Courts and the Media**. October, Hull, QC, 2002. Disponível em: <[https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/billingsleybarb\\_27-60.pdf](https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/billingsleybarb_27-60.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2019.

FIRMINO, Paulo Augusto Duarte. **Do processo de fortalecimento político-institucional do STF à PEC 33/2011**: uma discussão necessária. Orientador: Argemiro Moreira Martins. 2016. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

FONSECA, Claudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. **Caderno de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista, n. 15, p. 35-57, jul./dez. 2013.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Universidad Torcuato di Tella, Escuela de Derecho, v. 14, p. 75-118, dez. 2013. Disponível em: <[https://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

LECLAIR, Jean. La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien: un concept qui dessert les intérêts du citoyen?. **Dialogues about Justice: The Public, Legislators, Courts and the Media**. October, Hull, QC, 2002. Disponível em: <<https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/09/625.pdf?id=7925&1531924967>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MACHADO, Donisete Edinilson. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

MADISON, James. Exame e explicação do princípio da separação dos poderes. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

MAIA, Maurilio Casas. A separação de poderes no Brasil hoje. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 25, n. 104, p. 15-36, nov./dez. 2017.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 6ª ed. Trad. de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-esp%C3%ADrito-das-leis>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição**, 2013. Disponível em: <<https://paginadoenock.com.br/claudio-ladeira-de-oliveira-pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da-constituicao/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo judicial: qual o limite do Poder Judiciário? **Revista Bonijuris**, v. 29, n. 641, p. 24-28, abr. 2017.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo judicial no processo civil**: limites e possibilidades constitucionais. Campinas: Servanda, 2012.

SILVA, Eduardo Fernandes da. Excesso de jurisdição ou escassez de política: apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 62, p. 209-230, jan./jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, I-CON, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005. Disponível em: <[https://watermark.silverchair.com/moi042.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW\\_Ercy7Dm3ZL\\_9Cf3qfKAc485ysgAAAZ0wggGZBqkqhkiG9w0BBwagggGKMII BhgIBADCCAX8GCSqGSIb3DQEHATAeBglghkgBZQMEAS4wEQQM44sNxfQzjHhX2X3-AgEQqIIBUEbEQBgLA74McxAeUIKLB0XmxcECrLflBkYaponndRPhbP\\_GPWZDD3L8stKye5q1E5gTb-2iXpkQLMTP8pTv7e-xaIxfjPdtKflHiOd-DPDr85mdYKnYgxfYILohXP74BgPQf7hpUWufNygRndyf1sc\\_PuyRZxv7scIpe1AGF2i](https://watermark.silverchair.com/moi042.pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAZ0wggGZBqkqhkiG9w0BBwagggGKMII BhgIBADCCAX8GCSqGSIb3DQEHATAeBglghkgBZQMEAS4wEQQM44sNxfQzjHhX2X3-AgEQqIIBUEbEQBgLA74McxAeUIKLB0XmxcECrLflBkYaponndRPhbP_GPWZDD3L8stKye5q1E5gTb-2iXpkQLMTP8pTv7e-xaIxfjPdtKflHiOd-DPDr85mdYKnYgxfYILohXP74BgPQf7hpUWufNygRndyf1sc_PuyRZxv7scIpe1AGF2i)>



BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia Maria. O diálogo entre poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

1Q42cHk2BXXnavTwzJHrRSoTEeqY0HQKWQJrmo7pECjf9oTtS8-mv22CtiM-s9NosYB0iJ7Ob8PIr\_SNTwz-0MtePcoi1tN7QP98EGkg5SRZhxHv-7ZqHGpT24MgRIfL8aqpdP4HNAJY8SCA1yeoLx3Hqvc5TAePa6nHJlejka7LrXflvYyW8EVBWf4LKFEdQzHIGPWwT9oNGVrQMYhMIsssJ-hiMO5GAQ25kzBcR-0N52rfXmCxhvCAfL3Esl4IQxmUcJqGYDnOP\_\_OIMA>. Acesso em: 30 jul. 2018.

RECEBIDO EM: JUN/2019

APROVADO EM: JUL/2021

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## **INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 103/2019 QUANTO À FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A APOSENTADORIA ESPECIAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO**

*UNCONSTITUTIONALITY OF EC 103/2019 AS TO FIXING THE MINIMUM AGE FOR SPECIAL RETIREMENT: AN APPROACH IN LIGHT OF FUNDAMENTAL LAW TO A BALANCED WORKING ENVIRONMENT*

**Gabriela Pietsch Serafin<sup>1</sup>**

**Erika Giovanini Reupke<sup>2</sup>**

**Gilson Jacobsen<sup>3</sup>**

### **RESUMO**

Este trabalho apresenta uma reflexão acerca do direito à aposentadoria especial e da fixação de idade mínima à sua fruição pela Emenda Constitucional 103/2019. A abordagem do tema explora o Estado Social, a dignidade humana e proteção social, trilhando pelo direito fundamental ao ambiente de trabalho equilibrado e à aposentadoria especial, benefício previdenciário que busca, na redução de tempo à inativação, a proteção da saúde e da vida do trabalhador-segurado sujeito a agentes nocivos em seu labor. Analisa a constitucionalidade da fixação de idade mínima à aposentadoria especial no que toca à proteção da saúde e da vida. A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa são realizados com base no método indutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Social. Direito Previdenciário. Aposentadoria Especial. Emenda Constitucional 103/2019. Constitucionalidade.

---

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Professora convidada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Previdenciário da UNESC. Juíza Federal lotada na 3ª Vara Federal de Criciúma. E-mail: [gpserafin.jfsc@gmail.com](mailto:gpserafin.jfsc@gmail.com).

2 Mestranda pelo Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professora de Direito Administrativo da Escola Superior da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina - ESMAFESC e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC. Juíza Federal lotada na 2ª Turma Recursal de Santa Catarina, em Florianópolis. E-mail: [erika.reupke@trf4.jus.br](mailto:erika.reupke@trf4.jus.br).

3 Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna - UNIBO/Itália; Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/Brasil; Dottore di Ricerca in Diritto pubblico presso Università Degli Studi di Perugia - UNIPG/Itália; Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Juiz Federal lotado na 3ª Turma Recursal de Santa Catarina, em Florianópolis. E-mail: [giljacobsen@gmail.com](mailto:giljacobsen@gmail.com) | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8250-8902>.

## **ABSTRACT**

This paper presents a reflection on the right to special retirement and the establishment of a minimum age for its enjoyment by Constitutional Amendment 103/2019. The approach to the theme explores the Welfare State, human dignity and social protection, walking for the fundamental right to a balanced work environment and special retirement, a social security benefit that seeks to reduce the time of inactivation to protect the health and life of the worker covered with social benefits subject to harmful agents in his/her work. It analyzes the constitutionality of setting a minimum age for special retirement with regard to health and life protection. Research, data processing and reporting are conducted on the basis of the inductive method.

**KEYWORDS:** Social Law. Social Security Law. Special Retirement. Constitutional Amendment 103/2019. Constitutionality.

## **INTRODUÇÃO**

O presente estudo apresenta uma reflexão acerca da aposentadoria especial e da alteração perpetrada pela Emenda Constitucional 103/2019, notadamente em relação à fixação de idade mínima para essa espécie de aposentadoria.

A abordagem inicia com a análise do Estado Social e Democrático de Direito e do direito previdenciário como direito fundamental material, cuja função é a proteção social à dignidade humana.

