

REVISTA

MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO
DE ESTUDOS**
MPC • PR



JULHO | DEZEMBRO 2022

NÚMERO 17 | VOLUME IX
ISSN 2359-0955

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 17 (2022) - _ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2022.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <http://www.mpc.pr.gov.br/index.php/revista-mpc-pr/>

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Constitucional. I. Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

CDU 336.126.55(816.5)(05)

Cobertura temática (classificação do CNPq)

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direitos Especiais (6.01.04.00-7)

Revista classificada no estrato B3 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2022.

Conselho Editorial

VALÉRIA BORBA	Presidente
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Membro
MICHAEL RICHARD REINER	Membro
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Membro
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

Organização: SAULO LINDORFER PIVETTA

Projeto Gráfico: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Diagramação: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Capa: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial

Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – revista@mpc.pr.gov.br – Tel (41) 3350-1909

sumário

Apresentação	8
Artigos Científicos.....	12
MONTESQUIEU E A PSEUDO-SEPARAÇÃO DE PODERES BRASILEIRA: MORAL DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO EM XEQUE.....	12
Claudia Luiz Lourenço; Nuria Micheline Meneses Cabral; Vilmar Procópio de Sousa Júnior	
A DISPENSA DE LICITAÇÃO ADVINDA DE INSUCESSO EM CERTAME LICITATÓRIO ANTERIOR: O CASO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	30
Juliano Eugenio da Silva	
CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	41
Muriel Cordeiro Silva	
O SISTEMA DE COTAS NA POLÍTICA E A REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NEGRA	65
Bárbara Ellen Aguiar; Isabella Bana	
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA	84
Jeremias Arone Donane	
O FINANCIAMENTO DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS EM SAÚDE SEGUNDO O UNIVERSALISMO DA DIFERENÇA	99
Nangel Gomes Cardoso	
O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DA DECISÃO DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 NO CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NOSSA TERRA) VS. ARGENTINA À LUZ DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/17	114
Thomas Breillat	
UM NOVO OLHAR SOBRE DISCURSOS TRIBUTÁRIOS SOCIALMENTE DOMINANTES.....	137
Leonardo Barbosa Romeo D'Oliveira Santos	
QUAL RESISTÊNCIA FISCAL? AS FORMAS - LÍCITAS OU ILÍCITAS - DE OPOSIÇÃO SOCIAL AOS TRIBUTOS E AO ESTADO FISCAL NO BRASIL.....	148
Isaac Rodrigues Cunha	
Orientações para Envio de Artigos	162

apresentação

Recentemente foi publicada nova avaliação da CAPES sobre os periódicos científicos brasileiros (Qualis Periódicos). Nessa rodada de avaliações, a Revista do MPC-PR progrediu de forma significativa, passando do estrato C para o B3.

A nova classificação é resultado do profundo comprometimento da Revista com suas diretrizes editoriais, que buscam garantir e reforçar o caráter científico, a qualidade e a relevância da publicação.

A nova classificação recebida contribuirá para que esse caminho seja fortalecido, aumentando o impacto da Revista no meio acadêmico e profissional, além de destacar o seu papel como fomentador do debate técnico a respeito do controle externo da administração pública.

E mantendo o compromisso de oferecer à comunidade textos relevantes, a presente edição da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná conta com 9 artigos, elaborados por autores de diversos Estados do país, e aprovados por ao menos dois pareceristas independentes. São eles:

1) Montesquieu e a pseudo-separação de poderes brasileira: moral do legislativo e do executivo em xeque, de Claudia Luiz Lourenço, Nuria Micheline Meneses Cabral e Vilmar Procópio de Sousa Júnior;

2) A dispensa de licitação advinda de insucesso em certame licitatório anterior: o caso da nova lei de licitações e contratos administrativos, de Juliano Eugenio da Silva;

3) Considerações gerais acerca dos direitos fundamentais estaduais no ordenamento jurídico brasileiro, de Muriel Cordeiro Silva;

4) O sistema de cotas na política e a representatividade da mulher negra, de Bárbara Ellen Aguiar e Isabella Bana;

5) Controle de constitucionalidade das normas municipais na federação brasileira, de Jeremias Arone Donane;

6) O financiamento das ações e serviços públicos em saúde segundo o universalismo da diferença, de Nangel Gomes Cardoso;

7) O novo constitucionalismo latino-americano na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: estudo da decisão de 6 de fevereiro de 2020 no

caso comunidades indígenas membros da associação Ihaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina à luz da opinião consultiva 23/17, de Thomas Breillat;

8) Um novo olhar sobre discursos tributários socialmente dominantes, de Leonardo Barbosa Romeo D'Oliveira Santos;

9) Qual resistência fiscal? As formas – lícitas ou ilícitas – de oposição social aos tributos e ao estado fiscal no Brasil, de Isaac Rodrigues Cunha

Boa leitura!

Valéria Borba

Procuradora-Geral do MPC-PR

Saulo Lindorfer Pivetta

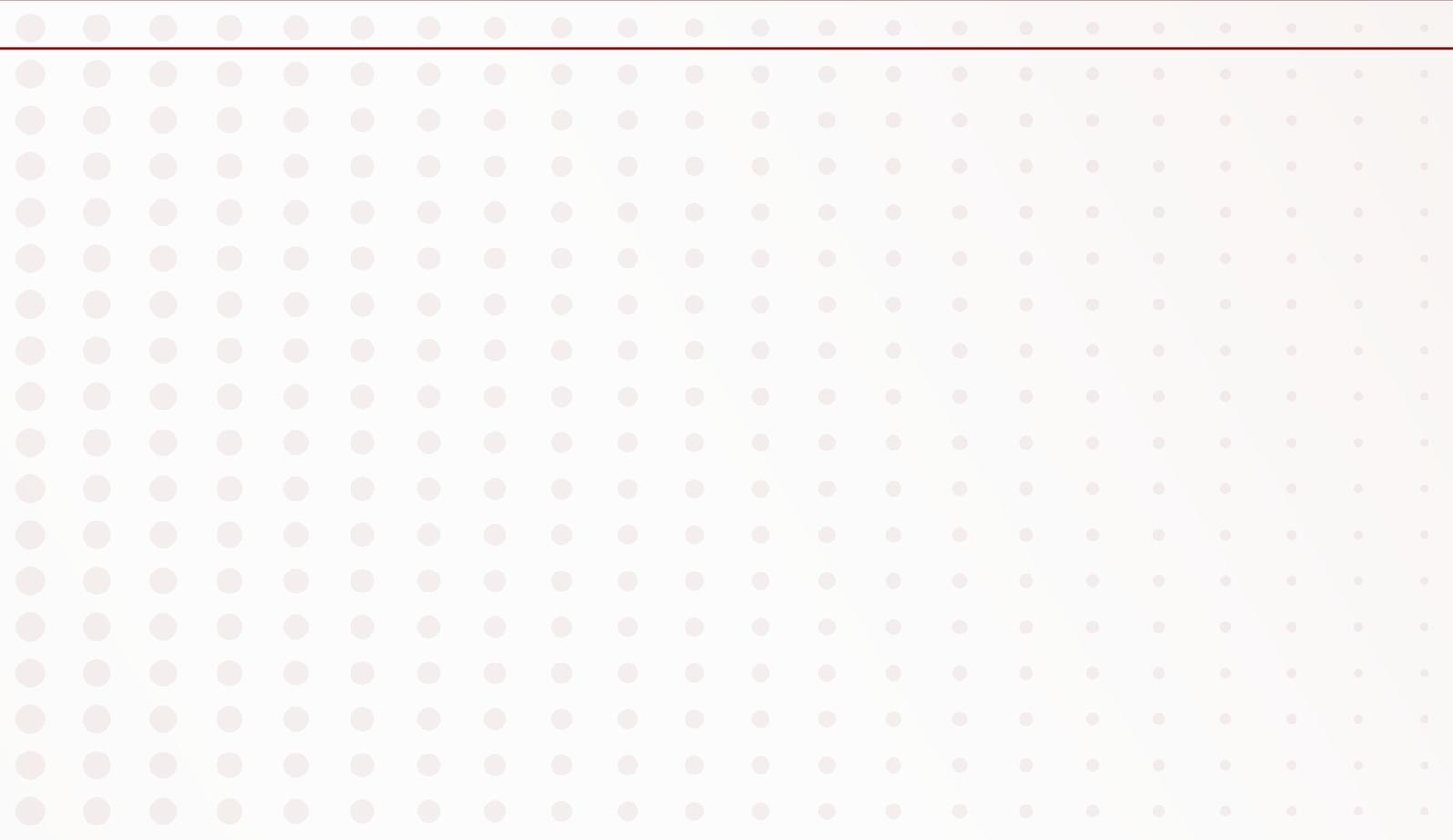
Editor-Chefe da Revista do MPC-PR





.....

artigos científicos



artigos científicos

**MONTESQUIEU AND THE BRAZILIAN PSEUDO-SEPARATION OF POWERS:
LEGISLATIVE AND EXECUTIVE MORALS IN CHECK**

**MONTESQUIEU E A PSEUDO-SEPARAÇÃO DE PODERES BRASILEIRA:
MORAL DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO EM XEQUE**

Claudia Luiz Lourenço^I

I Pós-doutora em Direito Constitucional pela Università Degli Studi Di Giurisprudenza di Messina, Itália. Doutora em Psicologia pela PUC-GO. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Professora da Universidade Federal de Goiás e da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Atuação em Direito Público: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Políticas Públicas. Orientadora de Trabalho de Conclusão de Curso, Iniciação Científica e Pós-Graduação. Advogada.
claudia.luiz.lourenco@ufg.br

Nuria Micheline Meneses Cabral^{II}

II Mestra em Educação pela PUC-GO. Professora concursada (TI) na Pontifícia Universidade Católica de Goiás, nas cadeiras de Direito Constitucional, Processo Constitucional, Direito Administrativo, e Professora em diversos cursos de Especialização em variadas Instituições de Ensino. Pesquisadora Interdisciplinar. Orientadora de Trabalho de Conclusão de Curso (graduação e especialização) e Iniciação Científica.
nuria.jur@gmail.com

Vilmar Procópio de Sousa Júnior^{III}

III Bacharel em Direito pela PUC-GO.
vilmarprocopio@outlook.com

Recebido/Received: 25.10.2021/ November 25th, 2021.
Aprovado/Approved: 19.12.2022/ December 19th, 2022.

RESUMO

A problemática política e institucional do Estado brasileiro é, na maioria das vezes, atrelada à uma apreciação estrita a seu meio. O advento da Constituição Cidadã, que não obstante tenha exercido um papel fundamental na solidificação da redemocratização do país, não trouxe apenas resultados benéficos, como permitiu o desenvolvimento de um ornitorrinco estatal. Um texto prolixo congregado a uma bancada parlamentar jurássica e aristocrática, notadamente no exercício de sua função legislativa, tem servido para criar um emaranhado de normas federais que vão à contramão da segurança jurídica e da função do Estado democrático de direito, bem como do respeito à separação dos poderes. Sob esta crítica, é oportuno embrenhar-se no estudo da moral para a melhor compreensão da atuação dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Utilizou-se o método hipotético dedutivo, a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito, Lei, Moral, Separação dos poderes.

ABSTRACT

The political and institutional problematic of the Brazilian State is, in most cases, linked to a strict appreciation of its environment. The advent of the Citizen Constitution, which despite having played a fundamental role in solidifying the country's redemocratization, not only brought beneficial results, but also allowed the development of a state-owned patypus. A prolix text brought together by a Jurassic and aristocratic parliamentary group, notably in the exercise of its legislative function, has served to create a tangle of federal norms that go against the grain of legal certainty and the function of the democratic State of law, as well as respect for the separation of powers. Under this criticism, it is opportune to delve into the study of morality for a better understanding of the performance of the Executive, Judiciary and Legislative powers. The deductive hypothetical method was used, as well as bibliographical and documental research.

Keywords: Law, Law, Morals, Separation of powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A FRAGILIDADE DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES À BRASILEIRA; 2. DA ASCENSÃO DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ À EUFORIA DA PRIVATIZAÇÃO DOS DIREITOS; 3. A CORRELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE LEI E MORAL; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A redemocratização do Estado brasileiro, além de recente, é marcada por inúmeras particularidades e, ainda, está longe da realidade arquitetada. É fácil, de sobremaneira, notar a apropriação de modelos e procedimentos, jurídicos e políticos de Estados estrangeiros com heranças históricas, culturais e sociais que divergem da realidade nacional.

A apropriação de experiências políticas e jurídicas de diferentes nações, em sua essência, não é maléfica, contanto que analisada e agregada ao ordenamento jurídico brasileiro tendo em estima a realidade pátria. A mera assimilação e aplicação *a brasileira* suscita desarmonias com o ordenamento vigente, ao mesmo modo que padece de legitimidade e justiça com a realidade da sociedade brasileira.

O advento de uma Constituição dotada de um rol extensivo de direitos, constantemente inflado, contemporânea à intensificação dos clamores populares e aos conchaves dos atores no processo constituinte, ainda padece de estabilidade e efetividade. Embora o cenário abarcado pelo trabalho vislumbre um contexto político e jurídico, a essência das peripécias examinadas apresenta sua procedência no âmbito popular, nas deliberações morais adotadas nas circunstâncias cotidianas, o que se assiste nas classes política e jurídica é reflexo da própria sociedade.

Assim sendo, o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário é consoante a expressão do povo governado. A judicialização da política, a politicalização do Judiciário e a

crescente judicialização de litígios são consequências da nova textura do princípio constitucional da separação de poderes no âmbito do Estado contemporâneo. Da atuação popular para a esfera política, nota-se um embate entre os poderes instituídos em busca de maior representatividade e legitimidade frente às necessidades sociais normatizadas pelo Estado Democrático de Direito. Embate que não resulta em um desempenho satisfatório das atividades do Estado.

A ideia de uma separação rígida entre os poderes deu espaço a uma interferência temerária e, em muitos casos, contrária ao próprio texto da Constituição. Contudo, a discussão sobre o desrespeito institucionalizado da carta Constitucional perpassa pelas decisões morais que as pessoas confrontam em suas vidas cotidianas. Por conseguinte, a tolerância a pequenas violações habituais não condiz com os clamores populares, ditos legítimos, que pleiteiam por maior moralidade das instituições governamentais.

Dessa forma, é imperioso examinar a relação e influência moral da sociedade brasileira para melhor compreensão das nuances do Estado Democrático de Direito e da atuação das instituições nacionais.

1. A FRAGILIDADE DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES À BRASILEIRA

A teoria da Separação de poderes com o sistema de *check and balances* tem uma característica *sui generis* no Brasil. O mesmo poder constituinte configura como atual poder constituído, acendendo grave instabilidade no sistema de governo proposto por Montesquieu¹. Ou seja, a aristocracia parlamentar anterior a Constituição de 1988 se perpetua no poder. Nota-se não houve uma renovação efetiva e digna de nota das bancadas parlamentares, capaz de provocar mudanças no contexto político, econômico e social.

É imprescindível aduzir que a ascensão de um Partido dos Trabalhadores ao cargo do Executivo a partir de 2002 só foi possível quando o referido partido alinhou sua ideologia ao grande capital econômico. Assim, foi possível atender tanto aos clamores das classes sociais menos abastadas aos grandes detentores de capital. De tal forma, a política econômica adotada muito assemelha-se a empregada no governo de Getúlio Vargas, também conhecido como a mãe dos ricos e pai dos pobres.

Nesse quadro, o Judiciário atua na contenção dos excessos dos Poderes Legislativo e Executivo. Realiza o controle de constitucionalidade, serve como guardião da Constituição e, na ânsia de protegê-la, acaba por esfolar o texto constitucional quando atua além e aquém de suas atribuições.

A jurisdição da Suprema Corte, em muitos casos, vai além dos limites fulgentes do texto constitucional, principalmente nos casos de grande repercussão popular.

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A obra-prima de cada autor. Série ouro; 9).

O Judiciário, visando maiores poderes, representatividade política e constitucional, utiliza da sua função para alcançar a legitimação nos clamores populares. Ou seja, acaba favorecendo o desenvolvimento do fenômeno denominado 'politicalização do judiciário' sob a manta de defensor da moral.

Esse embate institucional também pode ser observado nos casos grande repercussão midiática nos governos da Nova República². Como, por exemplo: a atuação do Judiciário no julgamento da liminar do mandado de segurança do ex-deputado federal e ex-ministro da Casa Civil José Dirceu, o notório caso do "mensalão"³, no processo de impeachment contra a Presidente Dilma Rousseff⁴, nas decisões a respeito da operação Lava-Jato⁵, na descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal⁶, no tratamento social de transexuais a partir da identidade de gênero⁷, no aborto de feto anencefálico⁸ e na união estável de casais do mesmo sexo⁹.

O direito não deve ser reduzido à norma, mas compete aos intérpretes da lei não ultrapassar os limites do *Rule of Law*, da Separação de poderes, e muito menos, ao invés de criar segurança jurídica, causar insegurança.

Em determinados casos, o próprio texto da lei oferece margem a inúmeras interpretações que conduzem a um cenário de insegurança jurídica. Como o próprio Reale¹⁰ observou,

Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor.

O Judiciário não deve atuar como legislador positivo por ferir os limites da separação de poderes, bem como inferir na segurança jurídica. Contudo, os textos jurídicos elaborados pelo Poder Legislativo devem ser compatíveis à inteligência da população. Ou seja, não devem criar obstáculos ao seu claro entendimento, para somente depois, ser entendido pelos atores jurídicos, marcando a objetividade das normas mediante o exercício da hermenêutica lançada sobre o texto.

Deve-se ter cautela, uma vez que o intérprete não pode estar acima do legislador, visto que seria conflitante com a Separação de poderes, onde cada

2 Termo utilizado para fazer referência aos governos após o regime militar, ou seja, após 1988.

3 BRASIL. STF. **AÇÃO PENAL 470**. Minas Gerais. Plenário. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Publicado em 17/12/2012.

4 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Impeachment: o julgamento da presidente Dilma Rousseff pelo Senado Federal** / Senado Federal. -- Brasília : Senado Federal, SAJS, 2016.

5 VIANA, Natália. NEVES, Rafael. **O FBI e a Lava jato**. 01 de julho de 2020. Agência Pública. Disponível em: [Como o FBI influenciou procuradores da Lava Jato \(apublica.org\)](https://apublica.org/pt-br/2020/07/01/o-fbi-e-a-lava-jato/). Acesso em: 14/12/2022.

6 BRASIL. STF. **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659** SÃO PAULO. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado em: 08/12/2011.

7 BRASIL. STF. **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779** SANTA CATARINA. PLENÁRIO. Relator: Min. Roberto Barroso. Publicado em: 13/11/2014.

8 BRASIL. STF. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54** DISTRITO FEDERAL. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em: 12/04/2012.

9 BRASIL. STF. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132** RIO DE JANEIRO Relator: Min. Ayres Britto. Publicado em: 05/05/2011.

10 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2012. Pág. 118.

Poder possui atribuições específicas, não havendo sobreposição deste ou daquele sobre os demais. O uso do texto normativo conforme os (pré)conceitos e exercício hermenêutico do intérprete coloca em voga, atribuir ao Congresso importância inferior em face do Judiciário.

É imperativo e imperioso repensar os métodos de interpretação para que o arbítrio do Judiciário não supere o próprio texto da lei. Ao contrário, provocaria dentro do ordenamento pátrio uma pluralidade de interpretações disformes, causando insegurança jurídica, ou seja, o próprio Judiciário autointitulado guardião da Lei Fundamental seria causa de sua falência, do fracasso em alcançar sua atribuição primal.

A atual performance do Judiciário necessita de avaliação a nível institucional, no âmbito de minimizar os espaços de voluntarismo nas decisões e a criação de jurisprudências uniformes para desviar-se de incompatibilidades normativas. Conforme a posição habermasiana¹¹, não há como sugerir que só a atividade jurisdicional seja a principal responsável pelos rumos da sociedade. Se assim for colocado, como guardião das promessas em realidades sociopolíticas desencantadas pode deixar os membros do Poder Judiciário, no limite, como garantidores de uma ordem supra positiva de valores substantivos, o que acabaria por asfixiar-se o espaço democrático¹².

Conforme Leal¹³, os juízes devem buscar conexões com o direito que levem a sério os déficits democráticos e a manutenção do Estado de Direito. Segundo o referido autor, [...] os aspectos institucionais (como o caráter analítico da Constituição, a multiplicidade de leis e o alto número de processos), compromissos com a democracia e uma dimensão da justiça deságuam no formalismo.

Imprescindível é, sobretudo no atual cenário de forte acirramento de ânimos, que o Judiciário aja estritamente de acordo com a Constituição e não se deixe contaminar por paixões ideológicas. Francesco Ferrara¹⁴ percebe que "a interpretação deve ser objetiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei."

Sarmiento¹⁵, compreende a atuação do Judiciário carregada de decisões arbitrárias ou caprichosas, muitas vezes incapazes de garantir a racionalização da atividade jurisdicional, sobretudo nos casos marcados pela larga influência exercida pela subjetividade do aplicador.

Tal como, falta clareza na real necessidade de elaboração das leis, muitas das quais são feitas sem propósito vivo de efetividade plena. A atuação do Poder Legislativo, na figura de seus representantes democraticamente eleitos, é movida

11 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

12 GARAPON, Antoine. **Bem julgar**. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

13 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006, p.30.

14 FERRARA, Francesco. **Como Aplicar e Interpretar as Leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

15 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. 3ª triagem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

pelo desejo cego de angariar maior aceitação popular e então cede aos clamores populares em momentos de comoção geral. A exemplo, verifica-se a normatização de leis como Lei 11.340/06¹⁶ (Lei Maria da Penha), Lei nº 12.737/12¹⁷ (Lei Carolina Dieckmann), LC nº 135/10¹⁸ (Lei da Ficha Limpa), Lei nº 12.990/14 (Lei de Cotas Raciais)¹⁹ e Lei nº 13.104/15²⁰ (Lei do Feminicídio).

Marx²¹ alertava para os perigos de abraçar qualquer ideologia, no caso em tela, a ideologia de justiça contamina o imaginário popular criando uma noção falsa da realidade, uma noção falsa de solução do problema. De tal forma, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário necessitam atuar sem se apropriar das paixões populares para que na ânsia de atendê-los e fazer justiça a luz do texto constitucional, cometa-se uma injustiça maior. Para ele, o Direito deveria ser visto como produto da realidade. A consciência das pessoas como construção das relações econômicas e o Estado como construção da sociedade, coloca o Direito diretamente ligado a correlação das forças econômicas.

À luz desta concepção é possível observar que as decisões do Legislativo e Judiciário são o reflexo desta correlação de forças. Nota-se que as minorias populares possuem baixa representatividade e o Judiciário atua para minimizar essa disputa. Entretanto, sua atuação está longe de ser eficaz.

Outro grande desafio do Estado Democrático de Direito é a realização dos direitos sociais sem cair no Estadismo, submetendo as necessidades populares ao plano político do Executivo. Não prospera ter a prevalência de um Estado Social sem democracia ou de um Estado Liberal que não garanta a democracia material. Contudo, não pode prosperar o uso da norma constitucional, direito de ética coletiva, em deferência de uma apropriação individual no âmbito privado.

A força do elemento normativo da Constituição tem limites no mundo real e do dever ser abstrato. Os sujeitos humanos que realizam e vivem a Constituição, que levam esse objetivo adiante alteram as condições reais de existência. Nenhuma

16 BRASIL. **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a - 177 - Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 10 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm. Acesso em: 20 ago 2022.

17 BRASIL. **Lei nº 12.737**, de 30 de novembro de 2012. Lei Carolina Dieckmann. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12737.htm. Acesso em: 20 ago 2022.

18 BRASIL. **Lei Complementar nº. 135/2010**, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm Acesso em 20 ago 2022.

19 BRASIL. **Lei 12.990**, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm Acesso em: 20 ago 2022.

20 BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. Feminicídio. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm Acesso em: 20 ago 2022.

21 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

vontade de Constituição, por si só, é capaz de alterar os elementos naturais, histórico e das relações dos agentes de poderes. A internalização dos elementos constitucionais e sua aplicação no dia a dia são capazes de resolver os problemas que estão além das realidades fáticas, jurídicas e políticas de dada sociedade.

Uma Constituição se realiza quando a população internaliza e exerce seus direitos Constitucionais, não apenas na atuação dos agentes jurídicos e institucionais. Uma sociedade mais responsável exerce menos a função jurisdicional e tem um engajamento coletivo atuante.

O direito é uma conquista civilizatória, por isso é necessária precaução para evitar suplantar os fundamentos do Estado de Direito com intuito de abraçar o discurso mais convincente, discurso proferido no clamor popular.

É nítido que o conhecimento jurídico e a cultura popular brasileira vão à mão contrária. Não são poucos os casos em que o povo toma para si o poder punitivo do Estado e realiza justiça de forma injusta, bem aquém da proporcionalidade adequada. A criação do texto normativo deveria ser realizada mediante a um controle mais rigoroso e histórico, para compreender a real necessidade de chamar o poder coercitivo do Estado na delimitação de direitos, diretamente atrelados a deveres.

Os indivíduos procuram a justiça para que ela seja provedora daquilo que acreditam ter direitos mediante a interpretação abstrata do texto constitucional. Aristóteles²² ensina que a justiça significa dar às pessoas o que elas merecem. A mera aplicação do texto em abstrato não é capaz de assegurar justiça para aquele que a procura, mas perigosamente capaz de provocar injustiça contra toda coletividade. Aristóteles também sustenta que não se pode imaginar o que é uma Constituição justa sem antes refletir sobre a forma de vida mais desejável. Para ele, a lei não pode ser neutra no que tange à qualidade de vida.

Em contrapartida, Kant²³ e Rawls²⁴ afirmam que os princípios de justiça que definem os direitos não devem basear-se em nenhuma concepção particular de virtude ou da melhor forma de vida. Ao contrário, uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção do que seja uma vida boa. Já Sandel²⁵ relaciona a convicção de que justiça envolve virtude e escolha: meditar sobre a justiça parece levar-nos inevitavelmente a meditar sobre a melhor maneira de viver.

Algumas das discussões refletem o desacordo sobre o que significa maximizar o bem-estar, respeitar a liberdade ou cultivar a virtude. A filosofia política não pode solucionar discordâncias desse tipo definitivamente, mas pode dar forma aos argumentos e trazer clareza moral para as alternativas com as quais confrontarmos como cidadãos democráticos.

22 ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Saraiva 2011.

23 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

24 RAWLS, J. A **Theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1972.

25 SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 31ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

A vida em coletividades democráticas é abarrotada de divergência entre o certo e o errado, entre justiça e injustiça. No exame de Platão²⁶, para captar o sentido de justiça e da natureza de uma vida boa, é preciso posicionar acima dos preconceitos e das rotinas do dia a dia. Os clamores populares devem ser levados em consideração, contudo, não devem ser a máxima da moeda.

2. DA ASCENSÃO DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ À EUFORIA DA PRIVATIZAÇÃO DOS DIREITOS

Os problemas sociopolíticos que se manifestam na atualidade no cenário brasileiro são analisados, na maioria das vezes, de forma restritiva ao seu meio. Contudo, faz-se imprescindível (re)pensar e analisar a influência exercida pela ausência de conduta moral social e as possíveis consequências na tripartição de poderes idealizada por Montesquieu.

A Constituição brasileira de 1988 baliza a redemocratização do Brasil, por normatizar Direitos Fundamentais a fim de afastar definitivamente as mazelas do regime militar, assegurando princípios capazes de nortear o desenvolvimento de uma sociedade equitativa e igualitária.

Segundo Luís Roberto Barroso²⁷:

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenha um papel central.