O trabalho também perpassa pelo direito fundamental ao ambiente de trabalho equilibrado e pela aposentadoria especial, com exame de sua natureza jurídica, evolução legislativa e proteção social à qual se destina, chegando à introdução da idade mínima como requisito à sua concessão, pela Emenda Constitucional 103/2019. E, a partir da visão constitucional originária de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente de trabalho equilibrado, inclusive com análise da decisão do STF no Tema 709<sup>4</sup>, propõe a inconstitucionalidade da norma derivada na estipulação da idade mínima.

A pesquisa pretende responder se, na aposentadoria especial, haverá eficácia da norma protetiva de preservação da vida, da saúde e do princípio da dignidade

---

4 Recurso Extraordinário 791.961, tese julgada em 08.06.2020: "709 - Possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde" (BRASIL, 2020).

humana ao se fixar idade mínima à sua fruição. E tem como objetivo geral dar a compreender o contexto legislativo e doutrinário em que se insere a matéria, além de demonstrar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 103/2019 ao estabelecer uma idade mínima para a aposentadoria especial.

Seu propósito é demonstrar, como principal contribuição, que a proteção subjacente a todo o ideário de uma aposentadoria especial, ao delimitar o tempo de exposição a agentes nocivos, nunca foi fortuita ou fruto do acaso, mas, sim, que partiu da análise das condições epidemiológicas de exposição a agentes agressivos à saúde, buscando a garantia da saúde e da vida do trabalhador.

Assim, não haveria razão científica para que análises econômicas, financeiras ou demográficas justificassem a manutenção do trabalhador em atividade nociva à sua saúde até o cômputo de idade em tempo superior ao exigido à aposentação.

A justificativa para a presente imersão está fundamentada na necessidade de um estudo acadêmico sobre essa alteração substancial na aposentadoria especial; e sua relevância científica está em poder contribuir, de algum modo, para se demonstrar que a natureza jurídica da aposentadoria especial não se mostra condizente com a exigência de idade mínima.

Para tanto, utilizam-se os seguintes referenciais teóricos: Garcia-Pelayo, quanto ao Estado Social e Democrático de Direito; Herrera Flores, sobre dignidade humana e proteção social; Castro, Lazzari e Martins, para aposentadoria especial; Silva, Padilha e Melo, no que diz respeito ao direito ao meio ambiente equilibrado do trabalho; e, por fim, acerca de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, a luz interpretativa do Supremo Tribunal Federal.

Para além desta Introdução, o artigo está estruturado nas seguintes subseções: 2 Estado Social e Democrático de Direito; 3 Dignidade humana e proteção social; 4 Do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado; 5 Do direito à aposentadoria especial; 6 Do julgamento do Tema 709 do Supremo Tribunal Federal: constitucionalidade do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91 - impossibilidade de percepção do benefício de aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

nocivas a sua saúde; 7 Aposentadoria especial: desconstituição inconstitucional de um direito; 8 Considerações finais; 9 Referências.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo, que também é a base de abordagem para o desenvolvimento do presente trabalho. Na fase de tratamento de dados, recorreu-se ao método analítico em combinação com o método histórico, sendo que a técnica da pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos científicos e legislação pertinente, forneceu o suporte investigatório.

## **1. ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Pela lógica liberal, ao Estado incumbia apenas a defesa do indivíduo contra a autoridade, o que favorecia as aspirações da classe economicamente dominante naquela época. Paulo Bonavides<sup>5</sup>, ao referir-se à base ideológica daquele sistema, classifica-o como o da tutela do indivíduo e da propriedade privada, “premissa essencial do sistema capitalista”.

Por outro lado, com o avançar do tempo, a vontade geral passa a ser a base instrumental política do Estado Social, pois permite “acesso a um socialismo moderado, por via democrática”<sup>6</sup>

Realmente, segundo Paulo Márcio Cruz<sup>7</sup>, com o tempo, a igualdade meramente formal já não era suficiente para a nova sociedade surgida da industrialização burguesa, e, a partir das três primeiras décadas do século XX, o Estado Contemporâneo [Liberalismo Contemporâneo] sucedeu o Estado Liberal original. Assim, com a Revolução Russa, a crise do capitalismo de 1929 e as duas grandes guerras, o liberalismo ganhou novos contornos e tornou-se mais permissivo.

Chama-se Liberalismo Contemporâneo aquele surgido após a Primeira Guerra Mundial, ainda com amplas esferas de liberdade, mas já admitindo a intervenção

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**: 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 168.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**: 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 170-175.

<sup>7</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 109.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

do Estado em alguns âmbitos sociais<sup>8</sup>

Esse avanço, porém, não foi uniforme nem foi perceptível em todos os Estados. Isso porque, lembra Cruz<sup>9</sup>: “alguns países enfrentaram a crise do Estado liberal substituindo-o por ditaduras, militares ou civis, ou por Estados totalitários”. Outros, no entanto, “entraram numa decisiva via de ampliação da representação política, reformismo social – assumindo os direitos sociais – e intervencionismo redistributivo”.

Entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o início dos anos setenta passa a haver um consenso, nos países ocidentais com regimes democráticos, entre todas as forças políticas majoritárias na aplicação das assim chamadas políticas de Estado de Bem-Estar<sup>10</sup>. Dito Estado de Bem-Estar, ainda com raiz filosófica no utilitarismo, propugnava a maior felicidade para o maior número de pessoas, mas não resistiria, no final dos anos setenta, ao esgotamento do modelo keynesiano. E o que se observou, então, foi o retorno de teses liberais que se supunham superadas<sup>11</sup>

Em nota de rodapé, Cruz<sup>12</sup>, tece oportuno esclarecimento: “Estado de Bem-Estar é sinônimo de Estado Social-Democrata ou simplesmente Estado Social, que são denominações diferentes para um mesmo modelo ideológico de Estado, cada um deles com algumas características próprias, [...]”.

O Estado passou a chamar para si - sobretudo por meio da intervenção direta nos domínios econômico, social e cultural - a solução dos problemas mais emergentes da sociedade. Fez-se sentir a sensação generalizada de que a

---

<sup>8</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 120.

<sup>9</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 12.

<sup>10</sup> “Estado de Bem-Estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretendeu superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.” (CRUZ, 2003, p. 163).

<sup>11</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 123.

<sup>12</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 163-164.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

intervenção do Estado era algo indispensável, ao menos para se alcançar o crescimento econômico sob regras capitalistas e para se garantir a paz<sup>13</sup>

E as Constituições mexicana [1917] e alemã de Weimar<sup>14</sup> [1919] foram as primeiras a prever, expressamente, a intervenção estatal nos domínios social e econômico. No Brasil, a Constituição de 1934, logo revogada pela Constituição de 1937, também previu, amplamente, a intervenção do Estado. Época em que se forjou a expressão Estado Social, por inspiração de Hermann Heller<sup>15</sup>

Norberto Bobbio<sup>16</sup>, formula oportuna síntese acerca da transformação do Estado, cotejando-a com a evolução dos direitos e dos próprios indivíduos:

No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Novais<sup>17</sup>, afirma que ao Estado Social não implica apenas o mero intervencionismo, mas também uma nova configuração e interação nas relações entre Estado e sociedade. Trata-se, desse modo, de vinculação ao princípio democrático, em que o cidadão não é apenas receptor de políticas públicas, mas participante ativo de sua elaboração. A esse respeito, como refere Garcia-Pelayo<sup>18</sup>, o que caracteriza o Estado Social não é a função assistencial nem a política de bem-estar, mas sim a sua própria configuração global. Trata-se de uma democracia social que reivindica a socialização do Estado, a fim de que os cidadãos participem da formação de sua vontade política, bem como da

---

<sup>13</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 164 e p. 186.

<sup>14</sup> Cidade da Saxônia na qual a Constituição Alemã de 1919 foi aprovada.

<sup>15</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 210-211.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61.

<sup>17</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006, p. 183.

<sup>18</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

distribuição e atribuição de bens e serviços. Garcia-Pelayo<sup>19</sup>, caracteriza o Estado Social nos seguintes termos:

[...], por Estado Social devemos entender não apenas uma configuração histórica concreta, mas também um conceito claro e distinto frente a outras estruturas estatais. Por isso, precisamos considerá-lo como um sistema democraticamente organizado, ou seja, como um sistema onde a sociedade não só participa passivamente como receptora de bens e serviços. Trata-se de um sistema em que, através de suas organizações, a sociedade é parte ativa na formulação da vontade geral do Estado, bem como na construção das políticas distributivas e de outras prestações estatais. Dito de outro modo, qualquer que seja o conteúdo social, sua atualização precisa vincular-se a um processo democrático, mais complexo, certamente, do que a simples democracia política, uma vez que ele deve estender-se a outras dimensões.

Com base nessas premissas, ou seja, no entendimento do Estado Social como um sistema democraticamente organizado, exsurge a ideia de Estado Democrático de Direito, o qual possui estrutura similar à do modelo clássico liberal, com suas garantias jurídico-legais, e também é dotado da preocupação social intrínseca ao Estado Social. Para Novais<sup>20</sup>, o Estado Social e Democrático de Direito é:

[...] conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual - acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas.

Essa nova forma de Estado vai além, pois visa a incorporar, concretamente, o princípio democrático como seu elemento constitutivo, de forma a garantir a

---

<sup>19</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

<sup>20</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006, p. 218.



SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

justiça social e a efetiva participação do povo no controle das decisões estatais.

Conforme Silva<sup>21</sup>:

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político.

A concretização do pensamento democrático encontra diversos obstáculos, razão pela qual se pode dizer que o Estado Social e Democrático de Direito representa um intento de vir a ser, evitando-se, sempre, qualquer retrocesso.

Nesse sentido, Sarlet<sup>22</sup> defende a vedação de retrocesso social como princípio constitucional fundamental implícito, aplicável a todos os direitos fundamentais, mas, especialmente, aos direitos sociais prestacionais, extraído tanto do princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto do princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Lembra, ainda, que, conforme observações feitas por Abramovich e Courtis<sup>23</sup> o sistema de proteção internacional impõe a progressiva implementação da proteção social por parte dos Estados, estando implicitamente vedado, por isso, o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 450-451.

<sup>23</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 92.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 448.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## 2. DIGNIDADE HUMANA E PROTEÇÃO SOCIAL

A dignidade humana é reconhecida como um valor supremo, o primeiro dos valores fundamentais em torno do qual gravitam todas as demais normas, em especial as normas que definem direitos fundamentais e direitos humanos.

Devem sempre (os direitos fundamentais e humanos) ser contextualizados dentro das relações sociais, abandonando a perspectiva abstrata e formalista que tradicionalmente lhes é atribuída, permitindo sua materialização como forma de combate à desigualdade e à injustiça social.

Nas palavras de Herrera Flores<sup>25</sup>:

Os direitos humanos não são categorias prévias à ação política ou às práticas econômicas. A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta pela democracia e pela justiça. Não estamos diante de privilégios, meras declarações de boas intenções ou postulados metafísicos que exponham uma definição da natureza humana isolada das situações vitais. Pelo contrário, os direitos humanos constituem a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado.

Por isso mesmo, todo o conjunto de direitos e garantias que resguardam os seres humanos, “detém como finalidade básica o respeito a sua dignidade, esta adquirida mediante a proteção contra o poder do Estado e a instituição de condições mínimas para a vivência e o desenvolvimento da personalidade humana, bem como o seu pleno crescimento e bem-estar”<sup>26</sup>

O constituinte de 1988 procurou assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, concedendo primazia à garantia da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais. No preâmbulo da nova ordem constitucional consta a

<sup>25</sup> HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 19.

<sup>26</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; FERRER, Gabriel Real. **O Processo de Internacionalização da Proteção Ambiental e dos Direitos Humanos**. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; DANTAS, Marcelo Buzaglo; GIMENEZ, Andrés Molina (Org.). Sociedade, Governança e Meio Ambiente [recurso eletrônico]. 1 ed. Itajaí: UNIVALI, 2017 (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade; t. 3), p. 197. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/Ebook%202017%20SOCIEDADE,%20GOVERNAN%C3%87A%20E%20MEIO%20AMBIENTE%20%E2%80%93%20TOMO%2003.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

finalidade de se assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O sistema de Seguridade Social eleito foi construído sobre os pilares trazidos pelos novos valores e fundamentos elencados no preâmbulo e nos artigos 1º e 3º da Constituição, e foi inserido em um capítulo à parte, distinto dos direitos dos trabalhadores, dentro da Ordem Social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

O direito à Previdência Social vem expressamente consagrado no artigo 6º da Constituição Federal como direito social, erigido à proteção diferenciada do artigo 5º, § 1º, e do artigo 60, § 4º, inciso IV, ambos da Carta de 1988, já que os direitos sociais integram o Título II da Constituição, que prevê os direitos e garantias fundamentais. Além disso, pela sua especial ligação aos valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, para além de ser promotor de uma sociedade livre, justa e solidária, responsável, também, parcialmente, pela erradicação da pobreza e da marginalização e pela redução das desigualdades sociais, é possível atribuir-lhe, da mesma forma, fundamentalidade material<sup>27</sup>

Ainda que nem todos os direitos fundamentais possuam um conteúdo diretamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>28</sup>, no que tange ao direito à Previdência Social, ao menos em relação a grande parte de suas prestações, é possível relacioná-lo a tal princípio, já que, indubitavelmente, referido direito se conecta ao direito, à vida e à preservação da integridade física e moral, servindo de alavanca à promoção da liberdade e da igualdade material. Afinal, o amparo previdenciário garantido pela sociedade por intermédio do Estado não tem outra finalidade senão a de prover a subsistência dos indivíduos

---

<sup>27</sup> HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 77-78.

<sup>28</sup> HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 119-126.

- e dos que dele dependem -, que, por motivos diversos, têm sua capacidade laborativa subtraída ou mesmo negado o acesso ao trabalho.

Nesse sentido, Rocha<sup>29</sup>, ao citar lição de Benda, para quem a obrigação do Estado de respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode, de outra maneira, prover uma existência humanamente digna, justifica a fundamentalidade material do direito à Previdência Social, na medida em que:

[...] é justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a previdência evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.

Ligado aos direitos sociais, que têm por finalidade básica promover a liberdade do indivíduo através do Estado, o direito a uma Previdência Social implica, basicamente, na possibilidade de dispor do necessário para enfrentar as contingências que podem ocorrer na vida dos indivíduos. A finalidade da Previdência Social organizada pelo ente estatal é garantir a subsistência daqueles que sofrem as consequências de determinados riscos sociais estabelecidos pela legislação e que afetam a sua capacidade de subsistência.

A Seguridade Social e, por consequência, a Previdência Social podem ser definidas como direitos fundamentais: tem por finalidade a proteção daqueles que, por motivos diversos, necessitam da presença do Estado à subsistência, o que está intimamente vinculado à dignidade da pessoa humana.