Silva²⁸, também ressalta a importância dos avanços constitucionais previstos na Carta Magna:

É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

Contudo, apesar de sopesar as inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro, o texto atual não implica na solução tácita das fragilidades estruturais e sociais da República Brasileira.

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal de 1988²⁹ a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Leal³⁰, aduz que "o" conceito de Estado de Direito constituiria uma forma abreviada de se aludir a ideias diferentes que compõem o seu núcleo semântico, como as de segurança,

26 CARPES, A. PRIMEIROS APONTAMENTOS DA ALQUIMIA DAS LEIS EM PLATÃO. *Eleuthería* - Revista do Curso de Filosofia da UFMS, v. 7, n. 12, p. 23 - 40, 3 maio 2022.

27 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 318.

28 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 89.

29 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

30 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. *Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. Rio de Janeiro: UERJ, 2006.

legalidade ou de separação de poderes, que se molda, desconstrói e reconstrói com o passar das épocas. Isso implica dizer que entender e trabalhar com um conceito abstrato, como o Estado de Direito, requer, em primeiro lugar, delimitar e compreender suas concretizações.

Nas palavras de Canotilho³¹ "o princípio básico do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio nos exercícios dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes".

Segundo Ferrajoli³², o Estado é qualificado como "de Direito" quando os poderes públicos estão não somente submetidos ao que dispõe a lei (vinculação formal), mas também a certos princípios substantivos (vinculação material). É nesse sentido, também, um Estado de Justiça, segurança e juridicidade como são os Estados constitucionais contemporâneos.

Num nível mais amplo, o texto constitucional brasileiro é determinado em abstrato, por isso, carece de um manejo cuidadoso por parte de seus intérpretes. Nesse ponto, Leal³³ chama atenção a sua amplitude, o que torna a Lei Fundamental brasileira de pouca utilidade prática. Na realidade de um caso concreto, a incidência do Estado de Direito arduamente seria contundente do ponto de vista normativo para o desenlace do problema. Apesar disso, verifica-se, que tais disposições, por não serem dispostas de maneira auto interpretativa, fornecem margem para os seus intérpretes direcionar conforme seus (pré)conceitos de mundo.

Dentre os objetivos arrolados no preâmbulo constitucional, é assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça. Sua concepção foi pautada pela adoção da teoria de separação de poderes de Montesquieu, na obra "O espírito das leis", conforme dispõe o art. 2º da CRFB/88³⁴:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Idêntico, Marcelo Nunes Apolinário³⁵ ressalta que o modelo tripartite arquitetado por Montesquieu tem como intuito de neutralizar o abuso do poder e, no caso brasileiro demanda por adequações. As circunstâncias históricas, políticas, econômicas e sociais, tanto aqui no Brasil como em outros lugares do planeta, são diversas do período em que a teoria de separação de poderes foi idealizada.

Nessa ordem, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece preceitos basilares para consecução e efetivação de direitos dos cidadãos perante o Estado. Contudo, a inexistência de desenvolvimento histórico social, nos meandros

31 CANOTILHO, J. J. Gomes, **Comentários à Constituição do Brasil**. Série IDP. São Paulo: Saraiva 2014. Pág. 53.

32 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

33 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006.

34 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

35 NUNES APOLINÁRIO, M.: **Democracia e participação cidadã na atividade política estatal**, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Marzo 2014. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/27/democracia-participacao.html. Acesso em: 25/10/2022.

de todas as classes, impediu o afloramento de um comportamento constitucional na sociedade brasileira.

O uso de argumentos do tipo "*é meu direito*", "*vou impetrar mandado de segurança*", "*a Lei me garante isso*", "*vou te processar*" e outros do gênero são, cada vez mais recorrentes no hábito das pessoas. De fato, o uso de termos que remetem a lei ou a busca da justiça são frequentes e, até certo ponto, estão plenamente de acordo com a normatização e princípios assegurados em direito após a redemocratização.

Posto isso, compreender as causas da referida apropriação significa entender o recorrente engajamento judicial, o apelo ao Legislativo e atuação do Poder Executivo no novo cenário sociopolítico.

Nota-se que a atuação dos poderes tem ocorrido de forma extensiva e expansiva, muitas vezes de forma contrária ao preceituado pela Carta Constitucional.

Leal³⁶ explica que concomitante ao advento do *WelfareState*, sucedeu o excesso de produção legislativa para colmatação do texto constitucional, bem como a necessidade de intervenção do Estado na seara econômica e a proliferação de normas garantidoras de direitos sociais, de forma que, implicaram não só no aumento quantitativo de leis, como acabaram por criar microssistemas assentados sobre valores distintos. O referido autor, ainda salienta para o fato de que

o excesso pode partir tanto do legislador, quando promete o impossível ou assegura direitos cuja efetivação fática é inviável, como do Judiciário, quando banaliza a Constituição e, por exemplo, instrumentaliza-a como ferramenta para realização concreta de justiça social, usa seus princípios fundamentais para a solução de problemas de qualquer natureza ou, quando faz, deixa de lado a coerência exigida.³⁷

Em específico, a relação da inflação legislativa está vinculada as condutas morais dos indivíduos. Sob este panorama, Hesse³⁸ explica que

[...] a função simbólica da carta impede que se perceba a Constituição como simples expressão das forças político-sociais vigentes ou só um espelho da realidade histórica. Ao mesmo tempo, sua efetividade depende da vontade que a comunidade tem de respeitar e fazer valer seus comandos, ou seja, da convicção de sua inviolabilidade. Sem a devida conjugação de ambos os elementos não há como garantir a força ativa da Constituição, que "procura construir o futuro com base na natureza singular do presente".

Por sua vez, as novas necessidades do Estado Democrático explicitaram a incapacidade de o parlamento responder às expectativas nele depositadas, caracterizando a morosidade e ineficiência no exercício da função. A busca em contornar este cenário levou ao excesso de positivação legal, especificamente em determinados casos concretos de repercussão popular, como mecanismo

36 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006.

37 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006.

38 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Editora Safe, 1991. Pag.19.

de discurso político. Tal atuação deu-se na tentativa de maquiar os tradicionais problemas nacionais recuperando seu prestígio e a legitimidade junto à sociedade.

Sob este quadro, é possível verificar que as condutas morais atingem a esfera dos três poderes, e, por conseguinte, criam uma estrutura *sui generis* que caminha à falência. Nota-se o aumento do exercício do poder de legislar, bem como a crescente elaboração de decretos e medidas provisórias pelo Executivo e, concomitante, registra-se a crescente judicialização de conflitos, o que gera sobrecarga de processos no Poder Judiciário.

Contudo, o alto desempenho do Legislativo importuna outras conjunturas. Ackerman³⁹ ilustra que em um cenário típico de *recomeço*, como o brasileiro pós-1988 em que, os juízes passam a ter o papel novo e crucial "de ajudar a sociedade a preservar seus direitos fundamentais contra o retrocesso".

A investitura dessa armadura protecionista frente as mazelas provocadas pela ação e omissão do Executivo e do Legislativo, nada mais é do que embate entre poderes desacreditados e minimizados no sistema de governo. O Judiciário, frente a estes obstáculos institucionais, abocanha representatividade popular atuando como um paladino da civilidade, o ativismo jurídico.

Ao adotar um extenso rol de direitos para uma atender a uma pluralidade, a Constituição garantidora de direitos levou o Estado de Direito a uma espécie de 'Estado Paternal'. A atuação do Executivo ocorre na premissa da satisfação de clamores populares momentâneos, sem o zelo e preocupação de satisfazer os direitos e deveres preceituados na Carta Magna. Em grande parte, a atuação deste referido poder ocorre, quando ocorre, de maneira 'satisfatória' nos primeiros anos de governo para cumprir as promessas utópicas das campanhas eleitorais.

Em contramão do disseminado na sociedade brasileira, a mera textualização de um direito não garante sua aplicabilidade no Estado brasileiro. A atual Constituição em seu texto extenso, infla a União de competências, debilita a funcionalidade do federalismo, bem como dispõe acerca de necessidades de âmbito social e estatal, que poderiam ser abordadas por legislações infraconstitucionais. Além disso, o governo constitucional fundado na premissa de proteção total aos direitos fundamentais possibilitou a transferência de responsabilidades do cidadão para o governo democrático, instituído pós-ditadura, em 1987. Observa-se que o Estado de Direito foi deixado de lado na medida em que cresceu a popularidade da dogmática dos direitos fundamentais e passaram ao centro da legitimação das constituições a democracia e os direitos do homem⁴⁰.

A reflexão sobre os excessos do Legislativo não visa cercear sua função fundamental preceituada na Carta Magna, muito menos forçar a sociedade, bem como o Judiciário a atuar sob a tutela de princípios constitucionais vagos.

39 ACKERMAN, Bruce. O Novo Constitucionalismo Mundial, in CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

40 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada.** Rio de Janeiro: UERJ, 2006.

Registra-se que o sistema brasileiro, por combinar sistemas dessemelhantes de controle Constitucional, abre margem para um novo modelo, que compactua com a instabilidade institucional. E, em consequência, contribuiu para a sedimentação de uma instabilidade jurídica, altamente prejudicial para o desenvolvimento do país. O modelo político, idealizado por Montesquieu⁴¹, aplicado "*a la brasileira*", deturpado por inúmeros agentes de poder assombrados pelos anos vividos sob regime militar, cunhou um sistema que confirma encontrar-se a caminho de falência.

Nesse sentido, Montesquieu⁴² menciona o perigo real caso essas competências não sejam limitadas:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade: porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Assim sendo, obsta salientar que a mera instituição de um Estado Democrático de Direito não garante a preservação dos direitos individuais e coletivos. A democracia de um Estado não é assegurada pela mera normatização legal, para tanto, exige-se a participação efetiva da sociedade. A apropriação das normas constitucionais como se fossem de aplicação unilateral contribui para a solidificação de que a sociedade brasileira acredita na fantasia de ser atendida por um 'Estado Paternal'.

A curada supremacia da lei e o respeito pelos direitos e deveres estipulados na Constituição são abertamente ignorados e suplantados pelas concepções individuais que o Estado deve ser o provedor de todas as necessidades. Em contrapartida, nota-se que o cidadão brasileiro padece no cumprimento de seus deveres, assim como na execução dos preceitos constitucionais em seu dia a dia.

3. A CORRELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE LEI E MORAL

A moral social é o conjugado de valores comuns da sociedade, valores sociais, que refletem o que a maioria de seus membros considera como justo. É distinta da norma jurídica. A norma moral não tem caráter impositivo, isto é, se um membro da sociedade a infringir, não poderá ser constrangido a reparar sua falta; já a norma jurídica tem caráter cogente, ou seja, é fixada sem a anuência do indivíduo, e sua violação alude em reparação. Em termos amplos, moralidade se refere ao comportamento individual que pode ou não obedecer e aceitar padrões, posto que a moralidade tenta determinar se um comportamento é "bom" ou "mau"⁴³.

41 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

42 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

43 BENEDICT, Gerald. **Filósofo em 5 minutos**. Trad. Patrícia Azeredo - 1. ed. Rio de Janeiro: Best-seller, 2014.

O utilitarismo de Jeremy Betham⁴⁴ baseava-se nas consequências das ações que eram adotadas, ou seja, o princípio da utilidade causava a obrigação moral de uma ação tendendo produzir a maior quantidade de felicidade para o maior número de pessoas afetadas por essa ação. Na acepção de John Stuart Mill⁴⁵, uma ação é considerada moralmente apropriada quanto está em concordância com as normas propostas a mais ampla felicidade geral. No utilitarismo, a moralidade baseia nas consequências que surgem como resultado de uma ação, por focar mais nas consequências do que nas intenções, o valor moral de uma ação parece tornar uma questão de acaso. Contudo, a referida visão torna perfeitamente aceitável a aplicação de regras totalmente injustas, se resultar na felicidade geral. Fato evidenciado nos Estados de exceção e nos *hate speech (discurso de ódio)* do século XX.

Em contrapartida, conforme o imperativo categórico de Kant⁴⁶, uma pessoa deveria (re)pensar em suas ações e, portanto, agir como se o princípio da motivação fosse uma lei universal. Posto que, ao tomar decisões, a pessoa deve considerar fatores como os direitos dos outros e suas próprias obrigações. Ideia que incide na reciprocidade para a aplicabilidade plena das normas constitucionais, bem como a efetividade das normas infraconstitucionais. Isto é, a formulação de princípios morais básicos, de forma que toda ação representa um ideal, um mínimo denominador comum de relacionamentos civilizados, essencial para efetivação plena das normas⁴⁷.

Assim, se as leis refletem padrões de comportamento, estes, aceitáveis dentro de princípios fundamentais, valores universais, o cidadão que não cumpre com a lei ou faz juízo subjetivo próprio de seguir o preceituado, não detêm senso moral para viver em coletividade, tal como não possui respeito pela lei.

Rousseau, em O Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens⁴⁸, desenvolve a noção de reciprocidade que permite fundar uma moral que começa e termina no homem. As condições legítimas das relações entre as pessoas e a melhor forma de organizar a sociedade também podem ser infinitamente diferentes do que são, haja vista estarem estritamente vinculadas à capacidade deliberativa do homem, frente à liberdade de escolher.

As considerações de moralidade interna se expandem pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, determinando o modo de produção das normas e seu uso na solução de problemas concretos⁴⁹. Nesse ensejo, a lei é o reflexo de padrões de comportamento que acabaram sendo desenvolvidos e viraram a norma aceita. Ainda, segundo Morris⁵⁰, nenhuma sociedade conseguiria sobreviver sem um código moral. Sem diretrizes estabelecidas de comportamento e os meios para aplicar as leis que as expressam, seríamos ingovernáveis e reduzidos à anarquia.

44 BENTHAM, Jeremy. **Introduction to the Principles of Morals and Legislation.**(1789). J.H. Burns e H. LA Hart, eds. Cap. 1. Oxford: Oxford University Press, 1996.

45 MILL, John Stuart. **A liberdade utilitarismo.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

46 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

47 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

48 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a Origem da Desigualdade.** Domínio Público, 2001.

49 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada.** Rio de Janeiro: UERJ, 2006

50 MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes filósofos do Direito.** Trad. Reinaldo Guarany – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Em contramão, Montesquieu⁵¹ professou que o homem é incapaz de seguir leis morais, e, portanto, foi tolhido a seguir leis políticas e civis, aduzindo, ainda, que é um ser propenso a modificar e violar sem cessar as leis que ele mesmo estabeleceu. De forma que as leis devem estar relacionadas ao físico do país, ao gênero de vida dos povos, com o grau de liberdade que a constituição pode tolerar, com a religião dos habitantes, com as inclinações, com as riquezas, com o número, com o comércio, com os costumes, com comportamentos, bem como da relação daqueles que governam e os que são governados. Afinal, conforme Waldron⁵², em uma democracia, a legislação goza de elevada dignidade.

A conexão da lei com a moral é também afirmada a partir da centralidade dos direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas e, especialmente, de seu forte conteúdo principiológico⁵³. No entanto, após quase trinta anos de vigência da Constituição, é possível verificar que ainda não se extraiu os melhores resultados de um texto repleto de garantias e promessas.

Rousseau⁵⁴ declarou no início de seu livro O contrato social, que "o homem nasce livre, e por toda parte encontra-se sob ferros". Ou seja, quanto mais se legisla no exercício de um mandato, maior é a limitação de direitos. O exercício recorrente do poder de legislar que parte da premissa da disseminação de leis, muitas inúteis, para angariar apoio popular, ainda que legislativamente desnecessária para a solução de conflitos, acaba por inflar a legislação. O excesso de normatização dos padrões de comportamentos idealizados extrapola a função do Estado.

Thomas Jefferson, em seu discurso inaugural como presidente dos EUA, sugeriu uma Regra de Ouro para os legisladores: "Impedir os homens de se atacar mutuamente, [e então] deve deixá-los livres para regular as suas próprias atividades"⁵⁵. Desse modo, a iniciativa governamental em legislar sobre tudo restringe o campo de livre deliberação e, assim, desmoraliza a sociedade.

Uma das teses defendidas por Leal⁵⁶, é o uso o mais cuidadoso dos princípios constitucionais, especialmente dos mais vagos, justifica-se não só pela possibilidade e redução de custos, mas porque a legislação brasileira detém muitas regras, constitucionais e infraconstitucionais. Há uma tendência quase que natural a constitucionalizar todos os problemas da vida.

Em um Estado plural que se entende democrático, as diversas opções morais e projetos de vida devem ser permanentemente considerados, de modo a promover um estado de coisas capaz de permitir a convivência das concepções divergentes⁵⁷.

51 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

52 WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

53 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006

54 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Domínio Público, 2012. P. 11

55 BENEDICT, Gerald. **Filósofo em 5 minutos**. Trad. Patrícia Azeredo - 1. ed. Rio de Janeiro: Best-seller, 2014.P.206

56 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006

57 LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006

De sobremaneira, a excessiva normatização não apenas reflete a ausência da capacidade deliberativa em agir moralmente, como também impede o desenvolvimento de uma conduta moral, fato que resulta um mundo cada vez menos moral⁵⁸.

O excesso de interferência nas relações morais além de contribuir no aumento do fenômeno da judicialização na perspectiva que o Judiciário é imbuído efetivar o que não é feito pelo Executivo, tampouco tutelado pelo Legislativo, como também, no perigo de uma atuação expansiva das funções recepcionadas pelo texto constitucional, acarretando o fenômeno de individualização de direitos constitucionais em contrassenso do fortalecimento da mobilização social no contexto do exercício da cidadania popular.

A sociedade se define vivendo e as delimitações normativas devem ser resultantes de um processo de construção histórico, e não, imposição de um modelo não concatenado com a realidade física, geográfica e social. É notório que nação brasileira padece com a ausência de condutas morais, posto que na particularidade de cada trajetória dos brasileiros, são claras as situações normatizadas que se convertem em problemas morais e, através do recorrente jeitinho brasileiro, legitima toda possibilidade de ponderar suas ações, desconsiderar a lei e a boa ordem em benefício próprio.

Dentre as diversas situações, não são raros os flagrantes do uso de vagas exclusivas para cadeirantes e idosos por pessoas em perfeita saúde e jovialidade, o uso da faixa de acostamento para burlar o congestionamento a fim de chegar mais rápido ao destino pretendido, a apropriação de troco indevido ao realizar pagamento nos comércios, a 'cola' na realização de provas e concursos, a utilização de carteira de estudante por aqueles que não estudam, a sonegação de impostos e declaração de renda, o excesso de velocidade, entre outras que se narradas consumiriam grande parte deste trabalho.

Em certa medida, é correto afirmar que a efetivação da Constituição Cidadã perpassa pela obrigação de cada indivíduo da nação. Morris⁵⁹ divisa as obrigações em relação aos outros como reflexo das obrigações com nós mesmos, tendo o respeito como base de tudo.

Nesse sentido, dentre as possibilidades de inverter o cenário crônico e patológico da atuação estatal, das instituições governamentais e da falácia moral cabe aludir o desenvolvimento de trabalhos voltados ao aperfeiçoamento pessoal, por meio de uma educação crítica e coletivo, pela cultura e por meio de políticas públicas.

4. CONCLUSÃO

A inflação legislativa, verificada em relação às inúmeras emendas Constitucionais e à legislação federal, contrasta com a realidade decorrente ao Estado Democrático

58 BARROS FILHO, Clovis de. POMPEU, Júlio. **A Filosofia explica grandes questões da humanidade**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

59 MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes filósofos do Direito**. Trad. Reinaldo Guarany – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

de Direto, configurando ainda um importante obstáculo ao desenvolvimento de uma consciência moral na nação brasileira.

Assim sendo, o excesso da função de legislar proporcionou: 1) a reação do Judiciário no uso de suas atribuições constitucionais em contradição dos interesses da aristocracia parlamentar e da parcimônia do Executivo. Neste sentido, a crise republicana *'a la brasileira'* ocorre no embate institucional entre os três poderes; 2) a normatização de valores coletivos não é o melhor deslinde dos distintos problemas sociais advindos do povo brasileiro, fruto de uma construção história ímpar.

Verifica-se a crescente judicialização de litígios, em muitos casos banais, concomitante ao descrédito crescente dos Poderes em assegurar os direitos preceituados na Carta Magna. Ao mesmo tempo, o Judiciário se aproveita para galgar espaço politicamente. O Legislativo responde com uma atuação excessiva, muito além de suas atribuições, elaborando um emaranhado de leis e, em contrapartida, o Executivo atua de forma paternal para atender aos clamores populares.

Nesse ponto, as transformações relativas à redemocratização e advento de uma Constituição Cidadã não foram condicionadas por uma construção história popular, mas pela perpetuação histórica de antigos agentes do poder. A fragilidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deve ser atribuída a própria fragilidade moral do indivíduo. Em igual medida, o excesso de positivação de direitos não mitigará o atrasado engajamento individual no plano social.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. O Novo Constitucionalismo Mundial, in CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARISTOTELES. **A Política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Saraiva 2011.
- BARROS FILHO, Clovis de. POMPEU, Júlio. **A Filosofia explica grandes questões da humanidade**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BENEDICT, Gerald. **Filósofo em 5 minutos**. Trad. Patrícia Azeredo - 1. ed. Rio de Janeiro: Best-seller, 2014.
- BENTHAM, Jeremy. **Introduction to the Principles of Morals and Legislation**.(1789). J.H. Burns e H. L.A Hart, eds. Cap. 1. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Impeachment : o julgamento da presidente Dilma Rousseff pelo Senado Federal** / Senado Federal. -- Brasília : Senado Federal, SAJS, 2016.
- BRASIL. **Lei nº. 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a - 177 - Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 10 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11340.htm. Acesso em: 20 ago 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.737**, de 30 de novembro de 2012. Lei Carolina Dieckmann. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12737.htm. Acesso em: 20 ago 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 135/2010**, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em 20 ago 2022.

BRASIL. **Lei 12.990**, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 20 ago 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. Femicídio. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 20 ago 2022.

BRASIL. STF. **AÇÃO PENAL 470**. Minas Gerais. Plenário. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Publicado em 17/12/2012.

BRASIL. STF. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54** DISTRITO FEDERAL. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em: 12/04/2012.

BRASIL. STF. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132** RIO DE JANEIRO Relator: Min. Ayres Britto. Publicado em: 05/05/2011.

BRASIL. STF. **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659** SÃO PAULO. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado em: 08/12/2011.

BRASIL. STF. **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779** SANTA CATARINA. PLENÁRIO. Relator: Min. Roberto Barroso. Publicado em: 13/11/2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Comentários à Constituição do Brasil**. Série IDP. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. **Estado de Direito**. Cadernos de Direito nº 7. Lisboa: Gradiva, 2001.

CARPES, A. PRIMEIROS APONTAMENTOS DA ALQUIMIA DAS LEIS EM PLATÃO. **Eleuthería - Revista do Curso de Filosofia da UFMS**, v. 7, n. 12, p. 23 - 40, 3 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARA, Francesco. **Como Aplicar e Interpretar as Leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Editora Safe, 1991.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada**. Rio de Janeiro: UERJ, 2006.

LEAL, Fernando. (A) Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 17, n. 1, p. e4456, maio 2021. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4456/2767>. Acesso em: 11 dez. 2022. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2021.v17i1.4456>.

LEITÃO, M. C. Excesso, técnica e exceção: notas críticas ao conceito de estado de direito. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, [S. l.], v. 38, n. 2, p. 135–152, 2022. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/450>. Acesso em: 23 nov. 2022

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MILL, John Stuart. **A liberdade utilitarismo**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes filósofos do Direito**. Trad. Reinaldo Guarany – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Domínio Público, 2012.

_____. **Discurso sobre a Origem da Desigualdade**. Domínio Público, 2001.

NUNES APOLINÁRIO, M.: **Democracia e participação cidadã na atividade política estatal**, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Marzo 2014. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccs/27/democracia-participacao.html. Acesso em: 25/10/2022.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1972.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

SANDEL, Michael J, **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 31ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. 3ª triagem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

VIANA, Natália. NEVES, Rafael. **O FBI e a Lava jato**. 01 de julho de 2020. Agência Pública. Disponível em: [Como o FBI influenciou procuradores da Lava jato \(apublica.org\)](http://Como.o.FBI.influenciou.procuradores.da.Lava.jato.apublica.org). Acesso em: 14/12/2022.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EXEMPTION FROM BIDDING DUE TO FAILURE IN A PREVIOUS BIDDING PROCESS: THE CASE OF THE NEW LAW ON PUBLIC PROCUREMENT AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS

A DISPENSA DE LICITAÇÃO ADVINDA DE INSUCESSO EM CERTAME LICITATÓRIO ANTERIOR: O CASO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Juliano Eugenio da Silva¹

¹Doutorando em Filosofia pela UFPR. Mestre em História pela UEPG. Bacharel e Licenciado em Filosofia pela UFPR. Bacharel em Teologia pela Fabapar. Pregoeiro e Presidente da Comissão Permanente de Licitações da Fundação Estatal de Atenção à Saúde – Feas Curitiba.
eugeniodasilvajuliano@gmail.com

Recebido/Received: 04.04.2022/ April 4th, 2022.
Aprovado/Approved: 26.01.2023/ January 26th, 2023.

RESUMO

O presente artigo discute uma possível inconstitucionalidade na lei 14.133/2021, art. 75, inciso III, alínea "a)". Tal dispositivo autoriza a dispensa de licitação sob a motivação de uma licitação anterior infrutífera; especificamente, desobriga o agente público de refazer a licitação reputada por sem sucesso, ainda que possível tal repetição. Tendo como metodologia o cotejo de doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como dos princípios norteadores destes processos, argumenta-se no sentido de que, tendo em vista a celeridade, a eficiência e a desburocratização dos processos de compras públicas ser um alvo a ser seguido no intento do legislador atual, em se redobrando os cuidados para com a total legalidade da licitação anterior infrutífera, tal dispositivo é constitucional.

Palavras-chave: Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Contratação Direta; Eficiência; Celeridade.

ABSTRACT

This article discusses a possible unconstitutionality in law 14.133/2021, art. 75, item III, item "a)". Such device authorizes the waiver of bidding on the grounds of a previous unsuccessful bidding; specifically, it releases the public agent from redoing the tender considered unsuccessful, even if such repetition is possible. Having as a methodology the comparison of doctrine and jurisprudence on the subject, as well as the guiding principles of these processes, it is argued that, in view of the speed, efficiency and reduction of bureaucracy of public procurement processes, being a target to be followed in the attempt of the current legislator, in redoubling the care for the total legality of the previous unsuccessful bidding, such device is constitutional.

Keywords: Law of Bidding and Administrative Contracts; Direct Hiring; Efficiency; Celerity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA PRECEDENTE; 2. A LEI 14.133/2021; 3. UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A Lei 14.133/2021, promulgada em 1 de abril de 2021, é a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Atualmente, encontra-se em fase de transição e substituirá a Lei 8.666/93. Aquela nova lei traz uma diferença fundamental quanto à possibilidade de dispensa de licitação sob a justificativa de licitação anterior fracassada e/ou deserta. A simples leitura das hipóteses de permissão de dispensa de licitação neste cenário levanta um problema.

A Lei 8.666/93 assim explanava tal questão:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...] V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

Por sua vez a lei 14.133/2021, em seu artigo 75, inciso III, a), passou a exigir que a contratação direta, decorrente de licitação deserta ou fracassada, mantenha todas as condições do edital do certame e que tenha sido realizado a menos de um ano.

Veja-se que a lei mais antiga trazia a clara menção à licitação deserta que "*justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração*". Esta limitação não aparece na legislação posterior e suscita o problema: não poderia o gestor público realizar dispensa de licitação em situação em que poder-se-ia realizar novamente o certame licitatório? E isso não se configuraria, a priori, fuga à licitação, o que é vedado? Ao fim e ao cabo, tal dispositivo não seria inconstitucional? Sobre esse problema o presente artigo se detém.