A aposentadoria especial é um dos benefícios previdenciários que se destina a compensar o maior desgaste do segurado que trabalha em exposição a agentes

---

<sup>29</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 111.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

prejudiciais à saúde ou à integridade física<sup>30</sup> com a respectiva redução do tempo de serviço exigido, que pode ser de 15, 20 ou 25 anos, objetivando permitir que o segurado possa deixar de exercer a atividade prejudicial, resguardando sua saúde e sua vida.

### **3. DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO EQUILIBRADO**

A Constituição Federal de 1988 consagrou como obrigação do Poder Público a defesa, a preservação e a garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A menção constitucional ao meio ambiente do trabalho surge de forma oblíqua quando elenca como atribuição do Sistema Único de Saúde – SUS colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho – art. 200, VIII, da CF, BRASIL, 1988.

De fato, ainda que o meio ambiente não figure no título consagrado aos direitos e às garantias fundamentais, a doutrina considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem no plano material, e também no formal, direitos fundamentais.

De acordo com Canotilho<sup>31</sup>

A dimensão objetiva das normas-tarefa e normas-fim relativas ao meio ambiente apontam para a constitucionalização de bens (ou valores) jurídicos constitucionais relevantes na interpretação-concretização de outras regras e princípios, bem assim nos juízos de ponderação na solução de conflitos. As normas-fim e normas-tarefa ambientalmente relevantes são normas constitucionais impositivas. Mas, não apenas isso, também possuem um caráter dinâmico, no qual implica uma atualização e um aperfeiçoamento dos instrumentos

---

30 Redação original do art. 202, II, da CF/88 (atual redação pela EC 103/2019 – art. 201, §1º, II, a qual suprimiu agentes prejudiciais à integridade física) (BRASIL, 1988).

31 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**: o direito ao ambiente como direito subjetivo. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

destinados à proteção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas.

É possível concluir, da interpretação do artigo 225 da Constituição Federal, que a proteção ambiental, além de ser um direito, é também um dever fundamental, que se caracteriza pela obrigação, incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos, de manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado.

Nesse contexto, importante é a reflexão de Norma Sueli Padilha<sup>32</sup>:

Quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em meio ambiente ecologicamente equilibrado, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma sadia qualidade de vida necessita viver neste ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho.

José Afonso da Silva<sup>33</sup>, ao tratar do tema *meio ambiente do trabalho*, ensina:

Merece referência em separado o meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer que uma das atribuições do Sistema Único de Saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o trabalho.

Com o mesmo aprumo, Raimundo Simão de Melo<sup>34</sup> pondera:

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda a sociedade, que, no final das contas é quem custeia a previdência social, que, por inúmeras razões, corre o risco

---

<sup>32</sup> PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002, p. 32.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 21.

<sup>34</sup> MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 29.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

de não poder mais oferecer proteção até mesmo aos seus segurados no próximo século.

Importa mencionar, ademais, que tanto o princípio da precaução quanto o da prevenção, tão caros para a própria formação do direito ambiental, encontram fértil campo de aplicação no âmbito do meio ambiente de trabalho.

O princípio da prevenção exsurge expressamente nos incisos II, III, IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da CF/88<sup>35</sup>. Consiste na adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos certos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial, dando o benefício da dúvida em favor o meio ambiente devido à falta de certeza<sup>36</sup>

Marcelo Abelha Rodrigues<sup>37</sup> esclarece que, enquanto "a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisto."

---

<sup>35</sup> BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

<sup>36</sup> TIGRE, Maria Antonia. **Implementing Constitutional Environmental Rights in the Amazon Rainforest**. In: DALY, Erin; MAY, James R. (Edit.). *Implementing Environmental Constitutionalism: current global challenges*. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 73.

<sup>37</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 207.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Cristiane Derani<sup>38</sup> ressalta que a aplicação do princípio da precaução objetiva "garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo" e, por isso, antecede a sua manifestação. É um comportamento de cautela, que visa a precaver para evitar um possível risco, ainda que indefinido, procurando reduzir o "potencial danoso oriundo do conjunto de atividade." Precaução é atitude de cuidado, *in dubio pro securitate*, que assim surgiu como linha mestra do direito ambiental, cuja aplicação passa a ter importância cada vez maior, inclusive em se tratando de meio ambiente do trabalho, notadamente após a promulgação do Código Civil de 2002, que no parágrafo único do artigo 927 agasalhou a teoria do risco na fixação da responsabilidade objetiva.

Na seara trabalhista há um arcabouço infraconstitucional para sustentação do modelo de prevenção e de precaução. Com efeito, o inciso I do artigo 157 da CLT imputa às empresas a obrigação de "cumprir e fazer cumprir" as regras de segurança, enquanto o item II, do mesmo artigo, a de "instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais"; já o seu artigo 158 atribui aos empregados o encargo de "observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções" acima referidas<sup>39</sup>

A instituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho (CIPA) (NR 5), o Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) (NR 4), o Programa de Prevenção de riscos ambientais (PPRA) (NR 9) e o Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO) (NR 7) foram iniciativas pioneiras que demonstraram a importância da conduta de prevenção e precaução para evitar lesão à saúde do trabalhador, abrindo uma nova senda quanto à edificação do padrão normativo destinado a disciplinar o meio ambiente de trabalho.

O Decreto 7.602, de 7 de novembro de 2011, que dispõe sobre Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST, prioriza as ações de promoção,

---

<sup>38</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149-152.

<sup>39</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.



SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, apontando para a necessidade de eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

No âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) prestigia o princípio da prevenção em várias Convenções. A Convenção nº 148, por exemplo, que trata da contaminação do ar, ruído e vibrações, em seu art. 4º, item 1, determina que a legislação nacional deva dispor sobre a adoção de medidas no local de trabalho para prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações, e proteger os trabalhadores contra tais riscos. Já a Convenção de nº 155, que trata do tema saúde e segurança dos trabalhadores, aborda a questão da prevenção em várias passagens. Na parte II da referida Convenção, que trata dos Princípios de uma Política Nacional, em seu art. 4º, item 2, aborda-a como Princípio de Política Nacional. Na parte IV, que trata da ação em nível de empresa, no item 3 do art. 16 consta a determinação de fornecimento de equipamentos de proteção adequados a fim de prevenir os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde.

E, no que toca aos equipamentos de proteção adequados, destacam-se, na legislação trabalhista, o Equipamento de Proteção Coletiva (EPC) e o Equipamento de Proteção Individual (EPI). Os EPCs são equipamentos utilizados para proteção e segurança de um grupo de pessoas que realiza determinada tarefa ou atividade, agindo diretamente no ambiente de trabalho para eliminar/neutralizar os riscos. Já o EPI, por definição (item 6.1 da NR 6): “considera-se Equipamento de Proteção Individual (EPI), todo dispositivo ou produto de uso individual, utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho<sup>40</sup>.” O EPI não evita o acidente, ele tenta diminuir consequências graves ao trabalhador exposto a agentes nocivos.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978. **NR 6 - Equipamento De Proteção Individual – EPI**. Brasília, DF, 06 jul. 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-06.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Portanto, percebe-se que o princípio da prevenção tem vasta aplicação no meio ambiente do trabalho, determinando a adoção de medidas que visem a evitar a ocorrência do dano, por meio de ações preventivas, buscando a proteção do homem-trabalhador: labor em um ambiente equilibrado, respeitando sua dignidade humana. E, quando não há tal possibilidade, ou seja, a eliminação por completo de desequilíbrio no meio ambiente do trabalho, a própria legislação trabalhista determina uma compensação: o adicional de insalubridade.

A legislação previdenciária, de forma similar, protege esse trabalhador sujeito a agentes nocivos através da aposentadoria especial.