Para tanto, basicamente, a metodologia se dará quanto ao cotejo da jurisprudência e doutrina da lei 8.666/93 sobre o tema, principais questões por elas levantadas, para posteriormente voltar-se sobre a nova lei e sua redação, tendo em vista, em especial, os princípios legais norteadores destes processos. Por fim, propor-se-á uma possível solução ao problema, a partir dos princípios constitucionais da eficiência, bem como princípios da nova lei de licitações e contratos administrativos, a saber, eficiência, a eficácia, e a celeridade.

1. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA PRECEDENTE

A leitura do texto da Lei 8.666/93, artigo 24, inciso V, não suscita grande controvérsia quanto a questão que aqui tenciona-se abordar. Principalmente porque o ditame legal é claro quanto aos requisitos a serem cumpridos para que a dispensa de licitação se revista da legalidade ali exposta. São eles: i) não acudirem interessados à licitação anterior; ii) esta licitação anterior, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração; e iii) mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas. É certo que há alguma controvérsia quanto aos termos de "não acudirem interessados à licitação anterior", mas este assunto não influi no que aqui

discute-se¹. O ponto que ora interessa se dá sobre o item ii) acima exposto, a saber, a necessidade de comprovação da não possibilidade de refazimento da licitação outrora infrutífera sem prejuízos à Administração. E neste ponto não há grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Antes a clareza é regra.

Quanto ao caso, o Tribunal de Contas da União (TCU) se manifestou diversas vezes. E em todos os cenários vê-se que a justificativa da não possibilidade de refazimento da licitação é *conditio sine qua non* para que a dispensa seja considerada legal. Abaixo alguns exemplos de decisões desta Corte de Contas.

Acórdão 2648/2007-Plenário.

Enunciado: Ausentes os requisitos que caracterizam a licitação deserta e não demonstrado que a repetição do certame traria prejuízos à Administração, é considerada ilegal a contratação direta. [...]

28. Absolutamente, não estavam presentes os requisitos pertinentes à contratação com tal fundamento. Primeiramente, é bastante estranho o contexto em que se caracterizou a licitação deserta. 17 empresas adquiriram o edital e fizeram a caução exigida. Entretanto, elas não teriam adentrado a sala de reuniões, o que caracterizaria seu desinteresse em participar do certame. Inicialmente, é pouco crível que todas essas empresas, apesar de retirarem o edital e apresentarem a caução, de repente tenham desistido de participar, sem razão aparente. Além disso, o fato de alguma empresa não assistir à sessão de julgamento não significa que ela não esteja interessada em participar da licitação, uma vez que não é obrigatória a presença física de representante da empresa para que sua proposta seja considerada no certame.

29. Ainda que se pudesse caracterizar a licitação como deserta, não estaria justificada a contratação com base no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, pois se teria que demonstrar que a repetição do certame traria prejuízos à administração, conforme reza o dispositivo, o que não foi feito. Aliás, entre o dia em que se declarou deserta a licitação [...] e a data em que foi feita a contratação por dispensa de licitação [...], decorreram quase 4 meses, tempo suficiente para realização de nova licitação. Cabe mencionar, também, que não houve motivação para a escolha do consórcio contratado para realizar as obras, conforme exige o art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

30. A contratação com dispensa de licitação, portanto, foi ilegal [grifou-se].

Há precedentes anteriores, entretanto, importa focar naqueles mais recentes, dada a uniformidade do tema e o desenvolvimento da jurisprudência da corte.

¹ Mas para que o leitor fique situado, explique-se. O legislador atual acabou com uma antiga querela em torno da licitação deserta ou fracassada. Alguns comentadores defendiam que tal dispositivo da lei 8.666/93 se aplicaria somente ao caso de licitação "deserta", ou seja, faziam uma leitura mais hermética do texto (por exemplo, Roberto Bazilli e Sandra Miranda: "*Essa é a hipótese da chamada licitação deserta, que não se confunde com a fracassada. [...] Na licitação deserta não ocorrem interessados ao procedimento licitatório, enquanto que na fracassada os interessados comparecem ao certame, mas não preenchem os requisitos para habilitação ou, quando qualificados, suas propostas são desclassificadas, ou então desistem de participar*" (BAZILLI & MIRANDA, 1999, p. 166)). Por outro lado, alguns estudiosos declaravam que esse entendimento não seria o mais adequado, já que o cenário para a administração, ao fim e ao cabo era o mesmo (é o caso de BITTENCOURT, 2016, p. 244; JACOBY FERNANDES, 2005; e Joel Niebuhr, a quem importa citar: "*Em ambas as situações, o resultado para a administração é o mesmo, isto é, ela não consegue obter da licitação o objetivo visado, qual seja, o de selecionar aquele com quem irá celebrar contrato administrativo. Daí que, em obséquio à identidade das consequências, defende-se que o inc. V do art. 24 da Lei 8.666/93 aplica-se tanto em relação às licitações desertas, quanto no tocante às fracassadas*" (NIEBUHR, 2004)).

No que diz respeito à lei 14.133/2021, ambos os cenários estão abarcados, ou seja, o legislador tendo em mente essa querela, resolveu-a tomando partido de uma interpretação mais abrangente, e referindo-se tanto à licitação deserta (a que não acudem interessados) quanto a fracassada (aquela em que todos os participantes são aliados).

Neste acórdão de 2007 vemos claramente a questão: "*teria[-se] que demonstrar que a repetição do certame traria prejuízos à administração*" e como grifou-se "*a contratação com dispensa de licitação, portanto, foi ilegal*". Ou seja, não houve a comprovação de que não seria possível realizar novamente a licitação inicialmente deserta e mesmo assim foi realizada dispensa de licitação com base no citado ditame legal. Portanto, em falta do requisito ii) acima exposto, a dispensa de licitação foi declarada ilegal.

Outro precedente nesse sentido explana:

Acórdão 6440/2011-Primeira Câmara

Enunciado: A licitação deserta deve ser repetida ou justificada a inviabilidade de sua repetição. [...]

14. De outro lado, o fundamento invocado para a contratação direta da referida empresa – art. 24, inciso V, da Lei 8.666/1993, somente poderia ser empregado no caso de não acudirem interessados à licitação anterior e se o certame, justificadamente, não pudesse ser repetido sem prejuízo para a Administração, não se vislumbrando dos autos evidências de que os requisitos pertinentes à contratação direta foram observados, sobretudo porque não restou demonstrada a inviabilidade da repetição do certame nem a potencialidade de eventual prejuízo à Administração se ocorresse nova licitação, situação essa que se mostra agravada pelo fato de que a publicidade exigida para a concorrência, modalidade mais adequada, permitiria ampliar o escopo de potenciais licitantes e, muito provavelmente, não resultaria deserta [...].

Novamente a questão é primordial: há que se comprovar a inviabilidade de se repetir a licitação bem como os prejuízos que tal repetição causariam à Administração, sob pena de ilegalidade na dispensa de licitação. Por fim:

Acórdão 342/2011-Primeira Câmara

Enunciado: O art. 24, inciso V, da Lei 8.666/1993 (licitação deserta) só pode ser utilizado como fundamento para a contratação direta caso o certame não possa, justificadamente, ser repetido sem prejuízo para a Administração. [...]

13. O fundamento invocado para a contratação direta da referida empresa – art. 24, inciso V, da Lei n. 8.666/1993 – somente pode ser empregado no caso de não acudirem interessados à licitação anterior e se o certame, justificadamente, não puder ser repetido sem prejuízo para a Administração.

14. Não se vislumbram dos autos evidências de que os requisitos pertinentes à contratação direta foram observados, sobretudo **porque não restou demonstrada a inviabilidade da repetição do certame nem a potencialidade de eventual prejuízo à Administração se ocorresse nova licitação. [grifou-se].**

Em todos os casos, o TCU é taxativo: em não sendo comprovada a impossibilidade de refazimento da licitação e os prejuízos à Administração daí advindos, a contratação direta sempre foi reputada como ilegal. Da mesma forma há uniformidade na doutrina sobre o tema. Justen Filho elenca semelhantemente ao acima exposto os requisitos para a devida ancoragem da dispensa:

O primeiro requisito é a realização de licitação anterior, concluída infrutiferamente. [...] O segundo requisito é a ausência de interessados em participar da licitação anterior. [...] O terceiro requisito é o risco de prejuízos se a licitação vier a ser repetida. A Administração estaria obrigada a renovar o processo licitatório, na sua etapa externa. No entanto, verifica que a repetição dos atos acarretaria prejuízos ao interesse buscado pelo Estado. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 502-503).

Seria insistir num mesmo ponto a reiteração dos argumentos de comentaristas. Somente na presença destes três requisitos é que há legalidade na aplicação do artigo 24, V da Lei 8.666/93. Tal questão levanta a reflexão acerca dos intentos do legislador quando estipulou tais requisitos, em especial o segundo deles, novamente, a necessidade de comprovação da não possibilidade de refazimentos da licitação sem prejuízos à Administração.

E a resposta parece simples, a saber, há o dever constitucional de licitar. Assim lê-se na Carta Magna:

Art. 37, [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Veja-se, a licitação é dever do agente público. A legislação infraconstitucional previu casos em que as licitações poderiam ser dispensadas. Isso não afasta o dever constitucional da licitação, mas simplesmente elenca casos em que é possível que esta não se realize. Ou seja, a licitação é a regra e as contratações diretas, casos excepcionais (NOHARA, 2022, p. 288).

É neste cenário que se entende a previsão da lei 8.666/93: se é possível refazer a licitação sem causar prejuízos ao interesse público, é dever do agente público refazê-la e não dispensá-la. É neste diapasão que são totalmente compreensíveis as decisões do TCU acima expostas: nas situações em que a Administração Pública não comprovou a impossibilidade de refazimento da licitação sem causar prejuízos, mas antes, dispensou o certame com base no dispositivo acima exposto, tal prática se revestiu de ilegalidade.

Pois bem, se há certa unanimidade na interpretação da lei 8.666/93, importa progredir à análise da lei 14.133/2021, regramento este que está em vias de substituir completamente o anterior.

2. A LEI 14.133/2021

Promulgada em primeiro de abril de 2021, a lei 14.113/2021 substituirá, num interregno cabal de 2 anos, a Lei 8.666/93, como regulamento geral de licitações e contratos. Fruto de intensa discussão no Congresso Nacional, buscou inovar e

modernizar a legislação nacional no campo das contratações públicas. No que diz respeito ao tema que aqui tratamos esta nova lei assim se pronunciou:

Art. 75. É dispensável a licitação: [...]

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

Em suma, o dispositivo legal sofreu uma importante alteração: a obrigatoriedade do refazimento da licitação foi retirada. O legislador, tendo em vista os princípios elencados no início do diploma legal², buscou, sem dúvida, aprimorar e modernizar a maneira como a questão deve ser tratada. Importa que se detalhe a questão.

Em uma palavra: há uma simplificação do caso aplicável à dispensa de licitação que aqui trata-se: a licitação anterior infrutífera. Isso pode ser interpretado da seguinte forma: já houve licitação prévia que restou infrutífera³, por que então insistir em um processo que tende a novo insucesso? Neste sentido, seria um atentado contra a eficiência e eficácia, um desperdício de recursos públicos, despender novos esforços para refazimento da licitação. Justen Filho argumenta nessa direção ao afirmar que:

O problema não é realizar uma nova licitação, mas *repetir* uma licitação que já foi processada regularmente. Há uma presunção de inutilidade de repetir a licitação. Haveria desperdício não apenas de tempo, mas também de recursos públicos. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1014.)

Se esta foi a intenção do legislador, fica fácil entender a tentativa de simplificação do caso. Eis as condições para aplicação do dispositivo:

É dispensável a licitação para contratação que i) mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano; quando naquela licitação ii) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas. Em suma, não houve grande número de alterações, mas sim, retirou-se a obrigatoriedade de refazimento da licitação, considerado por si só como prejuízo à Administração quanto a este refazimento.

A primeira imposição diz respeito a condições estabelecidas em edital que deverão ser mantidas quando da dispensa de licitação. Em suma, tal dispositivo visa

² "Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)".

Veja-se que já nos princípios, há importantes alterações. Entre outros destaca-se, a eficiência, o planejamento, a eficácia, a razoabilidade, a proporcionalidade, e celeridade, etc. Tais princípios não constavam da Lei 8.666/93 (que assim se manifestava:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos").

Vê-se que o legislador atual julgou importante que houvesse disposições no sentido de otimizar as ações públicas e desburocratizá-las, visando a eficiência e a agilidade da administração pública perante suas obrigações. Esse é um ponto importante a ter-se em mente. Repita-se: vê-se claramente um foco na agilidade, na eficiência, e no desvelo de uma burocracia desarrazoada na administração pública.

³ E nesta licitação prévia, já deveriam, em tese, ter sido cumpridos todos os requisitos para uma licitação adequada, quais sejam, entre outros, o planejamento adequado, o estabelecimento de preços condizentes com o mercado, a devida publicidade ao certame, etc.

garantir a identidade de objetos da contratação. Não pode o agente público licitar determinado bem ou serviço e dispensar a licitação de algo diverso disso, quando ancorar sua decisão no trecho legal acima disposto. A segunda condição é a de que a licitação anterior tenha sido infrutífera (deserta ou fracassada). Feito: se estas condições forem satisfeitas a licitação poderá ser dispensada; e, claro, há ainda a questão do prazo de até um ano.

Mas disso surge a questão: tendo em vista o dever constitucional de licitar, e em um hipotético cenário, em que poder-se-ia repetir a licitação – outrora infrutífera –, não seria este artigo passível de legitimar a fuga à licitação? Não seria um tensionamento do texto constitucional? Nas decisões da Corte de Contas acima expostas, é clara a vedação: é ilegal a dispensa de licitação, embasada em certame anterior infrutífero, sem a justificativa da impossibilidade de refazimento da licitação. Mas isto dizia respeito à lei 8.666/93. E não parece ser o caso desta nova lei 14.113/21.

Por outro lado, é importante que se note que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é mais detalhista quanto ao procedimento da contratação direta em si do que a lei anterior. Há um redobramento de cuidados para com a instrução do processo e, em especial, sua motivação e publicidade. Irene Nohara detalha a questão:

O processo de contratação direta da Lei nº 14.133/2021 incrementou mudanças em relação à lei anterior. Há mais exigências de documentos e justificativas para motivar o procedimento; sua divulgação deverá ser feita pela via eletrônica; e também houve inserção de dispositivo desdobrando a responsabilidade entre Administração e contratado. De acordo com o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: (I) documento de formalização da demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; (II) estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da lei; (III) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; (IV) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; (V) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; (VI) razão de escolha do contratado; (VII) justificativa do preço; e (VIII) autorização da autoridade competente. A lei anterior apenas exigia os seguintes elementos do processo, dispostos no parágrafo único do art. 26 (Lei nº 8.666/93): (I) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (II) razão de escolha do fornecedor ou executante; (III) justificativa do preço; e (IV) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (NOHARA, 2022, p. 297).

Outro ponto fundamental é de que uma importante novidade na Lei 14.133/2021 referente a expressa menção a dolo, fraude ou erro grosseiro quando da contratação direta indevida. O artigo 73, *caput*, assim se impõe:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável

responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Em suma, o legislador requer mais formalidades que instruem o processo detalhada e adequadamente, bem como prevê sanção conjunta ao agente público e ao contratado na hipótese de contratação direta indevida⁴. Entretanto, a despeito disso, a principal questão acima permanece: em se podendo realizar novamente a licitação infrutífera, uma contratação direta com base no trecho legal em discussão, não se caracterizaria em fuga à licitação e, em última análise, na inconstitucionalidade do trecho legal? Veja-se que **não há** nesta nova lei o trecho que constava na anterior: "*quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração*".

Ora, então atualmente não há a necessidade de se repetir a licitação, mesmo se isso fosse possível sem trazer prejuízos à Administração. Repita-se: realizada a licitação e seu resultado sendo como um insucesso, mesmo que fosse possível repeti-la sem prejuízo, a lei 14.133/2021 desobriga o agente público a tal.

3. UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO

Aparenta-se que a intenção do legislador não foi outra senão a de racionalizar o processo de contratação pública. Em outras palavras, poder-se-ia traduzir sua intenção no seguinte sentido: por que repetir o que já se provou infrutífero? Por que dispende tempo e recursos públicos em um processo que por alguma razão não atingiu os fins a que se destina, a saber, a contratação pela administração pública de entidade que satisfará uma determinada necessidade? Não faz sentido a repetição. Tendo em vista os princípios elencados na legislação mais recente⁵ – repetimos, em especial, a razoabilidade, a proporcionalidade e a celeridade – priorizou-se a otimização dos processos.

A tensão resulta justamente da imposição constitucional do dever de licitar. O fiel da balança está justamente na dicotomia eficiência, eficácia e agilidade nas respostas da administração pública às necessidades da sociedade. É minimamente razoável realizar novamente a licitação infrutífera? É pertinente dispende recursos públicos – sem olvidar dos consideráveis prazos para conclusão dos certames – em processos licitatórios infrutíferos?

4 Sidney Bittencourt ressalta quanto a este ponto do art. 72 que: "*Comparando-se com a lei anterior, verifica-se um aumento do rol de documentos, retratando tipicamente a atividade de controle*" (BITTENCOURT, 2021, p. 95) e ainda quanto ao art. 73: "*Conforme observa José Calasans, este dispositivo encerra uma regra importante: a advertência da responsabilidade solidária do agente público e do beneficiário da contratação, se dela resultar dano à Administração Pública, quando tiverem agido com dolo, fraude ou erro grosseiro. Nesse ponto, a lei adota o entendimento que se consolidou na jurisprudência dos tribunais, especialmente quando se pretende a responsabilização criminal pela contratação direta (cf. o novo art. 337-E, inserido no Código Penal, pela nova Lei de Licitações)*" (BITTENCOURT, 2021, p. 113).

5 Sem olvidar a Constituição em seu artigo 37, caput, que explana: "*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*" (grifou-se).

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos explana em seu artigo 5º, caput: "*Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*"

Sidney Bittencourt assevera quanto ao ponto que:

A regra tem razão de ser: o custo de realização de nova licitação poderá trazer prejuízos para a Administração, o que, é claro, deverá ser ponderado pelo agente público responsável de modo a sopesar se deverá ou não utilizar o mecanismo de dispensa (BITTENCOURT, 2021, p. 177).

Joel Niebuhr no mesmo sentido:

O legislador criou hipóteses de dispensa relacionadas a casos em que a licitação pública não foi bem-sucedida e que, em razão disso, a repetição do procedimento pode ser danosa ao interesse público. (NIEBUHR, 2021, *apud* BITTENCOURT, 2021, p. 177).

Não afigura-se que o legislador tenha se atentado tanto a essa tensão entre eficiência e agilidade versus dever constitucional de licitar. Ao passo que, como comungado pelos comentadores acima, o que foi levado em conta foi o refazimento do certame licitatório possivelmente trazendo algum tipo de dano à Administração, em especial, quanto à eficácia e à eficiência nas respostas quanto às obrigações da Administração Pública, em especial conforme exarado por Justen Filho: "*Há uma presunção de inutilidade de repetir a licitação*" (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1014), ou seja, a repetição de algo infrutífero é tida, em si, como danosa ao interesse público. Assim, vislumbra-se um cenário que resolve, pelo menos à primeira vista, a questão.

A solução, portanto, encontra-se no processo licitatório anterior, aquele infrutífero. Nessa licitação há, obrigatoriamente, que se ter havido o correto planejamento, a devida pesquisa de preços de mercado para que os preços praticados de fatos refletissem a realidade comercial, observância ao devido procedimento legal, em especial a publicidade e interregno entre lançamento da licitação e dia para recebimento e abertura de propostas.

Esses aspectos parecem os mínimos para que a dispensa de licitação ancorada na lei 14.133/2021, Art. 75. III, "a" seja aplicada corretamente sem afronta ao texto constitucional. Em outras palavras, a lisura da licitação anterior deve ser reiterada para que se prove que repeti-la é inútil. Os preços praticados naquela licitação devem ter sido aferidos de maneira adequada⁶; tal questão é importantíssima, pois uma licitação com preços demasiadamente baixos, por exemplo, afasta possíveis interessados e "força" um insucesso. O planejamento da licitação também deve ter sido adequado. A própria lei 14.133/2021 alçou o planejamento a caráter de princípio. Por fim, a publicidade deve ter sido a adequada, afinal, a falta de publicidade à licitação pode afastar possíveis interessados, e novamente "forçar" o insucesso do certame.

⁶ O Tribunal de Contas do Estado de Paraná possui avançado entendimento sobre o caso. Por exemplo o acórdão nº 1108/20 - Tribunal Pleno, que em sua ementa traz: "[...] Ao gestor compete, motivadamente, escolher as fontes disponíveis que melhor captem a realidade do mercado. Possibilidade de utilização de editais de licitação, contratos e atas de registros de preços de outros entes da federação (Municípios e/ou Estados e/ou União), desde que similares em relação ao objeto e à quantidade licitada, devendo-se observar ainda a inexistência de condições diferenciadas na contratação que possam interferir nos valores ofertados. Inexistência de conceito legal de publicações e sites especializados, cabendo ao gestor justificar a escolha das fontes". Tal acórdão uniformiza a interpretação acerca das decisões dessa corte sobre o caso. Importante salientar a questão da efetiva realidade do mercado. Lemos no mesmo acórdão: "A pesquisa de preços deverá buscar captar ao máximo possível os preços efetivamente praticados no mercado". Veja-se, os preços realizados na licitação devem ser condizentes, ao máximo possível, com o mercado. Afinal, preços desarrazoados alijam competidores.

Uma insistência neste último ponto é necessária: tal contratação direta deve revestir-se de motivação no sentido de provar que a licitação anterior cobriu-se de todos os cuidados legais, de modo que uma licitação mal planejada ou mal realizada, não seja ensejo para futuras contratações diretas; e este cenário, sem sombra de dúvidas, é passível de sanções e tal contratação estaria às raias da ilegalidade.

Por fim, o Tribunal de Contas da União, nas próprias decisões acima expostas, já tem se atentado para o caso concreto em si das licitações reputadas por infrutíferas. Na legislação atual, isso deve reforçar-se

4. CONCLUSÃO

Conforme verificou-se, houve uma importante mudança na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no que diz respeito a dispensa de licitação ancorada na possibilidade legal advinda de licitação anterior infrutífera. A lei anterior (8.666/93) trazia a necessidade de justificativa para a não possibilidade de refazimento da licitação infrutífera e os prejuízos à Administração daí advindos. Ou seja, tinha-se em mente o dever constitucional de licitar. Já a nova lei (14.133/2021) não traz tal requisição de refazimento da licitação. Assim surgiria uma tensão entre dever constitucional de licitar e eficiência e eficácia administrativa. E isso, se dá pelo fato de, justamente, o legislador atual ter privilegiado a eficiência e eficácia nos atos da Administração, em especial nas contratações públicas. Uma simples questão ilustra bem este argumento, afinal: por que repetir uma licitação que já se provou infrutífera? Para responder a tal tensão, argumentou-se no sentido de frisar que tal hipótese de liberação da licitação não é absoluta. Antes, há que se provar que esta licitação prévia – outrora infrutífera – obedeceu aos ditames legais – em especial, que refletiu fielmente os preços de mercado e que a devida publicidade foi dada ao certame – e que, portanto, é límpido que não teria sentido em repetir-se um procedimento que, como dito, obedecendo estritamente à lei, restou sem sucesso. Ademais, a administração deverá discorrer sobre as razões de fato e de direito que levaram à escolha da contratação direta, com um procedimento muito mais detalhado. Neste cenário, então, torna-se aplicável a dispensa de licitação ancorada no artigo 75, III, a) da Lei 14.133/2021, bem como sua constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- BAZILLI, R. R.; MIRANDA, S. J. **Licitação à luz do direito positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BITTENCOURT, S. **Licitação passo a passo**: Comentando todos os artigos da lei nº 8.666/93, totalmente atualizada. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2016.
- BITTENCOURT, S. **Contratando sem Licitação**: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade - Lei Nº 14.133, De 1º De Abril De 2021 – Nova Lei De Licitações - Lei Nº 13.303, De 30 De Junho De 2016 – Lei Das Estatais. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2648/2007-Plenário**. Enunciado: Ausentes os requisitos que caracterizam a licitação deserta e não demonstrado que a repetição do certame traria prejuízos à Administração, é considerada ilegal a contratação direta. 5 de dezembro de 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-35147/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 01 ago.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 6440/2011-Primeira Câmara**. Enunciado: A licitação deserta deve ser repetida ou justificada a inviabilidade de sua repetição. [...]. 16 de agosto de 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1194566/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 342/2011-Primeira Câmara**. Enunciado: O art. 24, inciso V, da Lei 8.666/1993 (licitação deserta) só pode ser utilizado como fundamento para a contratação direta caso o certame não possa, justificadamente, ser repetido sem prejuízo para a Administração. 25 de janeiro de 2011. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1169364/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 02 ago. 2021.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Licitação deserta/fracassada que não pode ser repetida**. Fórum de Contratação Pública - FCGP. Belo Horizonte, ano 4, n. 48, dez. 2005.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 8.666/93. 18º ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

NIEBUHR, J. M. **Certame deserto e a dispensa de licitação**. ILC - Informativo de licitações e contratos, Curitiba, n. 319, abr. 2004.

NOHARA, I. P. D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2022.

GENERAL CONSIDERATIONS ABOUT FUNDAMENTAL STATE RIGHTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO****Muriel Cordeiro Silva¹**

¹Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público na Faculdade Baiana de Direito. Especialista em Direito Digital e Compliance no Instituto Damásio Educacional. Bacharel em Direito na Universidade Federal da Bahia. Presidente (2017) da Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.
murielcordeirosilva@gmail.com

Recebido/Received: 05.11.2022/ November 5th, 2022.
Aprovado/Approved: 16.02.2023/ February 16th, 2023.

RESUMO

Este artigo busca fomentar o debate em torno do tema da eficácia dos Direitos Fundamentais Estaduais, apresentando considerações gerais acerca do instituto, mais especificamente que tange a seu conceito, seu conteúdo, sua gênese e suas características – sobretudo em comparação com os mais conhecidos Direitos Fundamentais Federais. Com isso, objetiva-se enriquecer as reflexões acerca do tema, realçando-se a importância dos Direitos Fundamentais Estaduais e a necessidade de se consolidar uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Estaduais que tenha como base sempre o atual momento do constitucionalismo brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Constituições Estaduais; Federalismo.

ABSTRACT

This paper aims to encourage further debates on the theme of the effectiveness of State Fundamental Rights, presenting general considerations about these rights' concept, content and genesis, as well as their main characteristics in comparison with the better known Federal Fundamental Rights. By doing so, we seek to enrich the reflections on this matter, highlighting the importance of State Fundamental Rights and the need to consolidate a General Theory of State Fundamental Rights that is always based on the current moment of Brazilian constitutionalism.

Keywords: Fundamental Rights; Sub National Constitutions; Federalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS: EM BUSCA DE UM CONCEITO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS; 2. CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS; 3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS; 4. DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS FEDERAIS E ESTADUAIS; 5. GÊNESE E FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS ESTADUAIS; 6. SOBRE AS GERAÇÕES E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS; 7. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS: UM ENTENDIMENTO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988; 8. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Debater os direitos fundamentais estaduais resvala na mesmíssima problemática inicial rotineiramente encontrada em cursos e manuais atinentes aos direitos humanos fundamentais como um todo¹, que é refletir acerca de seus fundamentos, origem, conceito, conteúdo, eficácia, exigibilidade, concretização e outros temas correlatos.

Neste sentido, a proposta deste breve estudo é apresentar considerações propositivas, a partir de reflexões constitucionalistas, acerca do tema da classificação geral dos direitos fundamentais estaduais. Para tanto, expõe-se como problemática saber e dialogar acerca de: quais as notas distintivas e conjuntivas entre os direitos fundamentais federais e estaduais no ordenamento jurídico brasileiro?

Partindo desta problemática, buscar-se-á, à sua solução, perscrutar, concisamente e como antecipado, acerca da conceituação, conteúdo, características, diferenciações a nível de competências dos entes, gênese dentro do federalismo brasileiro, gerações e eficácia dos direitos fundamentais estaduais, em diálogo com a conformação estabelecida pelos constituintes federais para com tais direitos no âmbito da União.

Iniciando-se tal missão, é preciso estabelecer, antes de tudo, que a temática dos direitos fundamentais estaduais se insere progressivamente na ampliação histórica da declaração de direitos e garantias fundamentais. Ocorre que, como se sabe, ao se tomar o constitucionalismo como premissa, assume-se, por decorrência, os efeitos do mesmo, especialmente um amplo fenômeno de filtragem constitucional nos ordenamentos jurídicos. Elucida Luis Roberto Barroso quanto a isto que

nesse ambiente [onde se manifesta o constitucionalismo moderno], a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.²

Interpretar os direitos fundamentais a identificar uma Teoria Geral dos direitos fundamentais estaduais à luz do ordenamento jurídico brasileiro, de tal modo,

¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 168-172.; SANTIAGO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional**. Buenos Aires; Bogotá: Editorial Astrea, 2013, p. 89-97; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. 2014, São Paulo: Malheiros, p.177 e ss.

² BARROSO, Luis Roberto. Ne constitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, 2005, p. 21-22.

pressupõe uma leitura conjugada dos direitos fundamentais não isolada, mas centrada também, à proposta aqui trabalhada, com reflexões sempre próximas acerca da filtragem constitucional e também sobre o federalismo, mais precisamente ao peso do princípio da simetria constitucional nestes temas.

Com relação a tal princípio, na doutrina de André Ramos Tavares, este pode ser simplesmente entendido como "uma obrigação geral implícita de simetria, por parte dos Estados membros e Municípios, na elaboração de seus diplomas máximos, com o modelo federal estabelecido pela Constituição do Brasil".³

Após realizar ampla revisão do surgimento do referido princípio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que o Supremo Tribunal Federal, de há muito, "identificou na Lei Maior um princípio de simetria, em razão do qual impõe aos Estados e Municípios seguir o modelo federal na sua institucionalização". Prossegue o autor ainda afirmando que, "embora a Constituição [Federal] não obrigue (ao menos expressamente) tais entes", os Estados e Municípios, "a obedecer às normas previstas na elaboração das leis federais, pelo princípio da simetria, o Supremo Tribunal Federal os força a fazê-lo"⁴.

Sucedo que, apesar de críticas que possam ser feitas⁵, é certo que tanto o federalismo quanto o princípio da simetria e a filtragem constitucional que estes impõem são de ampla reverberação no âmbito da jurisdição estadual e principalmente na temática dos direitos fundamentais estaduais e na aplicação dos mesmos⁶.

Firmados estes pressupostos e iniciadas as provocações, é necessário igualmente assentar que qualquer proposta envolvendo direitos fundamentais não pode ser deslocada da própria historicidade que os caracteriza. Por isto que ao buscar uma raiz para estas tormentosas questões no Direito Constitucional, Norberto Bobbio já advertia que

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas⁷

É por isto que, para se adentrar especificamente no tema dos direitos fundamentais estaduais é necessário, antes disso, ainda que brevemente, apresentar um balanço caracterizador e determinado à nossa civilização atual do que são direitos fundamentais, partindo do pressuposto de que o Brasil, após a Constituição Federal de 1988, é uma República Federativa.

3 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1109.

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289-29.

5 Nesse sentido, ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 545.

6 Sobre o tema, Cf. amplamente em LEONCY, Leo Ferreira. "Princípio da simetria" e o argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. Tese. (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, *passim*.

7 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-19.

Somente depois de rememorado este tema, ainda que de forma concisa, será possível aprofundá-lo para identificar as suas espécies normativas dialogadas, os direitos fundamentais federais e os direitos fundamentais estaduais – estes sim, objeto constante deste Artigo.

1. DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS: EM BUSCA DE UM CONCEITO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS

A literatura jurídica estrangeira e nacional apresenta um colorido diverso de conceitos para o que sejam os direitos fundamentais e estes são de necessária menção, ainda que breve, para que seja formulado um conceito constitucionalmente adequado de direitos fundamentais estaduais. Vejamos.

Pérez Luño define os direitos fundamentais como "um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas" estas que "devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a [sic] nível nacional e internacional"⁸.

Com ampla reverberação no direito brasileiro, Gomes Canotilho e Vital Moreira, já fazendo um paralelo, lecionam que os direitos humanos "distinguem-se dos direitos fundamentais porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico [interno]" por outro lado "os direitos [humanos] são os direitos de todas as pessoas ou coletividades de pessoas independentemente da sua posituação jurídica nos ordenamentos político-estaduais"⁹⁻¹⁰.

No âmbito nacional, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins identificam os direitos fundamentais como os direitos públicos e subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas contidas em dispositivos constitucionais e que terminam por encerrar um caráter normativo supremo dentro de certo Estado, tendo a finalidade de limitar o exercício dos poderes públicos em face das liberdades individuais¹¹.

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, os conceitua como

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por

8 LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Los Derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 2004, p. 43.

9 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 4. ed., vol. I (Artigo 1.º a 107.º). Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 240.

10 Ingo Wolfgang Sarlet também adverte sobre o caráter polissêmico de tais expressões, principalmente até da noção de direitos fundamentais. Neste sentido, "tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais", apenas para referir algumas das mais importantes. Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado" SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livrara do advogado, 2001. p. 31.

11 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.¹²

Por último e não menos importante, Dirley da Cunha Júnior, examina os direitos fundamentais como "aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas"¹³.

Ante estas contribuições, entendemos que é possível conceituar os direitos fundamentais estaduais como as posições jurídicas contidas nas constituições dos Estados membros de certa entidade federativa que investem os seus cidadãos de um bloco supradensificado de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna entre os próprios, bem como em face do Poder Público em qualquer dos níveis políticos, jurídicos e administrativos do Estado.

Cabe também, antes de tudo, firmar que os direitos fundamentais, apesar de serem espécie de direitos humanos, são gênero, das quais há os direitos fundamentais federais e os direitos fundamentais estaduais - ou provinciais, a depender do modelo federativo adequado em cada Estado-nação¹⁴.

Identificar esta e outras particularidades como bases ao estudo dos direitos fundamentais estaduais não apenas é curioso, como também, antes disso, imprescindível a identificar e melhor desenvolver um conceito constitucionalmente adequado de direitos fundamentais estaduais conforme as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS

Apresentado o multicitado conceito, há de se reiterar que assim como a União, os Estados federados prestam-se e devem observar os direitos fundamentais federais, obrigando-se a garanti-los e promovê-los nos termos do quanto previsto pelas Constituições federais, também é incumbido aos Estados membros exercerem os seus poderes e competências próprios para o cumprimento de seus objetivos como ente federado.

Tal razão de ser possui natureza por força do que dispõe a Constituição Federal de 1988 (art. 18 cc/ art. 11 do ADCT)¹⁵ e do Poder Constituinte Derivado Decorrente garantido aos Estados membros, conglobando ambos a partir de um denso bloco de constitucionalidade interfederativo que correlaciona não apenas as normas de direitos fundamentais da União, como também dos Estados¹⁶ e já supracitado.

12 SARLET, *Op. cit.*, p. 82.

13 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, p. 502.

14 Sobre o tema do Constitucionalismo provincial, dentre vários, Cf. HERNÁNDEZ, Antonio María. **Federalismo y constitucionalismo provincial**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009; LUNA, Ricardo Mercado. **Derecho constitucional provincial: aportes para sua formulacion**. Buenos Aires: Argentina Ciudad, 2000.

15 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. cc/ Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

16 "É indubitável que os direitos fundamentais não estão arrolados de forma taxativa no art. 5º [da CRFB/88] e em seus incisos; muito pelo contrário, também estão presentes fora do referido dispositivo, o que implica dizer que se admitem os direitos decorrentes ou implícitos" VASCONSELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 122.

Assim, o constitucionalismo pátrio assenta, portanto, não apenas a necessidade de ocorrência de proteção e defesa de um sistema declaratório de direitos fundamentais no âmbito da União. Há, por meio do pacto federativo e também diante da interrelação entre as competências e atribuições de cada ente, o pacto federativo e o princípio da simetria um verdadeiro bloco de constitucionalidade interfederativo. Bloco este que, se ponto de vista macro, mas aqui também aplicável, nas palavras de Flávia Piovesan, poderia ser conjugado como uma

interpretação sistemática e teleológica do[s] texto[s] [constitucionais], especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.¹⁷

A organização político-administrativa dos Estados-membros em coordenação com assembleias e poderes constituintes autônomos no Brasil é fenômeno que se observa de há muito na história do constitucionalismo pátrio. É ante o fato de que o Poder Constituinte Derivado Decorrente reformula bem como cria o bloco de constitucionalidade e os direitos fundamentais estaduais que seu conteúdo depende do quanto previsto não unicamente na Constituição Federal, mas principalmente como dispõem as constituições estaduais.

A independência e harmonia entre a União e os Estados-membros, bem como os Poderes nestes, se dão, portanto, em âmbito multinível quando há digressão ao plano dos estados ou quando há necessidade de execução de políticas públicas concorrentes e efetivação de direitos fundamentais entre os entes federativos¹⁸. A rigor, o sistema de freios e contrapesos é, no federalismo multinível brasileiro, mais densificado do que, por exemplo, em Estados unitários, pois enseja interrelações e colaborações recíprocas da União para com os Estados federados e deste com seus entes gêmeos a existir coexistência duradoura, ética e equilibrada entre os poderes públicos e não conflito entre as atribuições e competências de cada ente.

Convém à doutrina no estudo do conteúdo dos direitos fundamentais federais trabalhar a problemática do núcleo essencial dos mesmos em vista do estabelecimento de uma construção teórica que ao mesmo tempo em que justifique restrições recíprocas entre direitos as justifique a luz de uma proporcionalidade clara e determinada de restrições surgidas dos conflitos ocorridos no seio das sociedades¹⁹. Este mesmo raciocínio nos parece ser o adequado, a priori, também para os direitos fundamentais estaduais, visto que a estrutura normativa de direito fundamental é comum a ambas.

É de se avançar para outro âmbito, qual seja o do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Este, fruto de intenso debate²⁰, para os fins do estudo aqui realizado,

17 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 160.

18 TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 80-85.

19 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

20 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 168.

poderia ser entendido como o mínimo de posições jurídicas eventualmente exigíveis ou oponíveis em decorrência de um ou de vários direitos fundamentais conjugados²¹.

Sucedo que pouco se estuda, no âmbito da teoria do conteúdo dos direitos fundamentais, acerca de como se dá a conformação deste núcleo em um modelo interfederativo. Afinal, se os direitos fundamentais existem em um bloco interfederativo em que se somam os direitos fundamentais federais e os estaduais, como eventuais limitações em cada âmbito de entes da Federação podem alterar o conteúdo dos direitos fundamentais?

Partindo das noções já apresentadas de que o plexo de direitos fundamentais no modelo federativo brasileiro tem na Constituição Federal o seu ápice e também de que esta mesma também atribuiu poder constituinte derivado e decorrente aos Estados membros em formatação adequada à sua autonomia, é a partir disto que se pode extrair, a partir da natureza das normas de direitos de fundamentais, como se dá a interoperabilidade do conteúdo da fundamentalidade federal e estadual.

Quanto a isto, Canotilho adverte que

quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido²²

Porém, tal lição, por mais valiosa, não resolve de todo a problemática supra, pois, como já considerado por Virgílio Afonso da Silva, tais preceitos e seus derivados não fornecem subsídios para se saber quais graus de restrição serão eventualmente aceitos ou não, o que terminaria por permitir ser sustentável "qualquer forma de garantia de um núcleo essencial e, no limite, até mesmo a negação da existência desse núcleo"²³, ou seja, uma supressão completa dos direitos fundamentais estaduais pelos federais, visto que, em extremo, a obediência comanda ser deste para com aqueles.

Defender meramente um diálogo interfederativo sem defender prevalências ou preferências terminaria por gerar um modelo interconstitucional que, ao invés de contribuir para um diálogo interorganizacional sistêmico na Federação, terminaria por acirrar os interesses e mitigar o pacto federativo. De tal modo, entende-se que, como o modelo de federação que, *ab initio*, firma um escalonamento do modelo de bloco de constitucionalidade adotado no Brasil, é a partir do federalismo e da subsidiariedade que a questão do conteúdo deve ser mais bem refinado²⁴.

21 Cf., por todos, SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. RDE. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 4, p. 23-51, 2006.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 788.

23 SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. RDE. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 4, 2006, p. 47.

24 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Princípio da subsidiariedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Minas Gerais, n. 35, 1995, p. 28-29.

O núcleo do princípio federativo aqui trabalhado aproxima-se, então, do entendimento deste ser uma cláusula recíproca de igualdade material de tratamento da União para com os Estados que obriga a todos a não tolerar e, inclusive, buscar o expurgo judicial de desigualdades negativas eventualmente praticadas pelos entes entre si.

Não basta, entretanto, dizer que cabe à União garantir, proteger e defender de forma precedente os direitos fundamentais limitando cada Estado federado a proteção suplementar dos mesmos. Os direitos fundamentais estaduais não são inessenciais, para além, eles são tão cooriginários com o nascimento da República Federativa do Brasil quanto os direitos fundamentais federais. Metaforicamente, os direitos fundamentais estaduais não são filhos da União, mas seus irmãos. Afinal, como já dissertado anteriormente, houve Poder Constituinte que erigiu a Constituição Federal com seu respectivo bloco de direitos fundamentais e também houve Poder Constituinte que permitiu o soerguimento das Constituições estaduais com seus outros blocos de direitos fundamentais.

De modo que no modelo federativo contemporâneo brasileiro em que cabe à União a coordenação dos entes políticos da Federação e a organização do Estado brasileiro, os direitos fundamentais possuem dupla gênese tanto dos entes estatais quanto da União, unicamente possuindo esta precedência positiva e sobreposição protetiva àqueles no que tange ao deveres de efetivação, prestação e realização.

3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS

Não se identifica como possível adotar um conceito correlacionado de direitos fundamentais federais aos direitos fundamentais estaduais sem que, por consequência, as características comumente dadas àqueles sejam escrutinadas a estes.

Se a Constituição Federal de 1988 termina por constituir um bloco de constitucionalidade interfederativo que, para além de meramente proteger e promover os direitos fundamentais organiza-se em um rizoma desenvolvimentista de liberdades, garantias e direitos no seio comunitário pátrio que obriga os entes públicos à sua consecução, é necessário, diante de tal constatação de imbricação, conhecer quais são as características distintivas dos direitos fundamentais federais e como estão podem vir a ser identificados nos direitos fundamentais estaduais.

As características comumente detectadas aos direitos fundamentais federais pela doutrina são as de historicidade, universalidade, inalienabilidade, indelegabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, limitabilidade, concorrência, proibição do retrocesso e indivisibilidade²⁵, todas estas aplicáveis, em primeiras vistas, aos direitos fundamentais estaduais²⁶.

25 Sobre as características dos direitos fundamentais, Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 551 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 132 e ss.; MORAIS, F. S.; SANTOS, J. P. S. Direitos fundamentais: características histórico-conceituais. In: **Revista de Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo, v. 15, p. 67-84, 2015.

26 Quanto a inalienabilidade, indelegabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, por exemplo, cabe relembra-los a doutrina de Canotilho, quando sustenta que "embora se admitam limitações voluntárias quanto ao exercício de direitos específicos em

De se destacar que noção histórica dos direitos fundamentais federais, por óbvio, é também presente nos direitos estaduais. Ambos são conjuntos jurídico-normativos e posições jurídicas reconhecidas, seja pela União ou mesmo pelos Estados-membros, em dado momento histórico e que, dada a sua fundamentalidade, terminam por ser inseridas nos textos constitucionais ou mesmo passam a ser admitidos implicitamente nos blocos de constitucionalidade dos entes da Federação, raciocínio também extensível às características da inalienabilidade, indelegabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, concorrência e indivisibilidade.

A melhor rememorar quanto a estas, a inalienabilidade, à similaridade da indelegabilidade e indisponibilidade, prescreve como padrão que "os direitos fundamentais são intransferíveis e inegociáveis, já que não se encontram à disposição de seu titular"²⁷.

A imprescritibilidade, por seu turno, diz respeito ao fato de que os direitos fundamentais, seja federais ou estaduais, não se esvaem pelo mero transcurso do tempo ou não exercício dos mesmos, seja com relação a qualquer fato ou ato jurídico que for, salvo a gênese de uma nova ordem constitucional. Já a irrenunciabilidade manifesta que "seu titular não pode deles [dos direitos fundamentais] dispor, embora possa deixar de exercê-los" – característica esta bastante criticável²⁸, apesar de difusamente presente na doutrina pátria²⁹.

Quanto às características da concorrência³⁰ e da indivisibilidade³¹ dos direitos fundamentais, talvez estas sejam as que mais imbricam os direitos fundamentais federais com os direitos fundamentais estaduais, visto que facilmente se percebe que direitos fundamentais podem ser aplicados eventualmente de forma cumulativa quanto às suas espécies, perfeccionando a aplicação de blocos constitucionais em multinível federativo.

Ademais, a indivisibilidade permite e assegura que estes sempre devam ser considerados de forma conjuntural e tendente à unidade quando da sua reflexão e aplicação, muito garantindo, dialogicamente, uma estabilidade ao pacto federativo, bem como mantendo as reservas necessárias entre o quadro da Constituição federal e a subsidiariedade dos direitos fundamentais estaduais³².

certas condições, não é possível a renúncia de todos os direitos fundamentais. Essa autolimitação voluntária, que deve estar sujeita à revogação a todo tempo, há de guardar relação razoável com a finalidade que se tem em vista com a renúncia" CANOTILHO, José Joaquim Gomes, apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártins. **Hermenêutica e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 125.

27 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 567.

28 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61-62; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 235.

29 "Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados" SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1262.

31 STF, RE n. 633703/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 23/03/ 2011, p. 19.

32 "A unidade de sentido do sistema dos direitos fundamentais está baseada na ideia da dignidade da pessoa humana; todavia, não é o suficiente para resolver completamente a ideia de unidade de sentido, uma vez que a ideia é suscetível de entendimentos diversos" ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 93.

A primeira problemática identificada diz respeito à universalidade dos direitos fundamentais, ou seja, se esta é aplicável aos direitos fundamentais estaduais. Apesar de, por regra, os direitos fundamentais serem estabelecidos indistintamente em favor das pessoas, em casos específicos, não há falar em universalidade absoluta³³.

Se a conformação do bloco de constitucionalidade interfederativo adotado pelo Brasil tem por cume a Constituição Federal, não podendo os Estados desobedecê-lo, por força do princípio da simetria, bem como do pacto federativo e pela ausência de soberania por parte dos entes subnacionais, o próprio sistema de direitos fundamentais estaduais não é absoluto, portanto.

A segunda problemática identificada diz respeito à questão da proibição do retrocesso social. Segundo Dirley da Cunha Júnior, "no plano normativo, a vedação do retrocesso protege os Direitos Fundamentais impedindo a revogação das normas que os consagram ou a substituição dessas normas por outras que", por sua vez, "não ofereçam garantias com eficácia equivalente". Ademais, "no plano concreto, a proibição do retrocesso obsta a implementação de políticas estatais de enfraquecimento ou flexibilização dos Direitos fundamentais"³⁴.

Daí que é possível indagar, como uma norma estadual de direitos fundamentais que seja materialmente mais progressiva do quanto previsto no âmbito federal pode vir a ser harmonizada ante o princípio da proibição do retrocesso social?

Para ambas as questões, nos alinhamos no sentido de que eventual existência de um único ou de conjunto de direitos fundamentais estaduais mais progressivos do quanto previsto no âmbito federal apenas pode vir a exigível em face do ente federativo onde a norma mais benéfica fora editada e vigeu, visto que a estrutura federativa do ordenamento jurídico brasileiro não comporta submissão indevida de um ente com relação aos outros.

Melhor dizendo, se certo Estado da Federação no âmbito de seu poder constituinte editou norma de direitos fundamentais estaduais mais ampla do quanto previsto no âmbito federal, é unicamente o Estado membro que deve resolver o seu particular e por assim dizer retrocesso.

De modo que, por exemplo, certo retrocesso social ocorrido no âmbito da Constituição do Estado da Bahia e em decorrência unicamente desta não poderia vir a ser reclamado junto ao Supremo Tribunal Federal, mas sim no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e isto se a norma a qual ocorrera à mitigação nascera autonomamente do e no Estado baiano.

Assim é, pois todos os direitos humanos fundamentais contidos nas Constituições estaduais, assim e em essência, possuem as mesmas características

33 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 242.

34 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 557; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.158; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 339-340.

dos direitos fundamentais federais, quais sejam de serem universais – universais – mas não absolutos, pois não podem contrariar o quanto disposto da CRFB/88, bem como são relativizáveis³⁵, além de serem inalienáveis, indelegáveis, indisponíveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, imediatamente aplicáveis e constituem-se como garantias historicamente reconhecidas pelos Estados federados.

Ou simplesmente, *mutatis mutandi*, todas as características dos direitos fundamentais federais são aplicáveis e estão presentes esmiuçadamente nos direitos fundamentais estaduais.

Este plano jurídico de análise também fora feito por Emerson Garcia quando, ao analisar a possibilidade de ampliação do foro por prerrogativa de função nas Constituições estaduais, concluiu que estas "devem apresentar uma relação de simetria com o paradigma federal, somente podendo outorgar a garantia às autoridades estaduais que" apresentassem "correlação com as que tenham sido contempladas" à homogeneidade federativa "com garantia similar naquele plano. Não podem, ademais, estendê-lo às autoridades municipais, que não o Prefeito Municipal, sob pena de mácula à autonomia dos Municípios"³⁶.

Somando-se a isto, claro, o argumento pragmático a ser analisado em cada Estado, visto que ocorreria inviabilização dos Tribunais de Justiça dos Estados se, de forma indiscriminada, "se todas as autoridades municipais, que apresentem similitude com as federais contempladas com a garantia, pudessem vir a recebê-la"³⁷.

O Supremo Tribunal Federal dialogou com tal hipótese quando do julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ de relatoria do Ministro Roberto Barroso, Dje 03/05/2018, revisada pelo Ministro Edson Fachin. Entretanto, de há muito, a mesma Corte³⁸ já vem apreciando questões como esta, exemplificadamente,

"[o] Estado-membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao governador a prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da República. A norma constante da Constituição estadual – que impede a prisão do governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva – não se reveste de validade jurídica e, conseqüentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da CF" STF, ADI n. 978/PB, Pleno, Relator para o acórdão o Min. Celso de Mello, DJ de 17/11/95.

35 "A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental" HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

36 GARCIA, Emerson. Foro por prerrogativa de função nas Constituições estaduais: de onde viemos e aonde chegamos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 982, ago., 2017, p. 179.

37 Idem.

38 Jurisprudência antiga e hoje minoritária do Supremo Tribunal Federal admitia a ampliação da prerrogativa de foro pelas Constituições estaduais, mesmo para cargos sem similar contemplação na Constituição Federal. Neste sentido, exemplificadamente, STF, ADI/MC n. 541, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/10/1991; STF, ADI n. 469, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 05/07/2001; STF, ADI n. 2.587, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 1/12/2004; STF, ADI n. 541, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 10/5/2007.

4. DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS FEDERAIS E ESTADUAIS

Como já estabelecido, aos Estados membros cabe observar, respeitar e fazer cumprir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal como também, nos limites dos seus poderes e competências, estabelecer, observar, respeitar e fazer cumprir os direitos fundamentais previstos em suas próprias Cartas fundamentais.

Isso que, melhor desenvolvendo, não pode significar uma invasão de competências constitucionais, ainda que haja a preocupação ou vontade constituinte estadual de melhor densificar e ampliar direitos fundamentais. Noutras palavras, os constituintes derivado e reformador estaduais não podem violar atribuições e competências de outros entes, seja a União, outros Estados-membros ou até mesmo os municípios sob o pressuposto de buscar ampliar o rol de garantias e o bloco de constitucionalidade.

Específica decorrência desta orientação é o entendimento de que as imunidades parlamentares previstas na Constituição Federal não podem ser transplantadas automaticamente pelos ou aos Estados-membros. Deduzindo que as imunidades serem uma verdadeira excludente de criminalidade, "e sendo o direito material da competência privativa da União, é claro que aos Estados falece", portanto, "atribuição para legislar a respeito; a irresponsabilidade assegurada aos deputados estaduais pelas respectivas constituições, não pode prevalecer, na ausência de lei federal que a reconheça"³⁹.

Há direitos fundamentais federais e direitos fundamentais estaduais, isto já se considera à Teoria Geral aqui colmatada como inegável. Sucede que, estes, por sua vez, podem vir a ser mera reprodução dos direitos fundamentais federais ou podem ser distintos daqueles, distinção esta que pode vir a ser integral ou parcial⁴⁰.

Mais do que isso, apesar de ser notório que inexistente hierarquia formal entre as leis e normas constitucionais dos entes federativos e no que pertine à autonomia de cada ente, cada um destes, dentro de seu próprio espaço de autonomia, pode fazer valer seu patrimônio jurídico e suas prerrogativas legais - sendo inadmissível a violação de competências de uns entes com relação aos outros no círculo delimitado de suas funções constitucionais. Porém, o mesmo não procede do ponto de vista da hierarquia material.

Noutras palavras, apesar de as competências constitucionais formais próprias dos Estados membros não poderem ser violados pela União e nem pelos Municípios, do ponto de vista material, não pode haver previsão de constitucional

39 NOBREGA, J. Flóscolo da. As imunidades parlamentares e as constituições estaduais. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 996, out., 2018, p. 699. Neste sentido, de há muito, entendeu o Supremo Tribunal Federal que "é inconstitucional norma da Constituição do Estado que legaliza o funcionamento de cassinos em seu território, por tratar-se de matéria penal, de competência privativa da União", STF, ADI 463/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Dj 19/11/2003; e também que "e também que "Constituição estadual não pode criar hipótese de crime de responsabilidade", STF, ADI ADInMC 1.901/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, Dj 02/06/2003.

40 Neste sentido, HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1964, p. 192-193.

estadual que viole o quanto previsto no âmbito federal. Tais diferenciações, como se percebe, costumam, em muito, ocorrer diante da praxe forense e da jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como no âmbito dos Tribunais de Justiça. É que, didaticamente, "a Constituição prevê, igualmente, a fiscalização abstrata e concentrada, em âmbito estadual, mediante representação de inconstitucionalidade", ocorre que, "nessa hipótese, os atos impugnáveis são as leis ou atos normativos estaduais e municipais, sendo o paradigma a Constituição Estadual. CF, art. 125, § 2^o"⁴¹.

Mesmo concertado que há autonomia relativa dos entes políticos da Federação e dos Estados membros no que tange aos seus respectivos blocos de constitucionalidade, identifica-se uma correlação destes que termina por ser administrada inicialmente pelos Tribunais de Justiça e, excepcionalmente, mas com prerrogativa, pelo Supremo Tribunal Federal.