#### **4. DO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL**

A aposentadoria especial é benefício previdenciário criado na década de 1960 com o intuito de salvaguardar a saúde e a vida do trabalhador que laborar em meio ambiente de trabalho desequilibrado, nascida, assim, em sintonia com a legislação trabalhista – proteção ao trabalhador de atividades penosas, perigosas e insalubres. A denominação “especial” deixou evidente seu caráter excepcional, adquirindo essa nomenclatura e *status* constitucional a partir de 1988.

Foi a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, a chamada LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social, que garantiu a aposentação especial ao segurado que contasse com 50 (cinquenta) anos ou mais de idade, quinze anos de contribuição e tivesse trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos em atividades penosas, insalubres ou perigosas<sup>41</sup>. Havia também o enquadramento por categoria profissional, cujas atividades possuíam previsão absoluta de nocividade.

Regia o artigo legal:

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado

---

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 1960. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

durante 15(quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para êsse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo<sup>42</sup>

A subcomissão de seguro social que elaborou a LOPS assim justificou a redução do tempo de labor para esta modalidade de benefício:

Dúvida não paira que as profissões por sua natureza penosas (como a de ferroviários, propriamente dito) ou insalubres demandam uma idade limite inferior à que normalmente é adotada nos planos de seguro-velhice. Tais misteres sujeitam o segurado a um desgaste bem mais acentuado que no comum das profissões, tornando as mais das vezes praticamente inatingível o limite normal de sessenta e cinco anos. É justo, indubitavelmente, que para tais misteres se institua um seguro velhice de caráter excepcional, com a idade limite reduzida, como terminada o artigo 2º da Lei nº. 593<sup>43</sup>.

Referido texto de lei da LOPS foi expressamente revogado quanto ao requisito idade pelo art. 1º da Lei nº 5.440-A, de 1968: "Art. 1º. No art. 31 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) suprima-se a expressão '50 (cinquenta) anos de idade'<sup>44</sup>.

Tal requisito foi extirpado da legislação pela lei acima após Emendas apresentadas pelo Deputado Floriceno Paixão:

Justificativa de Emenda n. 1

A recente Lei nº. 4.130, de 28 de fevereiro de 1962, que suprimiu o fator idade para a concessão, pelo INPS, da aposentadoria por tempo de serviço. **Esqueceram-se os legisladores, entretanto, de estender a supressão ao mesmo requisito em relação à aposentadoria especial** de que trata o art. 31 da Lei Orgânica da Previdência Social, pois a aposentadoria especial é considerada uma

---

<sup>42</sup> BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 1960. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

<sup>43</sup> ROSA, Albino Pereira da. **A lei orgânica da Previdência Social**: sua interpretação e seu regulamento. Rio de Janeiro: Melso, 1960, p. 60-61.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968**. Altera o artigo 31 e dá nova redação do artigo 32 e seu § 1º da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social). Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5440a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5440a.htm). Acesso em: 26 fev. 2021

aposentadoria por tempo de serviço com prazos reduzidos em razão das condições penosas, de insalubridade ou de periculosidade, sob as quais os trabalhadores exercem suas atividades. Daí deve-se com maior razão, suprimir o fator idade como um dos requisitos para a concessão da aposentadoria chamada especial.

Sala de sessões, 21.1.1968. Justificativa de Emenda n. 2

A Lei nº. 4.130, de 28 de fevereiro de 1962, suprimiu por inteiro a exigência da idade (55) anos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço (3 ou 35 anos de serviço) na previdência social, mas o legislador se esqueceu de fazer o mesmo relativamente à aposentadoria chamada "especial", que é concedida ao "segurado que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres e perigosos, por decreto do Poder Executivo. **Como esse limite mínimo (50 anos de idade) é muito elevado, pretendemos sua alteração para 40 anos, por entender que a exigência, tal como está na lei, é altamente danosa ao trabalhador.** Na verdade, se este começa a trabalhar com 18 anos, exercendo uma atividade considerada altamente perigosa ou insalubre, por exemplo, já teria direito a requerer sua aposentadoria com 33 anos, mas não pode fazê-lo precisamente porque terá que aguardar que complete 50 anos de idade, isto é, terá que trabalhar mais 17 anos para fazer jus ao benefício aposentadoria especial. Sala de sessões, 29.1.1968<sup>45</sup>

Assevere-se que os decretos que regulamentaram a aposentadoria especial e que trouxeram as listas dos agentes agressivos para o enquadramento do tempo especial foram: o Decreto n. 53.831/64, Quadro Anexo, e o Decreto n. 83.080/79, Anexos I e II.

Com a Constituição Federal de 1988, a redação original do artigo 202, II, garantiu a aposentação com contagem de tempo inferior à aposentadoria comum para os sujeitos a trabalho sob condições especiais, aqui esclarecidos como aqueles que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei –

---

<sup>45</sup> LADENTHIN. Adriane Bramante de Castro; SCHUSTER, Diego Henrique. **Nota técnica: aposentadoria especial PEC 6/2019**. [S.l.]: Instituto Brasileiro De Direito Previdenciário, 2019, p. 14-15. Disponível em: [https://www.ibdp.org.br/publicidade/Nota\\_tecnica\\_aposentadoria\\_especial.pdf](https://www.ibdp.org.br/publicidade/Nota_tecnica_aposentadoria_especial.pdf). Acesso em: 26 fev. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

*status* constitucional à aposentadoria especial. Buscou-se, constitucionalmente, com essa definição, também, a diferenciação com o direito do trabalho (agentes perigosos, penosos e insalubres), em que pese a ligação umbilical de ambos.

Disponha a redação original de 1988:

Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

[...]

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, **se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;**[...] <sup>46</sup>

Foi a Lei nº 8.213/91, que, em seus artigos 57 e 58, trouxe a definição da aposentadoria especial. Dispõem as redações originais:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica<sup>47</sup>.

As listas de categorias e agentes nocivos continuaram sendo os Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79 (ausência de lei específica afirmada no art. 58).

A Lei n. 9.032/95 modificou a aposentadoria especial, passando a exigir (a) a comprovação da atividade especial pelo segurado (seu ônus), (b) exposição de

---

<sup>46</sup> BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

<sup>47</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

forma permanente aos agentes nocivos (não ocasional e não intermitente), (c) vedação de conversão de tempo comum e especial (manutenção de conversão de especial em comum) e (d) prova individualizada da exposição a agentes nocivos (exclusão de enquadramento por categoria profissional).

A Medida Provisória n. 1523-10, de 13.10.1996, modificou o critério de comprovação de atividade especial: Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) para todos os agentes nocivos (antes disso apenas se exigia para ruído, frio e calor)<sup>48</sup> e informações sobre Equipamentos de Proteção Coletiva (EPCs).

O Decreto n. 2.172, de 5.3.1997, que regulamentou a Lei n. 9.032/95 e a Medida Provisória n. 1523-10/96, revogou as listas dos Decretos 53.831/64 (tacitamente) e n. 83.080/79 (expressamente), trazendo uma nova lista de agentes nocivos em seu Anexo IV.

A Lei n. 9.528, de 10.12.1997 (conversão da MP n. 1523-10/96), mencionou pela primeira vez *perfil profissiográfico* (a empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento, conforme §4º do art. 58) e trouxe penalidades às empresas que não mantiverem laudo técnico atualizado.

A Lei nº 9.732, de 11.12.1998, criou o Adicional do SAT, destinado ao custeio da aposentadoria especial, ao introduzir no art. 57 os §§ 6º e 7º:

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

---

<sup>48</sup> O STJ definiu, julgando o Tema 1031, em 09.12.2020, a possibilidade de comprovação de atividade especial por qualquer meio de prova até 05.03.1997, já que a regulamentação da MP se deu com o Decreto 2.172/97 (decisão ainda sem trânsito em julgado).