5. GÊNESE E FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS

A díade de direitos fundamentais no Brasil, que constitui parte dos modelos de direito constitucional da União e dos Estados, pode bem ser explicada como uma consequência da configuração federalista e da produção legislativa adotada pela Constituição Federal de 1988⁴². Neste sentido, é possível distingui-los,

o direito constitucional federal, enquanto conjunto de regras e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro em sua totalidade (territorial, pessoal e temporal), é produzido, inicialmente, pelo chamado Poder Constituinte Originário, e, ao depois, pelo Poder Constituinte Derivado (Poder de Reforma da Constituição). O direito constitucional estadual, enquanto conjunto de regras e princípios que regem determinado povo e unidade territorial estadual, é elaborado, em parte, pelo Poder Constituinte Decorrente, com assento na Constituição Federal. Grande número de suas normas já vem predefinidas pela obra do Poder Constituinte Originário, a Constituição Federal, através de normas centrais⁴³.

Dá que se percebe que a gênese dos direitos fundamentais no Brasil é dupla e não tripla diante do fato de que as Leis orgânicas municipais, por expressa disposição do modelo federativo-constitucional pátrio, não são Constituições municipais. Logo, não cabe falar em direitos fundamentais propriamente ou puramente municipais.

41 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172.

42 Luís Roberto Barroso manifesta que, após o julgamento do caso *Marbury vs Madison*, "e à vista do modelo de Estado federal adotado nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu [concisamente] sua competência para exercer também o controle sobre atos, leis e decisões estaduais em face da Constituição e das leis federais, conhecendo de recursos contra pronunciamentos dos tribunais dos Estados", BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22. Ainda segundo o referido autor, "ao justificar esse poder da Suprema Corte, escreveu o Ministro Oliver Wendell Holmes, em trabalho doutrinário (*Law and the courts*). In: *Collected Legal Papers* 295-6, 1920): "Eu não creio que os Estados Unidos pereceriam se nós perdêssemos o poder de declarar um Ato do Congresso nulo. Mas penso que a União estaria em perigo se não pudéssemos declarar inconstitucionais as leis dos diversos Estados", *Idem, Ibidem*, p. 49.

43 ESPÍNOLA, Ruy Samuel. Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira. In: **Direito Público: estudos, conferências e notas**, n. 3, jan./mar., 2004, p. 105.

Unicamente há direitos fundamentais federais ou estaduais. Inobstante, é certo que a linha e ideologia adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Constituição Federal de 1988 é a de colocar a pessoa humana e sua dignidade inata como fundamentos basilares do Estado brasileiro e das políticas eventualmente adotadas por este, colocando-as no centro do sistema jurídico federal e estatal⁴⁴, constatação que reverba diretamente em como se referem e consideram os direitos fundamentais estaduais. Esta nota é ratificada por Ana Paula de Barcellos quando manifesta que

a Constituição Federal de 1988 superou a ideia de Estado enquanto fim em si próprio, que o Brasil, em alguma medida, também vivenciou os dois períodos ditatoriais do século XX, substituindo-a definitivamente por uma visão humanista de mundo. O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem, para o respeito e promoção de seus direitos, e não fins em si mesmo ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro.⁴⁵

Assim, é possível sustentar que os direitos fundamentais estaduais dos cidadãos aninham-se principiologicamente ao que guia a Lei Fundamental federal e possuem natureza jurídica de patrimônio universal, indivisível, inderrogável e irrenunciável, possuindo as constituições subnacionais o poder de única e exclusivamente densificar progressivamente os direitos já existentes na pessoa exatamente pelo fato de ser pessoa.

6. SOBRE AS GERAÇÕES E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS

São reconhecidas tanto a lição de Karel Vasak quanto as críticas feitas na doutrina brasileira ao mesmo no que diz respeito às chamadas gerações dos direitos fundamentais⁴⁶. Este autor, traçando um paralelo entre o estudo e a aplicabilidade de tais normas e os lemas da Revolução Francesa (*Liberté, Egalité et Fraternité*)⁴⁷, identificou em seu discurso na aula inaugural do Curso Internacional dos Direitos do Homem em Estrasburgo de 1979 que a fundamentação dos direitos fundamentais assumiria metaforicamente uma lógica evolutiva geracional.

À primeira geração dos direitos humanos fundamentais, de cariz política e concentrada às liberdades públicas, onde a marca é a desconcentração e abstenção estatal, salvo à proteção daqueles, seria possível traçar um paralelo com o lema da liberdade (*Liberté*). Consequente, a igualdade (*Egalité*) seria o substrato que embasaria os direitos culturais, sociais e também os econômicos – onde o papel do Poder

44 BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 184.

45 Idem, *Ibidem*, p. 175.

46 Dentre vários e de há muito, PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47 e ss; TRINDADE, Antônio Cançado. **Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos**, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, 390..

47 Embora ainda não seja pacífica de quem seja a autoria, se individual ou coletiva de tal lema, é referido comumente o uso primígeno do mesmo pelo humanista cristão Étienne de la Boétie. Neste sentido, BAGGIO, Antonio Maria. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. In: BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

Público é não ser ausente negativo como nos primeiros, mas positivo, prestamista e concretizador a estes.

Por fim, ainda segundo o mesmo, é com a fraternidade (*Fraternité*) que uma tríade protetiva perfazer-se-ria, conglobando diversas espécies de proteções transindividuais que interessariam à humanidade como um todo⁴⁸.

Reverberando tal orientação didática, mas já a afastando da confusão com a tríade revolucionária francesa, também Paulo Bonavides, em vistas do fenômeno da globalização, adicionou uma quarta dimensão, consagrando não mais a ideia de geração, a tais direitos, quais sejam, o direito à democracia (direta), o direito à informação, "compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos"⁴⁹.

Pois bem, distante de continuar a explicitar as sucessivas outras dimensões criadas e recriadas tanto na doutrina brasileira⁵⁰ quanto estrangeira⁵¹, é notório que esta construção, bem como outras, única e exclusivamente se prestam a fins didáticos, quais sejam, seccionar o conjunto de direitos fundamentais em subgrupos e tipologias diversas para seu melhor entendimento, onde as reflexões históricas, sociais, filosóficas e normativas tendem a ser metodologicamente melhor executadas⁵².

Afinal, ter como objeto de estudo e reflexão um eventual direito fundamental específico de um subgrupo distinto e com características comuns a outros de sua espécie orienta ser, *a priori*, mais eficiente. Neste sentido que, *mutatis mutandi* e consideradas as críticas identificadas, entende-se por aplicável, bem como válida do ponto de vista didático, também a identificação de dimensões aos direitos fundamentais estaduais como contributo a uma Teoria Geral acerca dos direitos fundamentais estaduais à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Ciente de que o bloco de constitucionalidade interfederativo é uno, porém agregando tanto normas de direitos fundamentais federais quanto estaduais, é de se ressaltar que, em certos casos, há direitos fundamentais unicamente reconhecidos pelos Estados federados e não presentes na Constituição Federal, nem expressa e nem implicitamente.

Assim, refletir sobre os direitos fundamentais estaduais como e com pressupostos teóricos e fáticos aparentemente em comuns aos direitos fundamentais federais assegura pontos de convergência entre a literatura jurídica mais ampla de direitos fundamentais federais e as propostas estaduais, ratificando uma identidade, ainda que parcial, entre os

48 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

49 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524-525.

50 Nesse sentido, "o direito fundamental a água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminhar da Humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sócias e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana". FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 229.

51 Norberto Bobbio, por exemplo, mencionava que os direitos de engenharia genética poderiam ser entendidos como os direitos de quarta dimensão, BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

52 VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. In: **Revista da Faculdade de Direito RFD**, Rio de Janeiro, n. 28, dez., 2015, p. 73-96.

próprios direitos federais e estaduais, além de permitir uma sistematicidade de raciocínio mais segura ao próprio bloco de constitucionalidade interfederativo.

Para além e complementando tanto a lógica didática quanto a científica e de aplicabilidade dos direitos fundamentais, como sinalizado, a doutrina reconhece que os direitos fundamentais possuem também uma dimensão subjetiva e outra objetiva⁵³. Acerca desta dupla dimensão, elucida Steinmetz que

a vinculação aos direitos fundamentais tem dupla dimensão: primeiramente, é uma vinculação negativa, porque o legislador não poderá intervir nos direitos fundamentais restringindo-os, ou autorizar que um outro poder público intervenha (Executivo e Judiciário), sem fundamento constitucional; e depois, é uma vinculação positiva, porque cabe ao legislador criar as estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias para a plena eficácia dos direitos fundamentais. A vinculação negativa fundamenta-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, enquanto uma esfera individual livre de ingerência estatal, exceto em hipótese justificada constitucionalmente. A vinculação positiva funda-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando o legislador a tomar providências que garantam a vigência e a eficácia desses direitos.⁵⁴

Aqui, igualmente, entende-se por aplicável, bem como válida do ponto de vista didático, também a identificação da dupla dimensão (objetiva e subjetiva) aos direitos fundamentais estaduais. É que, como já assinalado por Peter Häberle, os direitos fundamentais em um Estado prestacional podem ser identificados não apenas como instâncias textuais ou normativas garantidoras em face do Estado de liberdades igualitárias e de programas e políticas sociais.

À sua realização e efetiva implementação, estatuem-se os direitos fundamentais como normas de competências positivas aos respectivos entes titulares das mesmas, de modo que a cada um destes surgem tarefas estatais objetivas a ser executadas, com conseqüente exigibilidade judicial⁵⁵, seja no âmbito da União e no Supremo Tribunal Federal, seja nos Estados no âmbito dos seus Tribunais de Justiça.

Congregando-se a estes entendimentos, cabe também rememorar, com Jorge Miranda, as dimensões formais e materiais dos direitos fundamentais, faces estas apresentadas pelo autor como intrínsecas à própria ideia de direitos fundamentais. Ao conceituá-los os direitos fundamentais como

os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material⁵⁶

53 Sobre "dimensões" de direitos fundamentais em vários sentidos, a exemplo de, dimensões subjetiva e objetiva, dimensões analítica, empírica e normativa, entre outras, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, *passim*.

54 STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31.

55 HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el Estado prestacional**. trad. Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 106-110.

56 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 07.

Igualmente, de tal específico entendimento, como já dissertado outrora, também é sustentável a razão de que os direitos fundamentais estaduais possuem assento tanto nas constituições formais estaduais, bem como nas constituições materiais estaduais. A questão que surge de tal entendimento é acerca de quais os limites e conteúdo do bloco de constitucionalidade de todos os Estados ou Províncias de uma nação.

O bloco de constitucionalidade, conforme elucubram Ana Lopes e Isabelle Chehab, sinteticamente "pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional"⁵⁷.

Apesar das dificuldades semânticas⁵⁸, entender o bloco de constitucionalidade perpassa pela admissão de que a característica de fundamentalidade de certa norma independe de sua forma, mas centra-se na sua materialização correlacionada ao plexo do que dispõe certo ordenamento, adotando o Brasil como critério de fundamentalidade o amalgamento dos direitos fundamentais ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Louis Favoreu, por sua vez, entende como bloco de constitucionalidade como o "conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respecto se impone a la ley"⁵⁹. Já Ignacio de Otto, por sua vez, entende que se extrai da ideia de bloco de constitucionalidade "todas aquellas leyes cuya infracción determina la inconstitucionalidad de otras leyes que tienen, sin embargo, idéntico rango a las primeras"⁶⁰⁻⁶¹.

Se é dimensão dos direitos fundamentais estaduais não puramente o quanto positivado e formalmente previsto em cada Estado federado, mas o bloco material de uma unidade federativa bem como desta e o ou com o de outras, qual (se há) é o traço distinto entre o que é de bloco de certo Estado federado e o que é de outro? Para além, ante a questão de eventuais e vários blocos, como estes se relacionam?

De toda forma, seja qual for a proposta de gerações ou dimensões adotada e respostas aos indagamentos supracitados e provocados nesta teorização, o questionamento e a criticidade tendem a se manifestar sempre presentes. Tanto assim que Robert Alexy já alertava que o tema dos direitos fundamentais estimula uma sorte e um colorido vasto de teorias, dada a sua relevância social e acadêmica⁶².

57 LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, I. M.C.V. . Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. In: **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, 2016, p. 2.

58 "La expresión 'bloc de constitutionnalité' no es, em consecuencia, la denominación de una categoría, sino el enunciado de un problema, y de un problema, además, que no hace referencia alguna, ni de lejos ni de cerca, a la función de delimitación competencial que realizan al menos parte de las normas que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad", LLORENTE, Francisco Rubio; FAVOREAU, Louis. **El bloque de la constitucionalidad**. Imprenta: Madrid, Civitas, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1991, p. 109.

59 *Op. cit.*, p. 19.

60 DE OTTO, Ignacio. Derecho constitucional: sistema de Fuentes. In: **Revista española de derecho constitucional**, ano 8, n. 23, 1988, p. 94-95. Sobre o tema, VARGAS, Angelo Miguel de Souza. O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e conseqüências no Sistema Constitucional brasileiro. 2007. 212 fl. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

61 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após a Edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, vem amplamente aplicando a teoria do bloco de constitucionalidade. Como leading case acerca disto: STF, ADI 595/ES, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 26/02/2002.

62 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

7. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTADUAIS: UM ENTENDIMENTO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988

Como já apresentado, cabe aos Estados, nas suas finalidades, exercer, em caráter geral, todos e quaisquer poderes ou direitos que não lhe forem explícita ou implicitamente limitados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Destes, por decorrência, há o poder de editarem, promoverem, defenderem e concretizarem direitos fundamentais estaduais como um todo, mas também de respeitar o pacto e modelo federativo⁶³.

O caráter congênito dos direitos fundamentais federais e estaduais, que se opera no plano da existência, não destrói e sequer mitiga a regra de que, salvo as competências exclusivas dos Estados, as Constituições Estaduais devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal, bem como prol do pacto federativo e da supremacia material da Constituição Federal com relação às disposições estaduais, situações estas que impactam sim na eficácia das normas constitucionais do bloco interfederativo brasileiro.

Ante a autonomia dos Estados, e não soberania, o sistema de direitos fundamentais estaduais deve respeito ao quanto previsto no sistema de direitos fundamentais federais. Afinal, "não podem as normas estaduais invadir competência da União e nem dos Municípios", pois, no geral, "as constituições dos estados limitam-se a reproduzir normas já previstas na Carta Magna", porém, as constituições dos Estados membros devem "sempre buscar dar eficácia aos princípios constitucionais federais, adequando-os as suas peculiaridades locais, às especificidades de cada Estado-membro", não meramente reproduzindo-os⁶⁴.

A questão da eficácia dos direitos fundamentais imbrica-se como questão relevante a ser tratada justamente devido à dupla tipologia de direitos fundamentais existentes no Brasil. Dupla tipologia esta que, em primeiro lugar, já remete à ideia de uma suposta hierarquia entre os direitos fundamentais federais e estaduais que não há e que precisa ser reafirmada.

Dentro do seu aspecto de autonomia e das competências que lhes são próprias, a Constituição do Estado, bem como a previsão de direitos fundamentais destes, deve prevalecer não apenas com relação às leis orgânicas municipais, como também até em face da Constituição Federal, respeitado o pacto federativo, o princípio da simetria e a subsidiariedade que cabe aos Estados⁶⁵.

Para além de plena eficácia no conjunto de direitos fundamentais federais pátrios, as disposições constitucionais estaduais de direitos fundamentais também servem e reforçam o programa constitucional, como presente no art. 19 da CRFB/88

63 MORAES, Sílvio Roberto Mello. Aparentamentos sobre o controle jurisdicional de leis e atos normativos estaduais e municipais na Constituição do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 2, jan/mar., 1993, p. 224.

64 FREITAS, Mariana Almeida Passos de. O meio ambiente nas constituições estaduais brasileiras. In: **Revista de Direito Ambiental**, vol. 29, jan/mar. 2003, p. 74.

65 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 68.

que trata da organização política do Estado brasileiro⁶⁶. Esta característica de diálogo entre os níveis federativos, que está marcada pelo princípio da subsidiariedade constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, para além de servir didaticamente na construção de uma teoria geral dos direitos fundamentais estaduais, guia para uma efetiva e concreta harmonia entre os entes da Federação, pois

no federalismo contemporâneo, a legislação concorrente tornou-se o domínio predileto para o desenvolvimento e ampliação dos poderes legislativos do Estado-membro e do Município, em território comum ao da União, desfazendo a tendência centralizadora do federalismo centrípeto, para explorar, em profundidade, as perspectivas do federalismo cooperativo e de equilíbrio.⁶⁷

Assim ocorre em virtude da íntima correlação que se estatui entre as bases da disposição funcional de poderes do Estado e as vedações reciprocamente proibidas a todos os entes da federação, seja formalmente de impossibilidade de invasão, seja materialmente de necessidade de diálogo⁶⁸, inclusive entre os blocos de direitos fundamental federal e estaduais.

E apesar de, via de regra, a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais no Brasil dever ser imediata, por força do art. 5º, § 1º da CRFB/88, é notório que a mera previsão positiva não é bastante para tanto.

Por exemplo, a Constituição do Estado da Bahia, em seu art. 4º, XVII identifica como direito fundamental que "é livre o acesso de ministro de confissão religiosa para prestação de assistência espiritual nas entidades civis e militares de internação coletiva". Ao densificar o art. 5º, VII da CRFB/88 que assegura, nos termos da Lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, a Constituição baiana constitucionalizou e ampliou neste Estado uma norma de eficácia contida na Constituição Federal e instrumentalizada inicialmente por meio da Lei 9.982/2002. Porém, ao se tornar parâmetro de controle de constitucionalidade estadual, novos e específicos temas podem vir a surgir acerca de tal norma e unicamente no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Dentre várias, ante as distinções dos textos, é possível questionar, a assistência espiritual e a assistência religiosa são distintas? Caso não esteja disponível em certa entidade de internação coletiva a assistência, é possível exigí-la judicialmente? E a custo de quem? Tais unidades, caso efetivadas, necessariamente devem ser interconfessionais ante o caráter laico do Estado? Tais problemas remetem, como se percebe, a um desenvolver dos relacionamentos eficaciais do bloco de constitucionalidade federal com o estadual baiano, o que é possível de ocorrer também em outros Estados.

66 "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si".

67 HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade. In: **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 9, 2003, p. 13-29.

68 MARTINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 690.

Como aduz Alexandre de Moraes, a própria natureza das normas que disciplinam direitos e garantias fundamentais "faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas", principalmente as "de direitos sociais, enquadrados entre os direitos fundamentais", sendo também a jurisdição constitucional o lócus em que tais direitos e garantias possam vir a ser reclamados de efetivação⁶⁹.

É justamente no que diz respeito a este diálogo propositivo entre as normas interfederativas que Mariana Freitas aduz que, quando do conflito entre estas, devam ser respectivamente prevaletentes as normas homogênicas de seus respectivos entes federativos. Leciona a referida autora,

a norma constitucional estadual deve prevalecer quando em conflito com legislação estadual, por possuir maior valor e importância. Da mesma forma que a legislação federal deve adequar-se à Constituição Federal, respeitando suas normas e princípios, deve a legislação estadual ser compatível com a Constituição de seu Estado, sob pena de invalidade⁷⁰

É, por exemplo, possível manifestar que há um firme diálogo e exercício de pacto federativo no que diz respeito à possibilidade de Mandado de Injunção ser julgado pelos Tribunais de Justiça dos Estados no exemplo citado por Carlos Velloso, inspirado na doutrina de Galeno de Lacerda.

Aquele autor aduzia que, apesar de, à época do seu escrito, a maioria das Constituições dos Estados não possuir previsão específica para julgamento de Mandado de Injunção Estadual, "pelo princípio da simetria, seria de admitir-se a do Tribunal de Justiça para suprir lacunas da legislação ou de regulamento estadual, no que concerne aos direitos fundamentais indicados"⁷¹. Fazia ressalva, seguida na doutrina por Luis Roberto Barroso⁷², de que a hipótese seria remota, "porque lacunas relativas a esses direitos dizem com a legislação federal, praticamente exaustiva a respeito"⁷³, restando, eventualmente, os juízes de 1º grau a apreciação de injunções relativas à lacunas municipais e a depender do interesse envolvido.

Esta discussão remete ao fato de que, no geral, apesar de existir título específico, expresso e vasto de direitos fundamentais nas Constituições estaduais, ante a força do princípio da simetria federativa e da filtragem constitucional da Constituição Federal sob as constituições estaduais, o bloco de constitucionalidade federal termina por se espriar e se fazer vigente diretamente no âmbito dos Estados. Isto, entretanto, não induz ou atesta inutilidade dos direitos fundamentais estaduais.

De uma forma geral, as Constituições estaduais adotam a mesma principiologia e organização normativa de direitos fundamentais federais, estas que terminam indo ao encontro de uma fundamentalidade material comum, ou seja, da promoção,

69 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 45.

70 FREITAS, Mariana Almeida Passos de. O meio ambiente nas constituições estaduais brasileiras. In: **Revista de Direito Ambiental**, vol. 29, jan/mar. 2003, p. 74.

71 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 172.

72 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

73 VELLOSO, *Op. cit.*, p. 172.

proteção e defesa da dignidade da pessoa humana⁷⁴, que enseja uma conformação, em geral, a uma teorização dos direitos fundamentais estaduais.

8. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são gênero do qual são espécies os direitos fundamentais federais e estaduais. À luz do ordenamento jurídico brasileiro e em vistas à construção de uma Teoria Geral acerca destes últimos, é necessário identificá-los como espécies normativas inseridas no constitucionalismo contemporâneo, onde a filtragem das normas constitucionais, mais do que significar um comando federal constitucional aos Estados membros, identifica a necessidade de diálogo entre estas duas espécies.

Propostas que visem realçar a aplicabilidade dos direitos fundamentais estaduais necessitam, portanto, reafirmar ontologicamente suas similitudes para com normas de igual hierarquia e densidade normativa no âmbito da União, mas sem desnaturar o que lhes seja próprio a partir das premissas estabelecidas entre poderes constituintes e as particularidades da acepção derivada decorrente.

Buscando explicitar a natureza, conceituação, conteúdo e características, o estudo estabeleceu, ainda que de forma concisa, uma proposta distintiva entre direitos fundamentais federais e estaduais, centrando a gênese destes a partir do critério de competência constitucional para edição e reconhecimento destes.

Identificou-se assim que, conceitual e caracteristicamente, os direitos fundamentais federais e estaduais são próximos, entretanto, há significativas notas distintivas entre os mesmos no Brasil, notadamente diante do modelo federativo adotado pelo país e pela supremacia e primazia da Constituição Federal sob as Constituições estaduais, situação que se reverte na ampla modulagem e aplicação dos princípios da simetria federativa e subsidiariedade na doutrina e jurisprudências pátrias acerca dos direitos fundamentais estaduais. Não se olvida, porém, que, mesmo com tais cisões entre os mesmos, aspectos teóricos geralmente consolidados lhes sejam aplicáveis, tais como a noção gerações ou dimensões.

Apesar disso, e a partir das características comuns entre as duas espécies de direitos fundamentais elucidadas, pode-se sustentar que qualquer Teoria Geral dos Direitos Fundamentais que hoje se estabeleça necessita não apenas cumprir aqueles princípios da simetria e subsidiariedade, mas também e principalmente o da máxima efetividade das normas constitucionais, o que leva a uma paulatina construção e afirmação de um novo constitucionalismo acerca dos direitos fundamentais estaduais na federação brasileira.

74 Sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso sustenta haver neste três componentes "valor intrínseco, que se refere ao *status* especial do ser humano no mundo; *autonomia*, que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e valor comunitário, convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal" BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. trad. Humberto Laport de Mello. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 112.

Destacou-se, por fim, como uma das chaves, para esses projetos, o fato de que a abordagem da eficácia das normas de direitos fundamentais estaduais opera em duas lógicas, pois, ao mesmo tempo em que devem respeito à modelagem estabelecida pela União em consonância e densificação aos princípios da simetria e federativo, também possuem espaço de prevalência em matérias de atribuições típicas dos Estados-membros.

Em síntese, estas constatações são o contributo que este Artigo, com singeleza, possibilitou firmar e que se mantém como estudo hábil a melhor estimular e concretizar estudos, pesquisas e a aplicação dos direitos fundamentais estaduais.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.
- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAGGIO, Antonio Maria. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. In: BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Princípio da subsidiariedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Minas Gerais, n. 35, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 4. ed., vol. I (Artigo 1.º a 107.º). Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DE OTTO, Ignacio. Derecho constitucional: sistema de Fuentes. In: **Revista española de derecho constitucional**, ano 8, n. 23, 1988.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- ESPÍNOLA, Ruy Samuel. Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira. In: **Direito Público: estudos, conferências e notas**, n. 3, jan./mar., 2004.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FREITAS, Mariana Almeida Passos de. O meio ambiente nas constituições estaduais brasileiras. In: **Revista de Direito Ambiental**, vol. 29, jan./mar. 2003.
- GARCIA, Emerson. Foro por prerrogativa de função nas Constituições estaduais: de onde viemos e aonde chegamos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 982, ago., 2017.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el Estado prestacional**. trad. Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019.
- HERNÁNDEZ, Antonio María. **Federalismo y constitucionalismo provincial**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Santa Maria, 1964.
- HORTA, Raul Machado. Federalismo e o Princípio da Subsidiariedade. In: **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 9, 2003.
- LEONCY, Léo Ferreira. "Princípio da simetria" e o argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. Tese. (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- LUNA, Ricardo Mercado. **Derecho constitucional provincial: aportes para sua formulacion**. Buenos Aires: Argentina Ciudad, 2000.
- LLORENTE, Francisco Rubio; FAVOREAU, Louis. **El bloque de la constitucionalidad**. Imprenta: Madrid, Civitas, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1991.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, I. M.C.V. . Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. In: **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, 2016.
- LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Los Derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 2004.
- MARTINS, Leonardo. Limites ao princípio da simetria constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Márties. **Hermenêutica e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MORAES, Sílvio Roberto Mello. Apontamentos sobre o controle jurisdicional de leis e atos normativos estaduais e municipais na Constituição do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 2, jan./mar., 1993.

MORAIS, F. S. ; SANTOS, J. P. S. Direitos fundamentais: características histórico-conceituais. In: **Revista de Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo, v. 15, p. 67-84, 2015.

NOBREGA, J. Flóscolo da. As imunidades parlamentares e as constituições estaduais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 996, out., 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

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

SANTIAGO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional**. Buenos Aires; Bogotá: Editorial Astrea, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livrara do advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE. Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 4, p. 23-51, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TRINDADE, Antônio Cançado. **Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos**, vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e conseqüências no Sistema Constitucional brasileiro. 2007. 212 fl. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

VASCONSELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. In: **Revista da Faculdade de Direito RFD**, Rio de Janeiro, n. 28, dez., 2015.

THE QUOTA SYSTEM IN POLICY AND THE REPRESENTATION OF BLACK WOMEN**O SISTEMA DE COTAS NA POLÍTICA E A REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NEGRA**artigos
científicos**Bárbara Ellen Aguiar^I**

^IGraduanda em Direito da UNIFATECIE – Faculdade de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná.
barbaraaguiar.23628@fatecie.edu.br

Isabella Bana^{II}

^{II}Procuradora do Município de Planaltina do Paraná – PR. Graduada em Direito pela Faculdade Maringá. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestra em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR. Docente do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE – Faculdade de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná.
isabellabana2@hotmail.com

Recebido/Received: 05.12.2022/ December 5th, 2022.
Aprovado/Approved: 16.02.2023/ February 16th, 2023.

RESUMO

Inicialmente, oportuno registrar que o aspecto histórico do Brasil – em especial da colonização – ainda reproduz diversas consequências e condutas desequilibradas, enfatizando-se aqui no âmbito da política, ou seja, muito embora o Brasil seja reconhecido pela grande diversidade e miscigenação cultural (indígenas, negros, europeus, entre outros), a colonização não se deu de maneira pacífica e igualitária, resultando em entraves culturais e na política "tradicional". Neste contexto, o presente artigo busca contextualizar a luta das mulheres negras por espaço e igualdade, principalmente abarcando os conceitos gerais de raça e sexo, bem como a exposição sobre a dificuldade de ter a pele negra e ser mulher numa sociedade culturalmente machista, sexista, heteronormativa e branquitude. Ademais, quanto à atuação e à participação da mulher negra na política, é notória a falta de representatividade. Assim, com base no levantamento bibliográfico, aborda-se ainda sobre as cotas raciais como forma e instrumento eficaz a fim de garantir a igualdade entre os indivíduos, especialmente àqueles que sofrem discriminação e exclusão, in casu mulheres negras. Desta forma, esse artigo busca tratar da problemática que aborda a discriminação e racismo contra mulheres negras ante à sua dificuldade de representação política, oportunizando uma reflexão sobre a (in)efetividade das cotas para se alcançar a entrada e permanência de mulheres negras na política.

Palavras-chave: Mulheres negras. Discriminação. Igualdade. Políticas Públicas.

ABSTRACT

Initially, it is opportune to note that the historical aspect of Brazil - especially colonization - still reproduces several consequences and unbalanced behavior, emphasizing here in the context of politics, that is, even though Brazil is recognized for its great diversity and cultural miscegenation (indigenous, blacks, Europeans,

among others), colonization did not take place in a peaceful and egalitarian way, resulting in cultural barriers and in "traditional" politics. In this context, this article seeks to contextualize the struggle of black women for space and equality, mainly covering the general concepts of race and sex, as well as the exposition on the difficulty of having black skin and being a woman in a culturally sexist, sexist society, heteronormative and whiteness. Furthermore, regarding the performance and participation of black women in politics, the lack of representation is notorious. Thus, based on the bibliographic survey, racial quotas are also addressed as an effective means and instrument to ensure equality between individuals, especially those who suffer discrimination and exclusion, in casu black women. Thus, this article seeks to address the issue that addresses discrimination and racism against black women in view of their difficulty in political representation, providing opportunities for reflection on the (in)effectiveness of quotas to achieve the entry and permanence of black women in politics.

Keywords: Black women. Discrimination. Equality. Public policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DO RACISMO NO BRASIL; 2. DA DUPLA DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NEGRA: RAÇA E GÊNERO; 3. DO SISTEMA DE COTAS NA POLÍTICA; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É inegável que o Brasil é um país onde o racismo acontece desde o período escravocrata até os dias de hoje. Muitas mudanças aconteceram e vem acontecendo, mas para que a mudança aconteça é necessário ação, reivindicação e representatividade.

Ao longo dos anos, desde o "fim" da escravidão – com a promulgação da Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888), percebe-se a inércia do Estado na realização de estudo e/ou planejamento de como aquelas pessoas que viviam em situação de escravidão iriam seguir e administrar suas vidas. E, como resultado desta falta de planejamento e assistência do Estado, essas pessoas não tiveram as mesmas oportunidades. Muito pelo contrário, mesmo livres, os negros sofriam muito e viviam a margem da sociedade.

No que tange à mulher negra e à própria evolução histórica do Brasil – consolidada em discursos racistas e sexistas, tal exclusão é ainda mais evidente e ofensiva, representando, dessa forma, numa luta diária e constante para a efetivação dos seus direitos fundamentais e, conseqüentemente, para a garantia da representativa deste grupo no universo político.

Neste cenário, a presente pesquisa, por meio de um levantamento bibliográfico obtido a partir de legislações, jurisprudências e doutrinas, e, também, materiais

decorrentes de outras áreas do conhecimento humanos, tem como principal escopo retratar sobre o racismo no Brasil, associando à (des)igualdade existente quanto à representatividade feminina negra nos cargos submetidos à eleição, bem como indagando sobre a (in)existência de políticas públicas a fim de garantir a democracia representativa.

Assim, no primeiro capítulo, abordar-se-á, de maneira ampla e genérica, sobre o racismo no Brasil, ensejador das desigualdades raciais presentes na sociedade, sejam elas políticas, econômicas ou jurídicas, englobando, inclusive, sobre o aspecto da posição "privilegiada" (maiores oportunidades) de ser pessoa branca, que, na maioria das vezes, é evidenciado com a enorme representatividade branca, especialmente em cargos políticos, de direção, de chefia, entre outros.

Com todo o estudo e a abordagem sobre o racismo, num segundo momento, adentrar-se-á no estudo sobre o sexismo e o gênero, haja vista que ser mulher no Brasil é uma tarefa árdua e fator discriminatório, tendo que lidar com o machismo em praticamente todos os ambientes imagináveis, como por exemplo na rua ao ar livre, no trabalho, no mercado, dentro da própria casa, etc, enfatizando sobre o direito à sexualidade, bem como evidenciando a necessidade de tutela e de atuação do Estado para com esse grupo, que encontra-se em constante luta por igualdade e respeito.

Desta forma, tratados o racismo e o gênero (sexualidade), promover-se-á uma discussão sobre a figura da mulher negra e sua representatividade na política brasileira, e uma análise sobre a (in)existência de mecanismo de atuação estatal para a efetividade dos direitos fundamentais da mulher negra, em especial no tocante à participação e visibilidade políticas.

Portanto, a presente pesquisa justifica-se e demonstra enorme relevância, uma vez que os grupos vulneráveis, sejam eles negros, mulheres, idosos, LGBTQIA+, índios, sofrem diariamente ataques diretos e indiretos de uma sociedade preconceituosa, racista, heteronormativa, machista e sexista, ora um homem negro sofre racismo, uma mulher sofre machismo e uma mulher negra sofre racismo e machismo de uma forma muito pior.

1. DO RACISMO NO BRASIL

O racismo no Brasil tem sido uma realidade desde a era colonial e escravocrata, nos anos de 1568 a 1888, ou seja, foram aproximadamente 320 anos de muito sofrimento, opressão e exclusão em desfavor dos povos negros escravizados, que sempre estiveram submetidos a uma situação desumana e cruel¹.

Sobre o aspecto histórico, Rafael Guerreiro Osorio² salienta que:

1 PAINEIRAS FILHO, José. **Dia Nacional da Consciência Negra**. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/dia-nacional-da-consciencia-negra-83.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

2 OSORIO, Rafael Guerreiro. **A desigualdade racial no Brasil nas três últimas décadas**. Brasília: IPEA, 2021. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10623/1/td_2657.pdf. Acesso em: 15 out. 2021. p. 7-8.

A desigualdade e a discriminação racial andam juntas no Brasil desde a chegada dos portugueses, que erigiram a colônia com base na escravização dos negros da terra e da África.² A desigualdade racial entre os senhores brancos e os escravos negros, indígenas, e mestiços era justificada, de início, pela suposta superioridade religiosa; depois, com a emergência do racismo pseudocientífico do século XIX, também por fantasias de superioridade biológica e cultural.³ Durante a maior parte da história brasileira, a desigualdade racial foi reconhecida, preservada e garantida contra a resistência dos negros. Objetivava-se mantê-la, não combatê-la. Depois da Independência do Brasil, quando começa a se formar um pensamento social propriamente brasileiro, a composição racial da população se tornou um problema para a construção da identidade nacional. Sob inspiração de teorias racistas, as elites políticas e intelectuais se convenceram de que pretos e pardos, a maior parte da população, eram um entrave ao desenvolvimento e, possivelmente mais importante, uma ameaça aos donos do poder.

Nesse sentido, evidencia-se que a desigualdade racial no Brasil não é de hoje, e que fora incitada no decorrer da história brasileira, neutralizando os elementos negros e promovendo políticas voltadas à "branquitude" da sociedade.

Segundo Lira³:

Aproximadamente mais de 04 milhões de vidas africanas desembarcaram em terras brasileiras, porém, é impossível calcular as vidas perdidas na travessia Transatlântica, devido doenças, maus tratos, fome e até mesmo o próprio suicídio, ou as mortes ocorridas ainda no continente Africano em consequência das lutas de resistência contra as violentas tentativas de captura deste povo. O número de negros (as) escravizados(as) no Brasil foi o maior em comparação aos demais países do continente americano, mas somente após 3 séculos e meio de escravização, o Brasil passa a sofrer pressões internacionais para abolir a escravidão, já que o estágio do capitalismo industrial naquele momento, necessitava de trabalhadores assalariados para o consumo de mercado.

Em 13 de maio de 1888, foi assinada pela Princesa Isabel a Lei Áurea, a qual colocou fim ao período de escravidão no Brasil. Dessa forma, pessoas que viveram anos de muito sofrimento se viram livres para buscarem uma vida digna de um ser humano. Legislação essa bastante questionada – dada sua natureza simplória e a ausência de qualquer política pública ou mecanismo de inserção, especialmente em razão da resistência do Brasil para com a sua formalização – tornando-se, assim, o último país do Ocidente a abolir a escravidão⁴.

Desta feita, o período pós-abolição não foi planejado, não houve criação de medidas para integrá-los economicamente e socialmente. Mesmo não sendo mais escravizados, os negros não eram vistos como as outras pessoas de pele branca, uma problemática, pois àquelas pessoas se viam livres da escravidão continuavam

3 LIRA, Priscila L. **Mulheres negras**: desigualdade racial e de gênero e as políticas e programas sociais. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, 2018. Disponível em: <file:///E:/Documentos/Downloads/ekeys.+01475+Mulheres+negras+-+desigualdade+racial+e+de+g%C3%AAnero+e+as+pol%C3%ADticas+e+programas+sociais.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021. p. 2.

4 PAINEIRAS FILHO, José. **Dia Nacional da Consciência Negra**. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/dia-nacional-da-consciencia-negra--83.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

sofrendo preconceitos, discriminação e não tinham espaço e oportunidades para construir suas vidas com dignidade.

Ora, a Lei Áurea tão somente "aboliu" a escravidão, não garantindo a efetiva tutela dos direitos fundamentais da população de ex-escravos, tampouco proporcionou políticas capazes de fomentar condições e oportunidades, seja na política, no mercado de trabalho, na educação:

A população que por séculos foi alicerce do sistema de produção dos setores rurais, da mineração, nos centros urbanos, nas casas grandes até mesmo como amas de leite, se viram do dia para noite na condição de "libertos", e com isso também na condição de sem teto, desempregados, desqualificados profissionalmente, analfabetos, entregues à própria sorte, já que o Estado não garantiu qualquer política indenizatória, muito pelo contrário em resposta a necessidade de adaptação de um novo modelo de trabalhadores, estimulou a vinda de trabalhadores imigrantes europeus, estes sim, assalariados, qualificados, e com incentivos estatais como transporte, alojamento, financiamento para compra de terras e maquinário para a produção, etc. Além disso, os recentes ex-escravizados ainda eram percebidos pela sociedade como sub-humanos, não merecedores da condição de cidadania plena, a perpetuação no imaginário brasileiro da hierarquização social, da supremacia branca, determinava o lugar da população negra⁵.

Mesmo com o passar dos anos lutando, para cada conquista uma luta, os negros continuavam sofrendo, não lhes era dado espaço na sociedade, principalmente na educação e no mercado de trabalho, permaneciam nos espaços mais humildes e menosprezados da sociedade brasileira, ainda eram discriminados pela cor da pele, como se fossem inferiores aos outros de pele branca que em toda a história tiveram seus privilégios.

Essa construção de uma identidade dominadora e padrão, formada por um grupo privilegiado – privilégio branco, é tratada na doutrina como branquitude, e chocantemente ainda ratificada, vez que a cor da pele lhe garante ou não oportunidades, bem como a incidência ou não de atos de violência, de assédio, de discriminação.

Cléber Teixeira Leão⁶ salienta que:

A branquitude se caracteriza por uma posição de privilégios, mas ao mesmo tempo é vista como uma forma de neutralidade racial, pois o branco se considera parte não integrante dos conflitos raciais, já que não vê a si mesmo como uma raça, mas como o normal. Essa categoria é atribuída ao branco somente em uma relação de dualidade entre o "eu" e o "outro", o branco e o não branco. Esta relação acaba relegando ao negro ou ao não branco, os problemas raciais surgidos entre esses grupos.

5 LIRA, Priscila L. **Mulheres negras: desigualdade racial e de gênero e as políticas e programas sociais.** Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, 2018. Disponível em: <file:///E:/Documentos/Downloads/ekeys.+01475+Mulheres+negras+desigualdade+racial+e+de+g%C3%AAnero+e+as+pol%C3%ADticas+e+programas+sociais.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021. p. 3.

6 LEÃO, Cléber Teixeira. **Entre o visível e o invisível: a branquitude e as relações raciais nos conteúdos curriculares de ensino de história.** 2020. 109 f. Dissertação apresentada em Mestrado em Ensino de História – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS. Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/213391>. Acesso em: 15 out 2021. p. 20.

A população negra ficou à margem, uma vez que a eles não foram garantidas políticas educacionais, oportunidades de emprego, ficando com a imagem de que só tivessem capacidade para realizar atividades braçais, serviços pesados e recebendo muito pouco por isso. A inserção da população negra no sistema nacional de ensino, para então conseqüentemente começar a surtir efeitos em melhores oportunidades de trabalho foi lenta e difícil, bem como, no tocante às normas jurídicas, em especial nas leis, os negros também eram colocados às margens.

À título de exemplificação, no Brasil, havia uma lei de 1835 que proibia aos negros escravos o acesso às escolas, sendo ainda que os negros "livres" somente poderiam frequentar a instituição de ensino na condição de serem ricos ou livres. Já no Rio de Janeiro, tal proibição era estendida àqueles que possuíssem doença contagiosa e aos negros, ainda que libertos da escravidão⁷.

Outro direito que era restrito aos negros escravos era o direito ao voto, eles não tinham direito de poder contribuir para escolha de seus governantes, ou seja, apenas os homens ricos com mais de 25 anos poderiam votar, proibindo, assim, o voto de mulheres, escravos, soldados e índios.

Desde o período de escravidão eram criados movimentos em busca de direitos, e, após a abolição, esses movimentos continuaram e foram ganhando ainda mais força. Denominado de "movimento negro", graças a essa união ao longo dos anos, lutando contra a escravidão e após a abolição dos escravos a luta continuou contra desigualdade social e assim por diante, foram sendo alcançados e garantidos os direitos fundamentais. Esses grupos organizados para promover o movimento negro em busca de direitos foram muito importantes na história. E mesmo conquistando direitos fundamentais, após décadas ainda é necessário movimentos antirracismo, principalmente por não terem tantas medidas voltadas especificamente para população negra em si considerando o tanto de racismo que infelizmente ainda acontece e na maioria das vezes as pessoas que cometem racismo não são punidas, oprimindo a vítima⁸.

Ademais, importante mencionar sobre a evolução constitucional antirracista e, conseqüentemente, de criminalização do racismo:

[...] de forma inédita em 1965, o Ato Institucional no 2 modificou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, inserindo no artigo 141, §1º, o esboço inicial do combate constitucional ao racismo. Aferiu-se um proto-mandado de criminalização do racismo, que viria a ser completamente satisfeito com a promulgação da Carta de 1967. O grande avanço legislativo deu-se justamente no esforço feito pelo constituinte ao inserir a vedação explícita às condutas discriminatórias de cunho racial. No Brasil, o primeiro mandado constitucional de criminalização do racismo foi editado no texto da Carta de 1967 em seu artigo 150 §1º. Previa-se, de forma nominativa, a norma de combate ao

7 FRANÇA, Aldaires Souto. **Uma educação imperfeita para uma liberdade imperfeita: escravidão e educação no Espírito Santo (1869-1889)**. 2006. 312 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2006.

8 RIBEIRO, Djamilia. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

racismo, que foi denominado "preconceito de raça". Note-se que não houve expressa referência à legislação criminal, bastando que o racismo fosse "punido pela lei", de forma genérica. Contudo, a previsão penal já se encontrava satisfeita com a tutela exercida pela Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/1951), que considerava as práticas racistas como contravenção penal. Apenas em 1988, com a edição da atual Constituição, o mandado de criminalização do racismo (artigo 5º, inciso XLII) chegou ao seu fastígio, classificando-se "a prática de racismo como crime"⁹.

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988, verifica-se que há expressamente a vedação do racismo, exigindo do Estado uma atuação de tutela e de garantidor, recaindo sobre tais condutas a responsabilidade criminal inclusive, especialmente sob o aspecto do bem jurídico fundamental da igualdade.

A evolução dos direitos voltados para à população negra, bem como a criminalização de discriminações (Leis Federais nº 7.716/1989, nº 9.459/1997 e nº 10.741/2003) pautadas na raça ou na cor são conquistas bastante importantes, entretanto, infelizmente, mesmo depois de séculos, ainda existe racismo, e as pessoas ainda sofrem muito por conta da cor da pele, mesmo sendo um assunto muito pautado na atualidade, haja vista que mesmo com a vigência das citadas legislações e a inexistência ou deficiência de políticas de inserção, tornam-se assustadores os episódios de racismo e de discriminação que acontecem diariamente.

Quanto às questões estruturais, o racismo praticado diretamente em virtude do preconceito pela cor da pele de uma pessoa é uma manifestação de racismo evidente. São situações em que as pessoas são agredidas verbalmente, fisicamente, colocadas em situações de inferioridade, barradas em locais, entre outras práticas racistas em razão da cor da pele, são praticadas de forma direta em que todos os que presenciam dessas situações podem identificar como discriminação racial¹⁰.

O racismo não ocorre apenas de forma direta, escancarada em que todos podemos identificar, existem formas de racismo que ocorre de maneira implícita, o racismo institucional, em que a forma de discriminação acontece devido a cor da pele, por meio de abordagens violentas pela polícia, desconfiança dentro de estabelecimentos contra pessoas negras, ações que não aconteceria se fosse com uma pessoa de cor da pele branca, todas essas ações sem justificativas plausíveis.

Um exemplo de racismo institucional é o assassinato de Geord Floyd, que foi morto em 25 de maio de 2020 após ter o pescoço pressionado pelo joelho do policial branco Derek Chauvin, em Mineápolis EUA por 9 minutos e 29 segundos, a ação do policial ocorreu pelo motivo do ex-segurança negro, ter tentado pagar uma conta em uma mercearia com uma nota falsa de 20 dólares. Imagens mostraram que Floyd não ofereceu resistência à abordagem dos agentes¹¹.

9 MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES, Silvio Carlos. A epistemologia do racismo no Brasil. **RIL Brasília**, a. 52, n. 208, out./dez., 2015, p. 149-166. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021. p. 152.

10 ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

11 JIMENEZ, Omar. Últimas palavras de George Floyd foram não consigo respirar revela novo vídeo. **CNN Brasil**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/07/15/ultimas-palavras-de-george-floyd-foram-nao-conseguir-respirar-revela-novo-video>. Acesso em: 08 set. 2021.

Mesmo após séculos à escravidão, deploravelmente, o racismo pela cor da pele ainda se encontra presente em nossa sociedade, muito além do que se pode imaginar, em ações absurdas como estas, tanto a discriminação racial direta, racismo institucional, e também o racismo estrutural.

O racismo estrutural, por sua vez, menos perceptível, está emaranhado na cultura, de um modo que, muitas vezes nem parece racismo. O racismo estrutural pode ser constatado em situações de que poucas pessoas negras ocupam cargos de chefia em grandes empresas, nos cursos superiores das melhores universidades a maioria dos estudantes, quando não a totalidade é branca, ou quando há utilização de expressões linguísticas e piadas racistas. A situação é ainda mais deplorável quando as ações descritas são tratadas com normalidade¹².

A origem do racismo estrutural vem da herança discriminatória da escravidão, em conjunto com a falta de medidas de integração dos negros na sociedade, por meio de políticas públicas de inclusão no mercado de trabalho.

O racismo estrutural faz parte da sociedade, reproduzido de forma consciente ou inconsciente em aspectos políticos, econômicos e sociais.

Pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostra que o número de homicídios de pessoas negras aumentou 11,5% entre 2008 e 2018, enquanto que o de pessoas não negras diminuiu 12%. Além disso, das 4.519 mulheres assassinadas no país em 2018, 68% delas eram negras, e de 2018 até hoje esses números aumentaram. Na economia, segundo pesquisas, a diferença salarial entre negros e não negros, chega a 73%, a participação de negros no quadro executivo e de gerência nas maiores empresas do país é de apenas 4,7% e 6,3%, respectivamente¹³.

Pode-se perceber o quão presente é o racismo, o preconceito pela cor da pele negra, e muitos acreditam que nos dias de hoje não existe racismo, práticas negacionistas.

Recentemente, outro episódio de racismo viralizou, em que um rapaz negro estava com sua bicicleta elétrica esperando sua namorada em frente a um shopping no Leblon, bairro da Zona Sul do Rio de Janeiro, quando um casal de jovens brancos chegaram afirmando que a bicicleta elétrica era a bicicleta da menina que tinha acabado de ser roubada, o rapaz negou as acusações e o casal continuou insistindo até testar o cadeado da bicicleta e ver que não era compatível, o rapaz vítima das acusações conseguiu filmar e postou em suas redes sociais. Neste fato ocorrido, nota-se claramente uma ação racista, e o casal que praticou a ação negou ter cometido racismo. Dias depois encontraram a bicicleta elétrica que foi furtada da jovem, o rapaz que havia furtado, por sua vez, era um jovem branco¹⁴.

12 ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

13 BRASIL. **Governo Federal**. Atlas da Violência. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020> https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

14 RIANELLI; Erick; LEITÃO, Leslie. Política prende suspeito de furto de bicicleta elétrica que motivou abordagem a jovem negro no Rio. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/06/17/policia-prende-suspeito-de-furto-de-bicicleta-eletrica-que-motivou-abordagem-a-jovem-negro-no-rio.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2021.

Percebe-se, portanto, que essas condutas acontecem diariamente, e as pessoas que as cometem não se consideram racistas, pois o racismo está enraizado na sociedade, são questões estruturais que devem ser desconstruídas, uma vez que o problema está em toda sociedade.

Quanto ao racismo internalizado, denota-se que o racismo é a discriminação entre os seres humanos baseada nas diferenças corporais que possuem. E que essas diferenças garantem a uma superioridade e a outro inferioridade de determinados grupos em comparação de outros. Isso significa que o racismo estabelece uma visão de hierarquia entre raças.

Nos dizeres de Ramos¹⁵, o racismo consiste em:

[...] em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideia que sustenta a existência de um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupo de indivíduos com suas características intelectuais, culturais e de personalidade, incluindo o falso conceito de superioridade racial.

Para Silva Júnior¹⁶, a raça encontra-se relacionada a:

[...] uma categoria da biologia, designa um conjunto de aspectos biológicos cambiantes, que diferenciam elementos da mesma espécie. Por exemplo, na espécie dos felinos ou dos caninos, temos as raças de gatos ou cães com aspectos biologicamente variáveis, porém, isolados nas suas raças e reciprocamente hostis em ambientes comuns.

Resumidamente, raça são pessoas que possuem determinadas características físicas e hereditárias em comum, como os cabelos, olhos, a cor da pele, entre outros. Desta forma, nos anos de escravidão, os brancos eram classificados acima dos negros. E essa ideia absurda de hierarquia racial ainda existe internalizada no consciente e inconsciente de muitos, como, por exemplo, a ideia de que a cor branca, cores claras são ligadas a limpeza, e cores escuras ligadas a sujeira, o uso de vários termos para cor e raça muitas vezes serve como evidência do racismo internalizado. Várias questões são ocasionadas em decorrência da prática do racismo internalizado; ou, então, a questão de a beleza branca ser valorizada, os cabelos e os procedimentos estéticos, formando uma ideia de que cabelos lisos são bonitos, limpos e cabelos cacheados são feios, sujos. Logo, essas questões de racismo internalizado causam impactos na autoestima das pessoas negras, que leva a autossabotagem¹⁷.

Portanto, constata-se que o racismo ainda se faz presente nos dias atuais, revelando-se numa transgressão direta aos direitos fundamentais da pessoa humana e à própria Constituição Federal, requerendo, assim, uma atuação efetiva do Estado tanto na regulamentação de normas quanto na promoção de políticas públicas voltadas ao pluralismo, à educação e ao acesso, a fim de possibilitar o combate ao racismo.

15 RAMOS, A. C. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 722.

16 SILVA JR, H. **Direito de igualdade racial**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 14.

17 SANTANA, Bianca. **Quando me descobri negra**. São Paulo: SESI-SP Editora, 2015.

2. DA DUPLA DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NEGRA: RAÇA E GÊNERO

A princípio e conforme salientado no capítulo anterior, a raça é uma categoria das espécies de seres vivos, um conceito vindo da biologia como forma de classificação. Na sociedade, o termo raça é usado para identificar grupos a partir de suas características genéticas.

Pois bem, a população brasileira é formada por várias raças, caracterizando-se em população miscigenada. Desta forma, são inúmeras as raças que favorecem a formação do povo brasileiro.

O caminho para essa miscigenação no começo da história do Brasil e no período escravocrata ocorria através de abusos, estupros e violência.

Quanto ao gênero, oportuno salientar que consiste numa das manifestações da sexualidade humana, a qual também é constituída pelo sexo e pela orientação afetiva sexual do indivíduo, ou seja, o gênero – de natureza pessoal, "resulta da identidade social culturalmente construída, outorgada aos papéis, comportamentos, características, preferências, responsabilidades"¹⁸, resultando-se, portanto, na identificação e no reconhecimento da própria pessoa, independente da sua concepção biológica.

Posto isso, as mulheres negras, quando em situação de escravidão eram estupradas pelos "senhores brancos", além de vivenciarem a escravidão trabalhando o mesmo tanto que os homens, em serviços braçais que usavam da força, eram surradas, chicotadas, passavam fome, por muitas vezes em decorrência da fraqueza e tamanho sofrimento eram levadas a morte, a condição que as diferenciavam dos homens era ser mulher o que era pior por conta dos estupros o qual muitas das vezes resultava em gravidez, e essas mulheres mesmo grávidas continuavam sendo escravizadas, vivendo da fome sem condição nenhuma, o cenário mais desumano possível, uma situação de terror, essas mulheres pariam e não tinham nem oportunidade de serem mães, o destino do bebê já era traçado a escravidão, poucos eram pegos para serem criados pelas mulheres dos "senhores brancos" e mesmo com as condições terríveis em que as mulheres em situação de escravidão viviam o período de aleitamento geralmente era farto, tinham muito leite, então este leite servia para amamentar os filhos das mulheres brancas que não conseguiam amamentar, as mulheres negras que amamentavam as crianças brancas eram denominadas ama de leite ou mãe preta¹⁹.

O contexto exposto acima evidencia claramente a opressão das mulheres negras, uma vez que se encontram associadas a dois fatores discriminatórios – desigualdades de racial e de gênero, sendo "o primeiro referencial de opressão é a branquitude

18 BANA, Isabella. **Bullying, homofobia e responsabilidade civil das escolas**: uma análise sob a proteção dos direitos da personalidade. Birigui: Boreal, 2016. p. 13.

19 DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani,. São Paulo: Boitempo, 2016.

e o segundo é o patriarcado. Estas opressões se estruturam em convenções que determinaram um papel social inferiorizado às mulheres negras²⁰.

Por anos as mulheres foram socialmente colocadas em situações de inferioridade aos homens, não tendo acesso a serviços e direitos econômicos, políticos e sociais, viviam em péssimas condições de vida uma vez que eram submissas aos homens, com o passar dos anos os direitos foram sendo conquistados.