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput<sup>49</sup>

Essa mesma lei, ainda, acrescentou parágrafos ao artigo 58 da Lei n. 8.213/91, exigindo informações sobre Equipamentos de Proteção Individual (EPI) e laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista<sup>50</sup>

A Emenda Constitucional 20/98 manteve a aposentação diferenciada nos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, agora definidos em lei complementar (art. 201, §1º, redação da EC 20/1998); e a Emenda Constitucional 47/2005 incluiu essa possibilidade aos segurados portadores de deficiência (também art. 201, §1º, redação da EC 47/2005).

O Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, revogou o Decreto n. 2.172/97 e trouxe nova lista de agentes nocivos no seu Anexo IV, estando em vigor até os dias atuais: houve alterações e atualização pelos Decretos n. 4.882, de 18.11.2003, e n. 10.410, de 30.06.2020.

Em que pese se tratar de benefício que mais sofreu alterações dentro do RGPS e de maior discussão judicial, haja vista a interpretação dos agentes nocivos além dos decretos, abraçando a legislação trabalhista e, muitas vezes, indo além dela (temática que este estudo não analisará), certo é que nunca se cogitou retomar a regra de idade mínima à aposentação especial, já que seu escopo é a proteção ao trabalhador exposto a agentes nocivos através de tempo menor de exposição.

Da LOPS em diante, as alterações legislativas realizadas no benefício de aposentadoria especial foram basicamente relativas à inclusão ou exclusão de atividades profissionais e de agentes agressivos considerados para a concessão

---

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998**. Altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9732.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

do benefício, bem como a forma de comprovação da atividade especial e sua elisão.

Foi a Proposta de Emenda Constitucional – PEC 6/2019 que resgatou a idade como pressuposto para concessão de aposentadoria especial, além de excluir a possibilidade de aposentadoria especial ante a sujeição à exposição a agentes que prejudiquem a integridade física<sup>51</sup>:

A aposentadoria especial continua sendo garantida aos segurados filiados ao RGPS até a data de publicação desta Emenda, cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação de agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, considerando-se a regra de pontos, quando o total da soma resultante de sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição, para ambos os sexos, forem de: 66 pontos e 15 anos de efetiva exposição, para a aposentadoria especial de 15 anos; 76 pontos e 20 anos de efetiva exposição, para a aposentadoria especial de 20 anos; e 86 pontos e 25 anos de efetiva exposição, para a aposentadoria especial de 25 anos. A partir de janeiro de 2020, essas pontuações serão acrescidas de um ponto, até atingir 89, 93 ou 99 pontos, respectivamente, para as aposentadorias especiais de 15, 20 ou 25 anos<sup>52</sup>

Sob o argumento de um déficit previdenciário progressivo e de questões relacionadas à demografia, a proposta de emenda à constituição, genericamente, fixou na idade mínima a solução do problema, independentemente de qual tipo de proteção essa aposentação sempre visou.

Assim, ficou tratada a EC 103/2019 na Constituição Federal – art. 201, §1º:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para

---

51 Tema que não será abordado no presente trabalho: possibilidade, após a EC, de atividade especial ante agente nocivo prejudicial à integridade física.

52 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, 2019b, p. 59. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01umtuzgenk2m-meweok32odj5h166459.node0?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01umtuzgenk2m-meweok32odj5h166459.node0?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019). Acesso em: 26 fev. 2021.



SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação<sup>53</sup>.

Fica evidente, no texto da emenda, a obrigatoriedade de conjugação dos pressupostos idade e tempo de contribuição para a aposentadoria especial.

Como afirma Serau Júnior <sup>54</sup>, “a Emenda Constitucional 103/2019 mudou parcialmente o perfil constitucional da aposentadoria especial”. A previsão de idade e tempo de contribuição em condições especiais, ainda que menores em relação à regra geral, são pressupostos à aposentadoria especial.

Manteve-se, pela emenda, a determinação de regulamentação da aposentadoria especial por Lei Complementar. Contudo, no art. 19, a Emenda assim dispõe:

Art. 19. [...]

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

---

<sup>53</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF, 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

<sup>54</sup> SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991. Curitiba: Juruá, 2020, p. 178.

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição<sup>55</sup>

E a regra de transição traz a seguinte determinação:

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:

- I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;
- II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e
- III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição<sup>56</sup>

Quanto à fixação da idade mínima à aposentadoria especial, justificou o relator Deputado Samuel Moreira:

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF, 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

<sup>56</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF, 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

Enquanto não editada lei complementar, para os trabalhadores que exercem atividades prejudiciais à saúde, foram adotadas as idades mínimas sugeridas na PEC, fixadas em 55, 58 e 60 anos, conforme grau de prejuízo à saúde, combinada com o tempo mínimo de contribuição e de exposição ao agente nocivo. Entendemos que estes trabalhadores precisam ser afastados da atividade nociva, mas podem e devem ser realocados em outras funções. Ressalte-se que a grande maioria daqueles que hoje se aposentam sem limite de idade nestas condições, alguns até mesmo antes dos 40 anos de idade, retornam ao mercado de trabalho, pois possuem condições de se manterem na ativa, desde que em atividade diversa. Como premissa, adotamos que nenhum trabalhador, excetuado a pessoa com deficiência, deve se aposentar antes dos 55 anos de idade. Adotamos esta premissa, pois sabemos que antes da referida idade há capacidade para manter a atividade produtiva e que não é razoável sobrecarregar as novas gerações. Caso, no entanto, seja constatado que faltam condições para o trabalho, o segurado terá acesso a aposentadoria por incapacidade permanente, sem limite etário<sup>57</sup>

Portanto, ainda que se fale em tempo possível à aposentação diminuto, claro que esse tempo poderá ser aumentado ante a exigência de idade mínima.

Como, por exemplo, o mineiro de subsolo, frente de trabalho - escavação, que poderá aposentar-se com 15 anos de labor nessas condições (Anexo IV, código agente nocivo 4.0.2, Decreto 3.048/99). Partindo-se do início desse labor aos 20 anos de idade, sem interrupção em contrato de trabalho, haveria possibilidade de aposentação, pré-emenda constitucional, aos 35 anos de idade. Pelo regramento permanente vigente, deverá esperar até seus 55 anos de idade. Ou seja, se na mesma atividade, mais 20 anos em condições especiais – nocivas à saúde do trabalhador.

Sempre é bom lembrar que a aposentadoria especial, ao traçar o limitador de tempo de exposição a agentes nocivos, não o faz livremente, mas analisando as condições epidemiológicas de exposição aos agentes agressivos de saúde,

---

<sup>57</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer à Proposta de Emenda Constitucional Nº 6, de 2019**. Relator: Deputado Samuel Moreira. Brasília, DF, 13 jul. 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1764374&filename=Paracer-PEC00619-13-06-2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1764374&filename=Paracer-PEC00619-13-06-2019), p. 76-77. Acesso em: 26 fev. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

buscando a garantia da saúde e da vida do trabalhador – caráter eminentemente protetivo.

Nas palavras de Castro e Lazzari<sup>58</sup>:

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução de tempo necessário à inativação, concedida em razão de exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

Acerca da finalidade e do fundamento do benefício, esmiúça Maria Lúcia Luz Leira<sup>59</sup>

A finalidade do benefício de aposentadoria especial é de amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde, reduzindo o tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria. Tem, pois, como fundamento o trabalho desenvolvido em atividades ditas insalubres. Pela legislação de regência, a condição, o pressuposto determinante do benefício está ligado à presença de agentes perigosos ou nocivos (químicos, físicos e biológicos) à saúde ou à integridade física do trabalhador, e não apenas àquelas atividades ou funções catalogadas em regulamento.