Nos dizeres de Lima, além do racismo, a mulher negra também se encontra condicionada à ideologia do patriarcado, isto é:

A ideologia do patriarcado atribui simbólica e objetivamente poderes aos homens sobre as mulheres, no entanto, a opressão se estrutura e se consolida na sociedade quando inserida enquanto ideologia, apropriada por todos os grupos que a compõe. O que nos sugere que o controle, a dominação e o poder podem ser assumidos também por outras esferas e categorias da sociedade, se esta estiver regida pela ideologia do patriarcado. [...]. O contexto de opressão da mulher negra deu-se sob a influência e coexistência de opressões via a prática da branquitude e da ideologia patriarcal. O sexismo e o racismo incidindo como barreiras para o cotidiano e o desenvolvimento destas mulheres²¹.

Entretanto, as desigualdades do passado ainda se fazem presentes, direitos foram garantidos, mas o machismo, o patriarcalismo, a ideia de inferioridade e a figura de submissão da mulher ainda é real até os dias de hoje. Mulheres são figuras oprimidas na sociedade que tem que lutar bravamente dia após dia por respeito, autonomia, igualdade e pela própria vida.

Em especial a mulher negra, uma vez que "construiu-se no imaginário coletivo uma visão sobre a mulher negra relacionada à servidão e a lugares sociais de subalternização"²².

Ademais, Assis²³ ainda relembra que:

O fato das mulheres negras ocuparem os níveis de pobreza mais altos do país está diretamente relacionado com as oportunidades que são oferecidas a essas mulheres, sabe-se que o acesso à educação é extremamente precarizado e pouco incentivado e várias mulheres têm que abandonar a escola para ajudar ou até mesmo manter o sustento da família e além disso as oportunidades de empregos destinados as mulheres negras são os de cargos considerados menos importantes na sociedade.

Ser mulher e sofrer o machismo da sociedade não é fácil e somado com a questão da raça causa uma problemática bem maior, a mulher enfrenta muitos percalços ao

20 LIMA, Milena Guesso Leão de. **A inserção das mulheres negras no mundo político eleitoral:** uma análise sobre a sua representatividade nas Assembleias Legislativas dos estados da Bahia e São Paulo. 114 f. 2015. Dissertação apresentada em Mestrado em Ciências – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 16.

21 Ibid., p. 19-20.

22 LIMA, Milena Guesso Leão de. **A inserção das mulheres negras no mundo político eleitoral:** uma análise sobre a sua representatividade nas Assembleias Legislativas dos estados da Bahia e São Paulo. 114 f. 2015. Dissertação apresentada em Mestrado em Ciências – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 23.

23 ASSIS, Camila Vieira da Silva. **Mulheres negras, opressões, feminismo negro e entretenimento.** Disponível em: http://www.uece.br/eventos/seminariocetros/anais/trabalhos_completos/425-51242-15072018-114301.pdf. Acesso em: 10 out. 2021. p. 5.

logo do trajeto da vida e quando mulher e negra carregam na pele desafios ainda maiores, preconceitos e dificuldades que não existiriam se fosse mulher e branca.

No próprio movimento feminista, foi observado questões racistas, e as mulheres negras perceberam que o movimento era pautado apenas nos direitos das mulheres, o que as não representavam por completo, haja vista que as mulheres negras sofrem dupla discriminação, tanto de sexo quanto de raça, e, também, dentro do movimento negro, liderado por homens, não havia interesse de atuar nas lutas contra o sexismo. Desta forma, decidiram formar um movimento que focasse nas especificidades próprias das mulheres negras, o então Feminismo Negro.

Sendo assim, ainda sobre o movimento feminista, Assis²⁴ aponta que:

O feminismo é o movimento de mulheres que luta pelo alcance de uma sociedade igualitária e traz uma discussão de extrema relevância para o tema e que produz contribuições significativas para o enfrentamento a violência de gênero e raça. Através do feminismo, as mulheres já alcançaram diversas conquistas no âmbito social e político. Devido ao feminismo abordar de uma maneira geral a luta de mulheres, houve-se a necessidade da criação de algumas vertentes, que fazem um recorte mais específico para determinados grupos de mulheres, uma dessas vertentes é o feminismo negro, que surgiu através das especificidades vivenciadas pelas mulheres negras, que travam lutas também referentes a raça, que é um fator determinante para a vivência de opressões que não acontecem com as mulheres brancas, o feminismo negro é um grande aliado para a discussão sobre as opressões da mulher negra, pois discute e pauta lutas no sentido de desconstruir e derrubar padrões socialmente naturalizados, que posiciona a mulher negra no grupo inferiorizado pela sociedade e que conseqüentemente mais sofre violências.

No Brasil, esse movimento teve origem na década de 1970, com o Movimento de Mulheres Negras (MMN), sendo criado com intuito de tratar em conjunto as pautas de sexismo e raça, o que faltava nos movimentos sociais da época²⁵.

A desigualdade, a subalternização e a sub-representação da mulher negra são evidentes no Brasil, inclusive mediante indicadores socioeconômicos, senão vejamos:

[...] sobre a distribuição das mulheres ocupadas nos serviços domésticos por cor/raça nas regiões brasileiras, revela que em todas as regiões do país, a tendência de elevação do percentual de trabalhadoras domésticas negras esteve presente, exceto para a região Norte [...]. Vale destacar a região sudeste, onde a presença das mulheres negras é menor na composição da população que a das mulheres brancas e, no entanto, foi a região que registrou o maior aumento de mulheres negras ocupadas no trabalho doméstico no período [...]. Isso significa que, sendo as mulheres negras a maioria nos serviços domésticos, são elas as mais expostas a estas condições precárias, com longas jornadas e poucas garantias trabalhistas. Este indicador estreita os laços deste passado

24 Ibid., p. 2-3.

25 RIBEIRO, Djamilia. **Quem tem medo do feminismo negro?** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

não muito distante e os efeitos destas convenções sociais, tendendo a confirmar a transmissão inter-geracional e inter-grupal²⁶.

Portanto, é evidente a violação do direito à igualdade descrito no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente no tocante às mesmas oportunidades e às mesmas condições, além dos mesmos direitos e obrigações a homens e mulheres, independentemente da cor, entre outros atributos. Logo, a realidade em que se vive atualmente não remete ao que está garantido na Constituição Federal como direito fundamental, indispensável à cidadania e à vida digna.

3. DO SISTEMA DE COTAS NA POLÍTICA

Com toda essa bagagem histórica de muito preconceito e sofrimento e ainda na condição de mulher sofrer machismo, verifica-se como problemática central a ausência e carência de oportunidades, e, conseqüentemente, a sub-representação da mulher negra, especialmente no Brasil.

As mulheres negras que vivem às margens da sociedade enfrentam o problema de não ter um ensino de qualidade, muitas vezes não tem a oportunidade de chegar ao ensino superior, o serviço mais comum é de doméstica, desenvolvem sim serviços dignos, porém sem perspectiva de crescimento e de aprendizagem de poder realizar seus sonhos e por mais que essas questões parecem passado, pois no pensamento de muitos isso não existe mais, mulheres negras e filhas de mulheres negras veem seus sonhos de estudar e melhorar de vida ficando para trás por conta do racismo e do machismo.

Quanto à evolução dos direitos políticos da mulher, mais especificamente sobre o voto feminino no Brasil, somente em 1932, com a promulgação do novo Código Eleitoral – Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, assinado pelo então Presidente Getúlio Vargas, é que foi garantido o direito de votar e ser votada²⁷.

Outro documento de suma importância consiste na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.377/2002, objetivando atribuir ao Estado uma postura ativa na aceleração da igualdade entre homens e mulheres, além da obrigatoriedade em se desenvolver medidas a fim de eliminar a discriminação contra a mulher na vida política²⁸.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), aprovado em 2010, também tornou-se importante instrumento normativo no combate ao racismo e para a promoção da igualdade racial no Brasil²⁹.

26 LIMA, Milena Guesso Leão de. **A inserção das mulheres negras no mundo político eleitoral**: uma análise sobre a sua representatividade nas Assembleias Legislativas dos estados da Bahia e São Paulo. 114 f. 2015. Dissertação apresentada em Mestrado em Ciências – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 24-25.

27 LIMA, Gerson Gilmar. As mulheres e os direitos políticos no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4881, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53618>. Acesso em: 15 out. 2021.

28 OAB-PR. **Participação das mulheres na política**: seja um fiscal do povo. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/participacao-feminina-na-politica-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

29 BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, nº 9.029, de 13 de abril de 1995, nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e nº 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.

Ademais, o caráter excludente também é verificado na política, resultando, assim, numa sub-representação:

Em julho, o Brasil ocupava a posição de número 140 no que se refere à participação política feminina, em ranking que contempla 192 países pesquisados pela União Interparlamentar. O País está atrás de todas as nações da América Latina, com exceção do Paraguai e do Haiti. No Brasil, a Câmara dos Deputados possui apenas 15% de mulheres; e o Senado Federal, 12%. Em âmbito municipal, 900 municípios não tiveram sequer uma vereadora eleita nas eleições de 2020³⁰.

No Estado do Paraná, a sub-representatividade na política por mulheres também é notória:

[...] apresenta baixo índice de participação política feminina, possuindo apenas 12% (doze por cento) dos 4.358 cargos eletivos disponíveis ocupados por mulheres, além de ter sido o último estado brasileiro a enviar representação feminina para a Câmara dos Deputados. Apesar de corresponderem a mais da metade do eleitorado paranaense, apenas 7% dos cargos de chefe do executivo municipal e 12% dos cargos de vereadores dos Municípios do Estado do Paraná são ocupados por mulheres³¹.

Neste contexto, especialmente marcado por desigualdades, verifica-se que as cotas – que é considerado uma ação afirmativa, têm por objeto garantir e efetivar os direitos fundamentais dos vulneráveis e excluídos, possibilitando, assim, a inclusão social, ou seja, "as ações afirmativas buscam remediar um passado discriminatório de forma especial e temporária. A finalidade é acelerar o processo de igualdade, por isso são criadas políticas compensatórias"³².

Na seara empresarial, por exemplo, é possível verificar a inclusão racial por meio da implementação (ainda que tímida) da sigla ESG (*Environmental, Social and Corporate Governance*), que traduzida apresenta os seguintes termos "ambiental, social e governança" (ASG). Ora, a ESG tem como finalidade auferir o desempenho sustentável das empresas, utilizando-se diversos fatores como parâmetros, especialmente àqueles relativos à diversidade no local de trabalho, impacto das operações na comunidade e na própria sociedade, capazes de incitar, dessa forma, a melhora e a busca por tal desempenho por meio de iniciativas e de investimentos³³.

Nos dizeres de Janaína Magali Cordeiro da Silva³⁴:

30 BITTAR, Paula. Especialistas lamentam baixa representatividade feminina na política. **Câmara dos Deputados**, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/800827-especialistas-lamentam-baixa-representatividade-feminina-na-politica/>. Acesso em: 10 out. 2021. s/n.

31 OAB-PR. **Participação das mulheres na política**: seja um fiscal do povo. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/participacao-feminina-na-politica-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021. s/n.

32 LADEIRA, Mariana Rosa Alves; SILVA, Hilda Maria Gonçalves da. (Des)caminhos do sistema brasileiro de cotas universitárias. **Temporalis**, Brasília, ano 18, n. 35, jan./jun. 2018. Disponível em: [file:///E:/Documentos/Downloads/diego_tabosa,+14+ART+19698-57164-1+\(220-243\).pdf](file:///E:/Documentos/Downloads/diego_tabosa,+14+ART+19698-57164-1+(220-243).pdf). Acesso em: 15 out. 2021. p. 221.

33 CAMARGO, Fernanda; REICHMANN, Camilla. **A equidade racial e o ESG Brasileiro**. Disponível em: <https://investidor.estadao.com.br/colunas/fernanda-camargo/equidade-racial-e-o-esg/>. Acesso em: 14 fev. 2023.

34 SILVA, Janaína Magali Cordeiro. **O racismo nas corporações**: da (in)aplicabilidade dos instrumentos normativos antidiscriminatórios às possibilidades para alcançar o valor da diversidade racial nas empresas. 145 f. 2022. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2022. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/12022/Janaina%20Magali%20Cordeiro%20da%20Silva_PROTEGIDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 fev. 2023.

Constata-se que, no Brasil, o investimento em equidade racial se mostra indispensável para superar o racismo estrutural. Nesse sentido, verifica-se que uma das ferramentas fundamentais para incorporar a questão racial é o ESG, através de parâmetros sociais, ambientais e de governança. Os critérios ESG – (...) – são, hoje, os parâmetros internacionais mais importantes que orientam investidores institucionais, (...).

Válido apontar ainda que tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4.363, de 2021, que tem como objeto instituir o Selo Nacional ASG e, conseqüentemente, incentivar as empresas a adotarem boas práticas no ambiente laboral, implementando a cultura de diversidade, criando ou aderindo a programas de responsabilidade social, bem como realizando campanhas e publicidades sobre as vantagens da promoção das diversidades³⁵.

Quando se fala em sistema de cotas, precisa-se entender o que são cotas raciais, isto é, as cotas raciais são ações afirmativas para a inclusão de negros, índios e pardos em diversos meios, mas a presença das cotas é mais notada nos setores públicos. As cotas raciais têm como objetivo diminuir a desigualdade educacional, econômica e social entre diferentes etnias raciais, exemplos de onde de questões públicas em que são disponibilizadas cotas raciais – em universidades e concursos públicos.

Assim, em razão da sub-representação de mulheres na política, a Lei Federal nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) reservou percentual mínimo de 30% e máximo de 70% de vagas para candidatura de cada gênero, aplicando-se o sistema de cotas. Sabe-se ainda que a Lei Federal nº 12.034/2009 tornou o preenchimento dos 30% obrigatório para cada gênero³⁶.

Outra deliberação importante aconteceu em 2018, em decorrência da ADI nº 5617, assentando o entendimento de que a distribuição de recursos, popularmente conhecido como "Fundo Partidário", encontra-se vinculada à observância ao patamar mínimo de 30% destinado às mulheres dos Partidos³⁷.

O TSE – Tribunal Superior Eleitoral, em 2020, expediu decisão, manifestando-se sobre a igualdade, a democracia e a necessidade de representatividade, a fim de garantir o pluralismo político, inclusive:

7. Sob o prisma da igualdade, há um dever de integração dos negros em espaços de poder, noção que é potencializada no caso dos parlamentos. É que a representação de todos os diferentes grupos sociais no parlamento é essencial para o adequado funcionamento da democracia e para o aumento da legitimidade das decisões tomadas. Quando a representação política é excludente, afeta-se a capacidade de as decisões e políticas públicas refletirem as vontades e necessidades das minorias sub-representadas. Para além do impacto na agenda pública, o aumento da representatividade política negra tem o efeito positivo de desconstruir o papel de

35 **SENADO FEDERAL.** Projeto de Lei nº 4.363, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151202>. Acesso em: 14 fev. 2023.

36 OAB-PR. *op. cit.*

37 BRASIL. STF. **ADI nº 5617**, Rel(a). Min(a). Luiz Edson Fachin, julgada em 15.03.2018, publicada no DJe-211, divulg. 02/10/2018, public. 03/10/2018.

subalternidade atribuído ao negro no imaginário social e de naturalizar a negritude em espaços de poder. 8. O imperativo constitucional da igualdade e a noção de democracia participativa plural justificam a criação de ações afirmativas voltadas à população negra. No entanto, o campo de atuação para a efetivação do princípio da igualdade e o combate ao racismo não se limita às ações afirmativas. Se o racismo no Brasil é estrutural, é necessário atuar sobre o funcionamento das normas e instituições sociais, de modo a impedir que elas reproduzam e aprofundem a desigualdade racial. Um desses campos é a identificação de casos de discriminação indireta, em que normas pretensamente neutras produzem efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a grupos marginalizados, de modo a violar o princípio da igualdade em sua vertente material³⁸.

Logo, em uma análise histórica e em base no cenário em que vivemos nos dias atuais, é notória a necessidade de cotas raciais também na política – especialmente para as mulheres negras, haja vista haver desigualdade entre grupos, os brancos são privilegiados em relação a outros grupos étnicos raciais. Há pessoas que defendem as cotas raciais e outras que são contra, pois bem, em análise de toda questão histórica e ainda todo preconceito enraizado na sociedade, e as questões da desigualdade, as cotas servem como esperança para a conquista de um futuro melhor e alcançar a igualdade.

As cotas raciais podem ser explicadas através do conceito da equidade aristotélica. Aristóteles, criou uma teoria que consiste em tratar desigualmente os desiguais para se promover a efetiva igualdade. Se duas pessoas em situações desiguais e forem disputar uma vaga nas mesmas condições, a lógica é a desigualdade refletir no resultado fazendo com que a pessoa que não sofre desigualdade ter o resultado melhor. Verifica-se, portanto, que as cotas consistem num importante mecanismo e instrumento a fim de diminuir a desigualdade existente, e, conseqüentemente, garantir direitos fundamentais.

Sendo assim, é necessária a adoção do sistema de cotas na política como instrumento garantidor dos direitos da mulher negra, uma vez que as mulheres negras na condição de ser mulher e negra têm menos espaço dentro da sociedade, desta forma é de tamanha importância a criação de políticas públicas especialmente para mulheres negras.

É necessário mulheres negras na política, pois a mudança toma mais força quando o Estado legisla a favor e, infelizmente, é muito difícil ver homens brancos pensando em ações e direitos voltados a mulheres e mulheres negras.

Registra-se ainda que existe em tramitação o projeto de Lei nº 4.041/20, proposto pela Deputada Benedita da Silva em que tem como proposta a reserva de um mínimo de cotas para candidaturas de afro-brasileiros nas eleições para o Poder Legislativo, incluindo os pleitos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais. Além disso, a proposta assegura recursos do Fundo especial de Financiamento de Campanha (conhecido como Fundo Eleitoral) do Fundo Partidário e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e

38 BRASIL. TSE. **Consulta nº 060030647 - DF**, Relator Min. Luís Roberto Barroso, DJE 05/10/2020.

na TV para as candidaturas de mulheres negras - conceito que inclui pretas e pardas, tendo em vista a sub-representatividade das mulheres negras em poderes eleitos³⁹.

Ao contrário do que muitos pensam, as cotas raciais não tiram vagas e oportunidades de ninguém, elas concedem oportunidades para aqueles, que por mais que capazes, não alcançariam a oportunidade sem as cotas.

Portanto, percebe-se que o sistema de cotas raciais na política colabora com o princípio constitucional da igualdade, a fim de diminuir a discriminação, especialmente em prol das mulheres negras, a fim de garantir maior efetividade aos direitos destas.

Em suma, o alcance de um país mais justo, sem desigualdade e discriminação entre diferentes grupos raciais e sexuais, será avançado através de políticas públicas, a fim de nivelar as oportunidades entre as pessoas, onde negros e brancos tenham as mesmas e mulheres negras também, que as dificuldades que existirem no meio do caminho não sejam pela cor da pele ou pela condição de ser mulher.

4. CONCLUSÃO

A luta das pessoas que buscam direitos e igualdades contribuem positivamente para a sociedade. O racismo não deveria existir, discriminar, ofender, tratar mal um ser humano pela cor da pele é desumano de uma forma inexplicável, já foi terrorismo o período de escravidão e é horrível ver que o mal que não deveria mais existir na sociedade acontece até hoje na forma de muito preconceito, por este motivo é importante falarmos sobre o assunto, abordar essas questões para cada vez mais este tema entrar em evidencia e fazer com que a sociedade enxergue a história e o terror que se estende por séculos, décadas e anos.

Em conjunto com este tema, o machismo e o patriarcalismo sofridos pelas mulheres são assuntos de enorme relevância e reflexão, e principalmente o machismo e o racismo sofridos pelas mulheres negras, as quais encontram-se submetidas aos dois piores preconceitos de toda sociedade (gênero e raça).

É necessária muita informação sobre os respectivos assuntos, as informações devem chegar de todos os lados e formas para que haja a conscientização da sociedade preconceituosa, racista e machista. Logo, a presente pesquisa demonstrou a existência de preconceitos e discriminação em desfavor da mulher negra, e, conseqüentemente, a existência de desigualdades, em especial no âmbito da política.

O Estado como principal responsável pela conscientização de sua nação contra o racismo e o machismo tem o dever de informar e garantir uma educação de qualidade, punir quando acontecer atos racistas e machistas, e ainda garantir políticas públicas eficazes e efetivas.

39 HAJE Lara. **Projeto prevê cota mínima de candidatos negros nas eleições para o Poder Legislativo**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/683198-projeto-preve-cota-minima-de-candidatos-negros-nas-eleicoes-para-o-poder-legislativo/>. Acesso em: 15 out. 2021.

Ante ao exposto, conclui-se que é necessária uma alteração legislativa para efetivar os direitos das mulheres negras, bem como garantir a representatividade destas na política, especialmente com a adoção e a implantação de cotas raciais, uma vez que tal mecanismo encontra-se fundamentado pela própria Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, garantirá o pleno exercício da cidadania e da democracia.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
- ASSIS, Camila Vieira da Silva. **Mulheres negras, opressões, feminismo negro e entretenimento**. Disponível em: http://www.uece.br/eventos/seminariocetros/anais/trabalhos_completos/425-51242-15072018-114301.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.
- BANA, Isabella. **Bullying, homofobia e responsabilidade civil das escolas**: uma análise sob a proteção dos direitos da personalidade. Birigui: Boreal, 2016.
- BITTAR, Paula. Especialistas lamentam baixa representatividade feminina na política. **Câmara dos Deputados**, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/800827-especialistas-lamentam-baixa-representatividade-feminina-na-politica/>. Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. **Governo Federal**. Atlas da Violência. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020> https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, nº 9.029, de 13 de abril de 1995, nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e nº 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 14 fev. 2023.
- BRASIL. STF. **ADI nº 5617**, Rel(a). Min(a). Luiz Edson Fachin, julgada em 15.03.2018, publicada no DJe-211, divulg. 02/10/2018, public. 03/10/2018.
- BRASIL. TSE. **Consulta nº 060030647 - DF**, Relator Min. Luís Roberto Barroso, DJE 05/10/2020.
- CAMARGO, Fernanda; REICHMANN, Camilla. **A equidade racial e o ESG Brasileiro**. Disponível em: <https://investidor.estadao.com.br/colunas/fernanda-camargo/equidade-racial-e-o-esg/>. Acesso em: 14 fev. 2023.
- DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução de Heci Regina Candiani,. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FRANÇA, Aldaires Souto. **Uma educação imperfeita para uma liberdade imperfeita**: escravidão e educação no Espírito Santo (1869-1889). 2006. 312 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2006.
- HAJE Lara. **Projeto prevê cota mínima de candidatos negros nas eleições para o Poder Legislativo**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/683198-projeto-preve-cota-minima-de-candidatos-negros-nas-eleicoes-para-o-poder-legislativo/>. Acesso em: 15 out. 2021.
- JIMENEZ, Omar. Últimas palavras de George Floyd foram não consigo respirar revela novo vídeo. **CNN Brasil**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/07/15/ultimas-palavras-de-george-floyd-foram-nao-consigo-respirar-revela-novo-video>. Acesso em: 08 set. 2021.
- LADEIRA, Mariana Rosa Alves; SILVA, Hilda Maria Gonçalves da. (Des)caminhos do sistema brasileiro de cotas universitárias. **Temporalis**, Brasília, ano 18, n. 35, jan./jun.2018. Disponível em: [file:///E:/Documentos/Downloads/diego_tabosa,+14+ART+19698-57164-1+\(220-243\).pdf](file:///E:/Documentos/Downloads/diego_tabosa,+14+ART+19698-57164-1+(220-243).pdf). Acesso em: 15 out. 2021.
- LEÃO, Cléber Teixeira. **Entre o visível e o invisível**: a branquitude e as relações raciais nos conteúdos curriculares de ensino de história. 2020. 109 f. Dissertação apresentada em Mestrado em Ensino de História

– Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS. Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/213391>. Acesso em: 15 out 2021.

LIMA, Gerson Gilmar. As mulheres e os direitos políticos no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4881, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53618>. Acesso em: 15 out. 2021.

LIMA, Milena Guesso Leão de. **A inserção das mulheres negras no mundo político eleitoral:** uma análise sobre a sua representatividade nas Assembleias Legislativas dos estados da Bahia e São Paulo. 114 f. 2015. Dissertação apresentada em Mestrado em Ciências – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

LIRA, Priscila L. **Mulheres negras:** desigualdade racial e de gênero e as políticas e programas sociais. Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, 2018. Disponível em: <file:///E:/Documentos/Downloads/ekeys,+01475+Mulheres+negras++desigualdade+racial+e+de+g%C3%AAnero+e+as+pol%C3%ADticas+e+programas+sociais.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

MARCHERI, Pedro Lima; ÁLVARES, Silvio Carlos. A epistemologia do racismo no Brasil. **RIL Brasília**, a. 52, n. 208, out./dez., 2015, p. 149-166. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517702/001055771.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

OAB-PR. **Participação das mulheres na política:** seja um fiscal do povo. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/participacao-feminina-na-politica-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

OSORIO, Rafael Guerreiro. **A desigualdade racial no Brasil nas três últimas décadas.** Brasília: IPEA, 2021. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10623/1/td_2657.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

PAINEIRAS FILHO, José. **Dia Nacional da Consciência Negra.** Disponível em: <https://www.oabes.org.br/artigos/dia-nacional-da-consciencia-negra--83.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

RAMOS, A. C. **Curso de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIANELLI; Erick; LEITÃO, Leslie. Política prende suspeito de furto de bicicleta elétrica que motivou abordagem a jovem negro no Rio. **G1.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/06/17/policia-prende-suspeito-de-furto-de-bicicleta-eletrica-que-motivou-abordagem-a-jovem-negro-no-rio.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2021.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTANA, Bianca. **Quando me descobri negra.** São Paulo: SESI-SP Editora, 2015.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 4.363, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151202>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SILVA, Janaína Magali Cordeiro. **O racismo nas corporações:** da (in)aplicabilidade dos instrumentos normativos antidiscriminatórios às possibilidades para alcançar o valor da diversidade racial nas empresas. 145 f. 2022. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2022. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/12022/Janaina%20Magali%20Cordeiro%20da%20Silva_PROTEGIDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 fev. 2023.

SILVA JR, H. **Direito de igualdade racial.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

5 FATOS que comprovam que ainda há racismo no Brasil. **Blog São Judas**, 2020. Disponível em: <https://www.usjt.br/blog/5-fatos-que-comprovam-que-ainda-ha-racismo-no-brasil/>. Acesso em: 08 set. 2021.

CONSTITUTIONALITY CONTROL OF MUNICIPAL RULES IN THE BRAZILIAN FEDERATION

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Jeremias Arone Donane ¹

¹Doutorando em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. Docente Universitário. jeremiasarone90@gmail.com

Recebido/Received: 09.12.2022/ December 9th, 2022.
Aprovado/Approved: 16.02.2023/ February 16th, 2023.

RESUMO

A construção de um edifício jurídico promissor depende fundamentalmente da harmonia e coordenação entre as normas coexistentes dentro da ordem jurídica. A necessidade semiótica de compatibilização de parafernalias legais, reside no substrato em um compromisso intelectual na defesa do Estado de Direito Democrático, e, por conseguinte, na supremacia constitucional. A verificação de compatibilidade das normas com a Constituição, revela – se deveras considerável nas federações brasileiras, porém, a Constituição Federal é categoricamente omissa ao controle abstrato das normas municipais, muito embora, esteja patente o desiderato da ação direta de inconstitucionalidade em sede do Tribunal de Justiça, contra lei municipal, alegando-se violação à Constituição Estadual, ou mediante controle concreto. Tal medida, permeia incidências inconstitucionais, retirando grosseiramente o valor da Constituição no solo pátrio. O artigo propõe refletir em torno da criação para análise direta da lei municipal diante da Constituição, de modo que seja feita pela via direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Constituição. Sistema jurídico. Municípios. Federação.