Sérgio Pinto Martins<sup>60</sup> também discorre sobre a aposentadoria especial e registra importante distinção:

Aposentadoria especial é o benefício previdenciário decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de acordo com a previsão da lei. Trata-se de um benefício de natureza extraordinária, tendo por objetivo compensar o trabalho do segurado que presta serviços em condições adversas à sua saúde ou que desempenha atividades com riscos superiores aos normais.

---

<sup>58</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 719.

<sup>59</sup> LEIRA, Maria Lúcia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito: (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164.

<sup>60</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 374.

A aposentadoria especial é espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. Não é espécie de aposentadoria por invalidez, pois não compreende invalidez.

[...]

Difere, também, a aposentadoria especial da aposentadoria por invalidez, pois nesta o fato gerador é a incapacidade para o trabalho e na aposentadoria especial esse fato inexistente. A aposentadoria especial pressupõe agressão à saúde do trabalhador por meio de exposição a agentes nocivos. A segunda decorre de incapacidade e insusceptibilidade de reabilitação do segundo. O aposentado de forma especial não fica inválido para o trabalho, apenas não pode exercer atividade que o exponha a agentes nocivos à saúde.

Defere-se a aposentadoria especial quando o segurado tenha laborado em atividades sujeitas a condições especiais que prejudiquem sua saúde e integridade física.

Independentemente do conceito ou do doutrinador a que se recorra, é certo que, em todos eles, uma constatação se repete: a aposentadoria especial ostenta um nítido caráter protetivo. Trata-se, a toda evidência, de um benefício previdenciário concedido para preservar a saúde, o bem-estar e a integridade do trabalhador submetido rotineiramente a condições de trabalho especiais. Portanto, não há dúvidas do necessário afastamento do trabalhador da atividade nociva antes que ele venha a se tornar incapaz ao labor: caráter protetivo da aposentadoria especial.

Dito isso, pergunta-se: haverá eficácia da norma protetiva de preservação da saúde, a qual tem direta relação com a preservação da vida e com o princípio da dignidade humana, fixando-se idade mínima à sua fruição?

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## **5. DO JULGAMENTO DO TEMA 709 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 57, §8º, DA LEI Nº 8.213/91 – IMPOSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA ESPECIAL INDEPENDENTEMENTE DO AFASTAMENTO DO BENEFICIÁRIO DAS ATIVIDADES LABORAIS NOCIVAS A SUA SAÚDE**

O STF foi levado a analisar a constitucionalidade da norma legal de afastamento da atividade especial daqueles aposentados em atividade especial – §8º do art. 57 da Lei 8.213/91, porquanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 afastou a sua incidência ao argumento de impedimento ao livre exercício do trabalho, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade 5001401-77.2012.4004.0000, Corte Especial do TRF4, de relatoria do Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, em 24.05.2012.

O INSS, nas razões do recurso extraordinário, afirmou que o afastamento compulsório teria amparo no dever do Estado de evitar que o trabalhador continue, deliberadamente, prejudicando sua saúde e sua integridade física após se aposentar em atividade que demande ambas – caráter protetivo do benefício em apreço.

O STF afirmou a constitucionalidade na norma nos seguintes termos:

[...] O art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91 é constitucional, inexistindo qualquer tipo de conflito entre ele e os arts. 5º, inciso XIII; 7º, inciso XXXIII; e 201, § 1º, da Lei Fundamental. A norma se presta, de forma razoável e proporcional, para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho. [...] <sup>61</sup>

Retira-se do voto condutor do acórdão:

---

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 791.961 Paraná**. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 junho 2020, p. 01. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753515290>. Acesso em: 26 fev. 2021.

[...] a aposentação se dá de forma precoce porque o legislador presume que, em virtude da nocividade das atividades desempenhadas, o trabalhador sofrerá um desgaste maior do que o normal de sua saúde. Dito em outras palavras, o tempo para aposentadoria é reduzido em relação às outras categorias porque, ante a natureza demasiado desgastante e/ou extenuante do serviço executado, entendeu-se por bem que o exercente de atividade especial deva laborar por menos tempo – seria essa uma forma de compensá-lo e, sobretudo, de protegê-lo.

Ora, se a presunção de incapacidade é, consoante dito, absoluta; se a finalidade da instituição do benefício em questão é, em essência, resguardar a saúde e o bem-estar do trabalhador que desempenha atividade especial; se o intuito da norma, ao possibilitar a ele a aposentadoria antecipada, é justamente retirá-lo do ambiente insalubre e prejudicial a sua incolumidade física, a fim de que não tenha sua integridade severa e irremediavelmente afetada, qual seria o sentido de se permitir que o indivíduo perceba a aposentadoria especial mas continue a desempenhar atividade nociva? Como se nota, sob essa óptica, a previsão do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91, é absolutamente razoável e consentânea com a vontade do legislador.

Desarrazoado, ilógico e flagrantemente contrário à ideia que guiou a instituição do benefício é, justamente, permitir o retorno ao labor especial ou sua continuidade após a obtenção da aposentadoria – prática que contraria em tudo o propósito do benefício e que significa ferir de morte sua razão de ser<sup>62</sup>

O STF, através do voto condutor do acórdão, deixa claro que a finalidade da lei é a proteção à saúde, à integridade física e ao bem-estar do obrador:

Ao prestigiar a saúde, a disposição legal prestigia também o direito à vida, intrinsecamente ligado ao primeiro, visto que reforçar a necessidade de afastamento da atividade especial implica não só mitigar a chance de desenvolvimento de doenças ocupacionais capazes de levar à incapacidade definitiva e, eventualmente, à morte, mas também reduzir a probabilidade de o indivíduo vir a se lesionar ou mesmo a falecer em algum acidente de trabalho (uma vez que, não

---

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 791.961 Paraná**. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 junho 2020, p. 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753515290>. Acesso em: 26 fev. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

raro, o próprio local de trabalho descortina-se perigoso e propício à ocorrência de intercorrências graves) <sup>63</sup>

Dito isso, não pairam dúvidas que o STF entende que o objetivo do meio ambiente do trabalho e da seguridade social é manter o trabalhador em atividade especial (meio ambiente agressivo à sua saúde) apenas pelo lapso temporal necessário à aposentação, já que vetou a continuidade em labor especial após isso, como proteção ao trabalhador.

## **6. APOSENTADORIA ESPECIAL: DESCONSTITUIÇÃO INCONSTITUCIONAL DE UM DIREITO**

A proteção à saúde foi contemplada na Constituição Federal quando trata dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF) e do respeito aos direitos humanos (art. 4º, II, da CF). A proteção à vida, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, deixa claro que a saúde, apesar de não prevista naquele artigo, deve sempre ser respeitada, mormente porque, quando trata dos Direitos Sociais, afirma a proteção à vida e à saúde do trabalhador (arts. 6º, *caput* e 7º, XXII, da CF). Ainda, em seu capítulo da Ordem Social, a Constituição afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196).

A inserção do direito à saúde dentre os direitos fundamentais sociais é decisiva para sua configuração, pois lhe confere aplicabilidade imediata e impede que sua concretização dependa das vontades e da volatilidade do legislador ordinário. Aliás, além da fundamentalidade formal, relacionada à sua localização topológica dentro do texto constitucional, o direito à saúde também é dotado de uma fundamentalidade material, pois é condição indispensável para a garantia dos valores defendidos na ordem constitucional brasileira: a dignidade humana. Ainda, o direito à saúde abrange tanto um caráter positivo quanto outro negativo: este resta consubstanciado na faculdade de se exigir que o Estado se abstenha de qualquer ato ofensivo a tal direito.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 791.961 Paraná**. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 junho 2020, p. 23 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753515290>. Acesso em: 26 fev. 2021.



Para Gebran Neto e Schulz<sup>64</sup>, essa dimensão objetiva impõe ao Estado tríplices deveres relacionados à saúde, ou seja: (a) dever de respeito, não podendo o poder público violar o direito à saúde; (b) dever de proteção, devendo o Estado adotar medidas que impeçam terceiros de violar o direito à saúde; e (c) dever de prestação, que impõe ao Estado o provimento dos meios materiais necessários ao exercício desse direito. Obviamente, esses deveres relacionados à dimensão objetiva do direito à saúde repercutem em sua dimensão subjetiva, pois permitem que os titulares desse direito possam exigi-lo em caso de violação do direito fundamental.

A aposentadoria especial, como antes afirmado, ao traçar o limitador de tempo de exposição a agentes nocivos, não o faz livremente, mas levando em conta as condições epidemiológicas de exposição aos agentes agressivos à saúde, buscando a garantia da saúde e da vida do trabalhador – caráter eminentemente protetivo, como bem afirmou o STF na análise do Tema 709: afastamento da atividade nociva antes de seu adoecimento.

Certo é que a ciência, observada a evolução, poderá, a qualquer momento, verificar a possibilidade de maior tempo de exposição a determinado agente (aumento de tempo à aposentação) ou, até, excluir determinado agente nocivo (verificação de que não mais o é), o que justifica a modificação de análise da atividade especial.

Contudo, sem justificção científica e simplesmente baseada em análises econômicas, financeiras ou demográficas, a manutenção do trabalhador em atividade nociva à sua saúde, até o cômputo de idade em tempo superior ao exigido para a aposentação, é violação à proteção de sua saúde e de sua vida. Em outras palavras, trata-se de desconstituição inconstitucional de um direito.

---

<sup>64</sup> GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 38.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que normas constitucionais inconstitucionais são passíveis de controle de constitucionalidade em relação ao poder constituinte derivado<sup>65</sup>.

Em reforço, invoca-se o ensinamento de Jorge Miranda<sup>66</sup>

Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.

Além disso, no caso em análise, a Emenda Constitucional 103/2009 viola a proibição inserta no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, ou seja, afronta cláusula pétrea ao ferir a preservação da vida, da saúde e o princípio da dignidade humana do trabalhador com direito à aposentadoria especial.

E isso é extremamente grave do ponto de vista da unidade da ordem jurídica, pois, para o Supremo, as cláusulas pétreas protegem a essência da Constituição, seus princípios mais importantes, visando a garantir sua estabilidade.

Assim, o debate constitucional de hoje não se circunscreve mais à possibilidade ou não de controle de constitucionalidade de uma Emenda Constitucional, já que a Corte Suprema solucionou o conflito no sentido de que sim, mas ao conteúdo e à extensão da cláusula pétrea que restou ferida com a Emenda Constitucional 103/2019, conforme demonstrado nesse estudo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A evolução legislativa e científica (higiene do trabalhador) apontou para a necessidade de aposentação “precoce” aos trabalhadores expostos a um meio

---

65 Adin 2.024-2/DF.

66 MIRANDA, Jorge de. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. v. 1/ t. 2, p. 586.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

ambiente de trabalho desequilibrado à preservação da vida e da saúde – princípios constitucionais.

A Emenda Constitucional 103/2019, contudo, trouxe significativas mudanças à concessão de benefícios previdenciários; dentre elas, criou um pressuposto a mais para a concessão da aposentadoria especial: a idade mínima.

Restou respondida a indagação deste estudo, no sentido de que, ao se obrigar que o trabalhador exposto a agentes agressivos à saúde suporte tempo superior ao exigido pela lei (25, 20 ou 15 anos), para fins de completar a idade mínima - redação dada pela Emenda Constitucional 103/2019 -, há nítida afronta à norma constitucional originária de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente de trabalho equilibrado.

Para além das delimitações metodológicas e das questões ainda abertas sobre o tema, que poderão ser superadas em próximas abordagens, a intervenção estatal - aqui através de emenda à Constituição -, ainda que pautada em fundamentos econômicos, financeiros ou democráticos, não pode atingir direito fundamental há muito assegurado.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALMEIDA, Gabriel Schroeder de. **Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais**: o conceito de cláusula pétrea nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 2019. Monografia (Pós-graduação em Direito Público) - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**: 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF, 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 1960. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968**. Altera o artigo 31 e dá nova redação do artigo 32 e seu § 1º da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social). Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5440a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5440a.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998**. Altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9732.htm). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer à Proposta de Emenda Constitucional Nº 6, de 2019**. Relator: Deputado Samuel Moreira. Brasília, DF, 13 jul. 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1764374&filename=Parecer-PEC00619-13-06-2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1764374&filename=Parecer-PEC00619-13-06-2019). Acesso em: 26 fev. 2021.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria MTb n.º 3.214, de 08 de junho de 1978. **NR 6 - Equipamento De Proteção Individual – EPI**. Brasília, DF, 06 jul. 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-06.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, 2019b. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01umtuzgenk2mmeweok32odj5h166459.node0?codteor=1712459&filename=P+EC+6/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01umtuzgenk2mmeweok32odj5h166459.node0?codteor=1712459&filename=P+EC+6/2019). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 791.961 Paraná**. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 junho 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753515290>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815. Relator: Min. Moreira Alves, 28 março 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 26 fev. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais: o direito ao ambiente como direito subjetivo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; FERRER, Gabriel Real. O Processo de Internacionalização da Proteção Ambiental e dos Direitos Humanos. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; DANTAS, Marcelo Buzaglo; GIMENEZ, Andrés Molina (Org.). **Sociedade, Governança e Meio Ambiente** [recurso eletrônico]. 1 ed. Itajaí: UNIVALI, 2017 (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade; t. 3). Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20SOCIEDADE,%20GOVERNAN%C3%87A%20E%20MEIO%20AMBIENTE%20%E2%80%93%20TOMO%2003.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

HERRERA FLORES, Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LADENTHIN. Adriane Bramante de Castro; SCHUSTER, Diego Henrique. **Nota técnica**: aposentadoria especial PEC 6/2019. [S.l.]: Instituto Brasileiro De Direito Previdenciário, 2019. Disponível em: [https://www.ibdp.org.br/publicidade/Nota\\_tecnica\\_aposentadoria\\_especial.pdf](https://www.ibdp.org.br/publicidade/Nota_tecnica_aposentadoria_especial.pdf). Acesso em: 26 fev. 2021.

LEIRA, Maria Lúcia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito**: (re)discussão à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MIRANDA, Jorge de. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. v. 1/ t. 2.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2006.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, Albino Pereira da. **A lei orgânica da Previdência Social**: sua interpretação e seu regulamento. Rio de Janeiro: Mello, 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei 8.213/91**, de 24 de julho de 1991. Curitiba: Juruá, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TIGRE, Maria Antonia. Implementing Constitutional Environmental Rights in the Amazon Rainforest. In: DALY, Erin; MAY, James R. (Edit.). **Implementing Environmental Constitutionalism: current global challenges**. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2018.

RECEBIDO EM: MAR/2021

APROVADO EM: JUN/2021