ABSTRACT

The construction of a promising legal edifice fundamentally depends on the harmony and coordination between the coexisting norms within the legal order. The semiotic need for compatibility of legal paraphernalia, lies in the substrate in an intellectual commitment in defense of the Democratic Rule of Law, and, consequently, in constitutional supremacy. The verification of the compatibility of the norms with the Constitution, reveals - if indeed considerable in the Brazilian federations, however, the Federal Constitution is categorically omitted to the abstract control of the municipal norms, although, the desideratum of the direct action of unconstitutionality in seat of the Court is clear of Justice, against municipal law, alleging violation of the State Constitution, or through concrete control. Such a measure permeates unconstitutional incidences, grossly removing the value of the Constitution in the homeland. The article proposes to reflect on the creation for direct analysis of the

municipal law before the Constitution, so that it is done directly before the Federal Supreme Court.

Keywords: Constitution. Juridical system. Counties. Federation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO; 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS NO ESTADO BRASILEIRO; 3. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL E LEIS OU ATOS NORMATIVOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O federalismo brasileiro caracteriza-se historicamente pela qualidade centrífuga, isto é, desde a consolidação de um Estado unitário, os entes federados foram, ao longo do tempo, adquirindo personalidade jurídica, ganhando interesses próprios e ampliando sua esfera de competências legais e administrativas. E, ao contrário do que uma visão positivista de história, como propugnada por Bastos (1985)¹, a trajetória de construção do atual desenho federativo brasileiro não foi um processo linear, tampouco democrático ou majoritariamente popular. Se a força dos movimentos sociais se fez sentir no processo constituinte de 1988, desde o golpe militar que marcou a proclamação da República a história brasileira fora uma epopeia de opressão, autoritarismo, racismo estrutural, exclusão e desigualdades sociais e regionais.

Se o federalismo norte-americano teve seu rumo em direção à organização do Estado integrador de todos corpos sociais, evoluindo de forma unitária, trilhando os percursos da confederação e, por conseguinte, subdividindo-se no federalismo², no idiossincrático modelo brasileiro essa história é marcada pela constante tensão entre as elites e os movimentos sociais em busca da definição de um conteúdo substancial para a democracia brasileira. O resultado disso é um federalismo progressivo, no qual províncias tornaram-se Estados, e estes tiveram sua competência aumentada e reduzida ao longo das diferentes constituições republicanas, a depender do maior grau de centralização e autoritarismo a pautar o governo central. Por fim, como uma conquista (e uma proteção), os municípios, na Constituição de 1988, foram alçados à condição de ente federativo, conquistando autonomia federativa relativa³.

¹ Para o autor, o movimento republicano, portanto, resultou da pressão de três forças: o Exército, das camadas médias urbanas e principalmente da burguesia paulista. A abolição foi um golpe no sistema do poder dos senhores de terras e escravos, que insistiram em manter intacta uma estrutura colonial de produção, ignorando as transformações sociais que ocorriam desde 1850. A República não foi apenas uma mudança nas instituições, mas uma mudança de bases, nas forças sociais sob as quais se assentava o sistema de dominação no Brasil (BASTOS, 1985, p. 172). Contra essa interpretação é farta a historiografia, a citar, por exemplo, os trabalhos de José Murilo de Carvalho (1996).

² Alexis de Tocqueville expressava que o sistema federativo é "uma das mais poderosas combinações a favor da prosperidade e da liberdade humana", invejando as nações a que coubera a sorte de poder adotá-lo. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962. Série Coleção Ler e Pensar.

³ A Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe, no caput do seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, constituindo-se em Estado Democrático de Direito. O caput do art. 18, por sua vez, complementa-o ao estabelecer que "[...] a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988). As repartições de competências previstas na Constituição mostram objetivamente a divisão entre os entes federativos. Eles são autônomos e constituídos de contribuições e capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

Sem qualquer pretensão de esgotar a temática em outro horizonte, no concernente ao ideário ou não do Supremo Tribunal como guardião da Constituição, o certo é que a supremacia do Estado federal em relação ao Estado federado decorre indeclinavelmente por três dimensões fulcrais: observância obrigatória do pacto federativo pelos entes federados e pela União, adoção de um sistema de competência pela Constituição Federal, que estabelece os limites das autonomias política, administrativa e legislativa dos entes, e por último, a instituição de um tribunal supremo, guardião da Constituição Federal. O debate em torno do controle de constitucionalidade das normas jurídicas estabelece não somente a função do critério de validade do direito, mas também introduz concepções políticas de separação dos Poderes⁴ no seio da autoridade pública. Em uma dimensão de contextualização sistêmica, o controle judiciário de constitucionalidade toma forma de uma institucionalização da crítica interna do sistema jurídico e serve de instância de autoprodução do direito enquanto fundamento da sociedade.

Nesta perspectiva, não se deve tolher de forma alguma a possibilidade de evolução do instituto do controle de constitucionalidade se em alguns aspectos fundamentais e pontuais ele se apresenta insuficiente para dar respostas à coletividade, propiciando a coexistência de normas inconstitucionais, seja pela inexistência de previsão legal para sua utilização, seja por sua má utilização, constitui papel do legislador adotar soluções que garantam verdadeira efetividade ao controle de constitucionalidade das normas municipais nas federações brasileiras através do Supremo Tribunal Federal. O presente trabalho propõe refletir sobre a dogmática constitucional brasileira, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das normas municipais nas federações, por ela se revelar um dado adquirido e um dos pressupostos fundantes no que concerte da democracia constitucional brasileira. Procurou-se estabelecer metodologicamente, em uma primeira etapa, sob uma perspectiva compreensiva, a adoção de uma vertente jurídico-constitucional. Isso porque, deve-se procurar compreender os fenômenos relativos a controle de constitucionalidade, para tanto trilhou-se por um mecanismo bibliográfico. A questão de partida prende-se em compreender o controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e leis ou atos normativos em face da Constituição Federal. Por outro lado, pode compreender o controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e leis ou atos normativos em face da Constituição Estadual.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Cabe demonstrar algumas incidências históricas sobre o surgimento do controle de constitucionalidade enquanto mecanismo presente na Justiça Constitucional que

4 Kelsen (1995, p. 4-5), observa que um dos papéis fundamentais da Constituição é a limitação do poder e, em especial, do Legislativo, Executivo e Administração. Na visão de Kelsen (1995, p. 3), a Constituição é um ordenamento jurídico (sistema de prescrições normativas – dever ser). Importante é a crítica de Kelsen (1995, p. 11-21) à proposta de Schmitt do presidente do Reich como guardião da Constituição, apontando a criação de um Tribunal Constitucional independente como um órgão que, por meio do estabelecimento de uma análise processual jurídica da violação, pode de maneira mais adequada defender as normas constitucionais e limitar os poderes instituídos.

se almeja, para subseqüentemente fazer uma radiografia com propriedade necessária do panorama patente no ordenamento normativo brasileiro. Tal percurso intelectual pode significar em alguma medida, a recolha de elementos que geralmente tem sido colocado no oculto, ou mesmo no subterrâneo no âmbito da compreensão do tema, todavia, o retorno a ingredientes historiográficos há de contribuir sobremaneira o entendimento sobre o tema, contrapondo determinadas reflexões.

Embora com todo risco de simplificação, cabe categorizar de maneira crescente, trazendo consigo linha lógica e suscitando sempre análise crítica, que certamente irá dinamizar a associação de fontes. Fica patente que não se deve estudar o controle de constitucionalidade sem, no entanto, estudar as instituições, melhor destacando, é literalmente impossível abordar sobre o controle de constitucionalidade sem recair sobre as instituições, para tal, nos apoiamos a um vasto paradigma itinerário para melhor compressão de um dos mais relevantes temas do direito constitucional da atualidade.

Para Edvaldo Brito⁵, o controle de constitucionalidade tem a sua gestação na Inglaterra, diferentemente das várias percepções aludidas na doutrina jurídica, essa gênese notadamente relevante para o entendimento da temática, decorre em virtude da inexistência de uma Constituição formal.

Na percepção do referido Professor, demonstra a ausência de texto sistemático na linguagem de Constituição formal, escrita ou jurídica, o que propiciou que se difundisse em vários documentos escritos, designadamente a Magna Carta de 1215, a *Petitions of Rights*⁶ de 1628, a lei de Habeas Corpus⁷ de 1679, e a *Bills of Rights*⁸ de 1689. E embora haja uma certa linha genealógica que possa ser traçada entre os primórdios do constitucionalismo inglês e os atuais sistemas de controle de constitucionalidade, devemos ter cautela ao buscar linearidades em lugares onde antes a História nos revela rupturas.

5 BRITO, 2003, p. 207.

6 Sobre o *Petition of Rights*, destaca Orides Mazzaroba (2004) que, pressionado pelo Parlamento, que exigia respeito da Coroa pelas leis inglesas, o rei Carlos I se viu compelido a sancionar o referido documento, o qual, ao buscar reafirmar princípios da Magna Carta, de forma a valorizar a atuação do Parlamento, terminava por restringir poderes reais. Tal pacto, contudo, não foi devidamente cumprido, fato que terminou por levar, após um longo processo de revoltas, à execução de Carlos I, em 1649, e a consequente instalação, em momento posterior, da "República de Cromwell". Sobre o processo histórico que levou a monarquia inglesa a sucumbir, no fim da década de 1640, aos poderes do Parlamento e à força política do Lorde Oliver Cromwell, vale destacar que tudo começou em 1641, quando, na Irlanda Católica, eclode uma revolta de caráter religioso, instaurando-se uma guerra civil! Carlos I comanda o exército de repressão à citada revolta, contra a vontade do parlamento inglês, que é então invadido pelo rei. Os principais líderes parlamentares são, assim, presos pelo exército real, o que desencadeia uma guerra civil entre os cavaleiros, defensores do rei, e os cabeças redondas, defensores do parlamento. O exército parlamentar, liderado por Oliver Cromwell, vence as tropas do rei na Batalha de Naseby, em 1645, obrigando Carlos I a fugir para a Escócia, onde, ao negar-se a reconhecer a Igreja Presbiteriana, é vendido pelo Parlamento escocês ao parlamento inglês, sendo executado em 1649. É iniciada, então, a República de Cromwell, período no qual é suprimida a Câmara dos Lordes, o que propicia a eliminação das estruturas feudais que atravancam o desenvolvimento do capitalismo na Inglaterra. Em 1653, com o fortalecimento de Cromwell, o parlamento é dissolvido, dando-se início a uma ditadura pessoal que só acabou com a morte do líder revolucionário, em 1658. Em 1660, finalmente, a monarquia é restaurada, tendo assumido o trono o rei Carlos II, da dinastia Stuart, descendente de Carlos I, restabelecendo-se o absolutismo monárquico e a supremacia da Igreja Anglicana, tornada oficial por Henrique VIII, no século XVI, quando houve o fortalecimento do poder da monarquia e o rompimento da coroa inglesa com o papa.

7 Sobre o significado do *Habeas Corpus*, leciona Alexandre de Moraes (2005): "*Habeas Corpus* eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido, da seguinte maneira: 'Tomai o corpo desse detido e vinde submeter ao Tribunal o homem e o caso'. Também se utiliza, genericamente, a terminologia *writ*, para se referir ao *Habeas Corpus*. O termo *writ* é mais amplo e significa, em linguagem jurídica, mandado ou ordem a ser cumprida. Portanto, o *Habeas Corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo juiz ou tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar".

8 Sobre a importância histórica do *Bill of Rights*, observa Fábio Konder Comparato (2004) que tal documento estabeleceu, na Inglaterra, a institucionalização da permanente separação dos poderes do Estado, possibilitando, assim, a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana como garantia institucional.

Naquele contexto específico, o Rei ostentava os mais variados poderes atribuídos pelo Parlamento, com isso, não subsistem dúvidas de que o Parlamento tinha Poderes e legitimidade para contê-los diante dos excessos abusos. Uma comparação ociosa se pode trazer à superfície *mutatis mutandis* na avaliação do Parlamento Francês, onde, à semelhança da Inglaterra, o parlamento detinha poderes de interpretar a lei, em casos complexos submetidos aos juízes, tendo estes apenas um papel de:

*"bouche qui prononce les paroles de la loi". Le juge est un être inanimé qui dit et applique les principes que la loi ad'ores et déjà édictés sans pouvoir les amodier ou en modifier ni le sens ni la portée.*⁹

A origem histórica das primeiras manifestações por via da institucionalização e formalização do controle de constitucionalidade remete-se ao célebre caso *Marbury v. Madison*, presidida por John Marshall, dando o início simbólico e, portanto, formal da *judicial review of legislation*, cujo aspecto mais sedutor remete aos órgãos judiciários o controle de constitucionalidade das leis a partir da verificação de compatibilidade.

A narrativa histórica, remonta a ocorrência de eleições nos Estados Unidos no ano de 1800, em que disputavam os personagens ao mais alto cargo da presidência e traduzidos naquele contexto geopolítico de turbulência como países fundadores, homens de excelente formação acadêmica e politicamente astutos. Eram os candidatos, o federalista John Adams e o seu adversário político Thomas Jefferson, representante anti-federalista, tendo o último logrado êxito no sufrágio.

Constatado previamente que os ventos sopravam para a derrota dos federalistas chefiados por John Adams, decidiu-se por lotear o Poder Judiciário, nomeando todos os juízes da sua ala político – partidária, com a pretensão da manutenção da predominância das ideias federalistas e a consolidação do Estado nacional. Assim ocorreu o que chamou-se de *Midnight Judges*, que em má tradução para o idioma português (PT-BR) seriam os "juízes da meia noite", os juízes de última hora. Nesse processo de loteamento, William Marbury não teve tempo suficiente para receber o termo que daria início ao exercício das suas funções, tendo recorrido à Suprema Corte através de *writ of mandamus* (mandado de segurança).

Como deveríamos ter antes dito, o Juiz Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, doravante *Chief – Justice* John Marshall¹⁰, antes Secretário do Estado de Adams, iria julgar o caso do seu correligionário, cabe recordar que este participou no processo de loteamento do Poder Judiciário, e, por conseguinte, foi beneficiado ao cargo nesse processo capitaneado por John Adams. O *Chief-Justice* cristalizou uma oportunidade de marcar posição diante da nova Administração Jefferson, desenvolvendo assim o seu famoso raciocínio, "*verdadeira obra mestra de estratégia constitucional*"¹¹.

9 "Boca que pronuncia as palavras da lei". O juiz é um ser inanimado que diz e aplica os princípios que a lei já promulgou sem ser capaz de modificá-los ou modificar o seu significado ou âmbito.

10 O professor Mauro Cappelletti, embora reconheça o caráter inovador da decisão em comento, cita exemplos de civilizações antigas, como a ateniense, onde havia previsão da supremacia de uma lei ou corpo de leis, modernamente chamadas de constitucionais. (entre aspas, tendo em vista a inexistência de constitucionalismo à época) sobre outras leis, hoje denominadas ordinárias. Vide: CAPPELLETTI (1999, p. 48 e segs.).

11 ROUSSEAU, 2002, p.9.

As questões jurídicas propostas ou que faziam parte do itinerário da ação proposta à Corte Suprema, constituíram banalidades e simplicidades se analisadas nos dias de hoje, tendo por pressuposto a evolução do Direito Constitucional em particular, e da seara jurídica no geral, em que foram submetidas às seguintes questões: *Marbury tem direito ao cargo para o qual foi nomeado? E se Marbury tem direito ao cargo, qual seria o remédio jurídico a ser usado para ter o cargo? O writ of mandamus é o remédio jurídico apropriado para Marbury obter a nomeação? Se o writ of mandamus é o remédio jurídico, pode a Corte Suprema conceder o writ of mandamus contra Thomas Jefferson?*

As primeiras três questões foram positivamente respondidas pela Corte Suprema, porém, a quarta questão foi adversa, declarando-se que a lei de organização judiciária que dizia que a Corte Suprema tinha competência para julgar o caso era uma lei incompatível com a Constituição. Todavia, a solução encontrada por Marshall em decidir sobre o direito que recaía à Marbury respeitante à nomeação, a Suprema Corte era instância incompetente para julgar a causa, foi absolutamente estratégica e, de certo modo, sublime na história das decisões constitucionais¹². Para construir o argumento da incompetência da Corte Suprema, Marshall cuidou de declarar a inconstitucionalidade da parte do Judiciary Act de 1789, no que dizia respeito a nova legislação que havia ampliado a jurisdição da Suprema Corte, afirmando que, como tais poderes ultrapassam os expressos na Constituição para a Corte, esta deveria declarar a invalidade do ato legislativo. Na argumentação de Marshall na senda de Oscar Vilhena Vieira¹³.

É preponderante recordar por infinitas vezes que o Sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade é aquele em que atribui de forma específica ao Poder Judiciário a legitimidade para declarar inconstitucionalidade das leis, o sistema na sua estruturação prevê dois modelos distintos, o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso ocorre quando todos os órgãos do Poder Judiciário reunirem competência para declarar inconstitucionalidade das leis, esse controle surgiu em decorrência do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, nos Estados Unidos da América, como propositalmente referenciamos acima.

Dessa forma, torna-se imperativo desaguar na esteira do controle de constitucionalidade em abstrato, por tratar-se inequivocamente do pano de fundo do nosso debate, uma vez que o controle repressivo do tipo difuso auxiliou a nortear todo contexto de evolução, formalização e interpretação do direito. Como destaca o Edvaldo Brito, é impossível estudar o controle de constitucionalidade sem, no entanto, estudar as instituições. O controle de constitucionalidade do tipo difuso é um mal maior da narração, é a razão de proclamar sem cessar que consiste num dos temas mais importantes do direito constitucional, enfim, o seu estudo é eternamente clássico.

12 BARROSO, 2012, p.27.

13 "existindo um conflito entre leis hierarquicamente distintas, deve prevalecer à superior, assim, se uma lei estiver em contraposição com a CF; se ambas, lei e CF se aplicam a um caso particular, então a corte deve resolver o caso em conformidade com a lei, não levando em conta a CF; ou em conformidade com a CF não levando em conta a lei; a corte deve dizer qual dessas regras em conflito "governs the case". Essa é a essência judicial. Se, portanto, as cortes devem respeito à CF, e a CF é superior a qualquer ato ordinário do legislativo, a CF e não esse ato ordinário deve "governs the case" para o qual se aplicam", (2012, p. 1).

Essa modalidade de controle tem a sua gênese sob influência de Hans Kelsen, na Áustria em 1920. Na perspectiva deste doutrinador, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais. Gomes Canotilho¹⁴, chama de modelo de separação, dando meritocracia à existência de um tribunal específico, que visa dirimir questões de natureza jurídico-constitucional em que a justiça constitucional é, sob o ponto de vista organizativo, confiada a um Tribunal especificamente competente para as questões constitucionais e institucionalmente separado dos outros tribunais. A este modelo, Jorge Miranda chama de fiscalização jurisdicional concentrada. Em retorno a esse argumento, vale lembrar que o mesmo configura um número limitado de órgãos para acender a materialização do desiderato, uma discussão com mais propriedade sobre a justeza da limitação ou não, merece outro fórum pela sua própria complexidade.

Não subjaz equívoco de que o tempo foi generoso, dando razão ao Hans Kelsen, no que diz respeito a relevância deste modelo, nas suas sublimes palavras, afirmou como o "(...) único instrumento destinado a assegurar o direito das minorias, evitar a opressão de uma maioria política e impedir que o legislador atentasse contra os direitos fundamentais." O autor vai mais longe dizendo: "aos governos que agridem diariamente a Constituição, interessa o controle concentrado." (KELSEN, 2007, p.20).

Pensamos não ser difícil escavar hermeneuticamente essa dedução, fica óbvio que por trás desse pensamento, muitos governantes autoritários podem arbitrariamente refugiarem -se nas normas para lhes concederem maiores benefícios, atropelando com gravidade a norma superlativa e absoluta do ordenamento jurídico. Kelsen direciona uma real separação de poderes entre órgãos, em particular ao Tribunal Constitucional, que deve buscar resposta que se traduza na proteção da constituição. Ademais, os juízes devem ser suficientemente justos para enfrentarem o sistema político, recordando a máxima: "*quand la politique menace le temple de la justice, il n'y a plus de justice*¹⁵."

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS MUNICIPAIS NO ESTADO BRASILEIRO

É legal e indubitavelmente consensual afirmar que a competência para exercer o Poder Legislativo nos municípios é exclusivamente atribuída à Câmara Municipal, órgão coletivo composto por vereadores democraticamente eleitos pela população naquela circunscrição territorial, tendo uma das principais atribuições de legislar¹⁶

14 CANOTILHO, p.896, também conhecido como modelo Kelsen (modelo austríaco)

15 Quando a política invade o templo da justiça já não há mais justiça.

16 Art. 30. Da Constituição Federal. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (BRASIL, 1988).

sobre diferentes matérias que mexem com o núcleo central daquela coletividade. Legislar torna-se fundamento essencial das democracias, cujo resultados mobilizam a estabilidade e a paz social.

Como pressuposto basilar do que pretendemos pesquisar, e trazer aos leitores uma resposta palatável a luz do direito em análise, foi possível propor a seguinte questão de partida: *pode falar-se do controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e leis ou atos normativos em face da Constituição Federal? Por outro lado, pode falar-se de controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e leis ou atos normativos em face da Constituição Estadual?*

Muito pouco se debate sobre o tema, isso evidencia um conjunto de obstáculos ao caráter científico que o direito constitucional e o controle de constitucionalidade possuem no sistema jurídico, deixando uma pluralidade de análises refém de pesquisas futuras e talvez, sendo mais pessimista, improváveis. Daí que urge de imediato um mecanismo que proteja o documento mais importante da nação, buscando retirar controvérsias derivadas por precarização de debates.

O controle de constitucionalidade de normas jurídicas é estabelecida não somente em função dos critérios de validade do direito, mas também segundo as concepções políticas da separação e da função dos poderes no seio da autoridade pública. Todavia, como se aduz no contexto brasileiro, o controle abstrato de constitucionalidade é visivelmente lacunoso, por colocar em causa a supremacia da Constituição e a existência do mecanismo suficiente para garantir juridicamente¹⁷, não admitindo o controle abstrato de constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, conforme estabelece o art. 102.

Como pode-se depreender pela leitura corrida da disposição acima mencionada, as Leis Orgânicas Municipais não podem ser passíveis de serem declaradas inconstitucionais no âmbito de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da ausência de previsão constitucional neste sentido, tal ocorrência não significa necessariamente que não haja possibilidade por via difusa de controle de constitucionalidade, que decorre no Supremo Tribunal Federal somente através de Recurso Extraordinário, conforme dispõe o art. 102, inc. III da CF/88 e desde que daí esteja bem patente o requisito de admissibilidade da cláusula de repercussão geral¹⁸ que decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior, das

17 (...) a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidos do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma 'ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade'. É uma ordem, eis que reside sua posição de supremacia. É ademais, ordem material porque além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.

18 A repercussão geral insere, no controle difuso de constitucionalidade, componente de natureza objetiva. Definido pelo Tribunal Constitucional que o assunto versado no recurso tem relevância, sob algum dos aspectos legais, será levado a julgamento de mérito e o resultado que daí advier orientará as decisões judiciais futuras. Ensejará a retratação de decisões contrárias à orientação do STF ou a inadmissibilidade de recursos, frente às decisões conformes. Trata-se de mecanismo de racionalização do trabalho de todo o Poder Judiciário. O recurso extraordinário que carecer de repercussão geral, ainda que traga como fundamento a análise de questão constitucional, não será considerado admissível, não devendo sequer ser encaminhado ao STF. Reconhecida, por outro lado, a repercussão geral, os recursos sobre a mesma matéria poderão ser sobrestados, aguardando-se o julgamento do leading case, para procedimento consentâneo com o que vier a ser decidido, evitando-se a insegurança jurídica, o retrabalho e a necessidade de remessa de todos os processos ao STF (Brasil, 2008a, p. 38).

normas de imitação, que consistem na adesão voluntária do constituinte estadual a determinada disposição constitucional superior, (art. 103, § 3º da CF/88), disso pode-se evidenciar mediante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁹ nessa matéria.

O Município é entidade que em si acampa determinadas atribuições constitucionais. Sendo, no entanto, uma entidade descentralizada que está embutida de dignidade constitucional e autonomia no exercício das suas funções deve obediência ao crivo constitucional. Para a lógica de Magalhães: "o princípio potencializa o controle social da administração pública proporcionando maior agilidade e otimização na aplicação do dinheiro público."²⁰

Tendo demonstrado legalmente a impossibilidade em se arguir a declaração da inconstitucionalidade por via abstrata diante da Lei Orgânica Municipal, caberá não dar a mão à palmatória ao legislador constituinte diante dessa imprudência que minimiza a Constituição. O Município é o cordão umbilical que une o sujeito ao Estado, sendo literalmente uma entidade político administrativa de terceiro grau no escalonamento decrescente da ordem Federal. Esse mérito deve ser acompanhado com respeito à lei Suprema do Estado.

No seu sentido contrário, pode-se dizer que o dispositivo constitucional artigo 102, III, alínea c, da Constituição Federal, demonstra que, em se tratando de norma municipal contrária à Constituição Estadual, o Supremo Tribunal Federal não terá, por meio de recurso extraordinário, competência para rever as decisões dos órgãos judiciais inferiores, cabendo esta função tão-somente ao Tribunal de Justiça. A exceção refere-se aos casos em que o dispositivo questionado reproduz norma prevista na Lei Fundamental, a qual deve ser obedecida pelos Estados Federados.

Finalmente, pode-se dizer que o "Todo", ou seja, o governo Federal, por não ter conferido aos Municípios o controle abstrato de constitucionalidade, destrói uma "parte", urge de imediato pensar e legislar o que vemos propugnando, dando mais

19 Recurso extraordinário. Arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Boa Vista, Estado de Roraima, julgada improcedente. II. Assentado o entendimento de que a fixação do número de vereadores da Câmara Municipal de Boa Vista, pelo art. 13 da Lei Orgânica em foco, então impugnado, está dentro dos limites da regra constitucional Federal. III. Juízo de validade de norma municipal, pelo Tribunal de Justiça do Estado, em face de regra da Constituição Federal. **O art. 125, § 2º, da Lei Magna, prevê a hipótese de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, tão-só, diante da Constituição estadual.** IV. A norma da Carta de Roraima apontada como ofendida - o art. 15 - não constitui regra de repetição do art. 29, IV, a, da Lei Magna Federal, à vista do qual se proferiu a decisão. V. Não dispunha a Corte local de competência para processar e julgar a constitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Boa Vista, perante a Constituição Federal (art. 29, IV, a). VI. Extinção do processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, eis que a Constituição não prevê a hipótese de ação direta em que se argua a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. VII. Recurso extraordinário conhecido e provido para anular o acórdão, por incompetência do Tribunal local. (STF - Recurso Extraordinário - RE n. 171819/RR - Relator(a): Min. Néri da Silveira - Julgamento em 08/04/2002 - Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ 24-05-2002 PP-00069) (original sem grifos) CONSTITUCIONAL. PENAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO. VALIDADE DA NORMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - Os Tribunais de Justiça dos Estados, ao realizarem o controle abstrato de constitucionalidade, somente podem utilizar, como parâmetro, a Constituição do Estado. **II - Em ação direta de inconstitucionalidade, aos Tribunais de Justiça, e até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, é defeso analisar leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal.** III - Os arts. 74, I, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem regra de repetição do art. 22 da Constituição Federal. Não há, portanto, que se admitir o controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Justiça local, com base nas referidas normas, sob a alegação de se constituírem normas de reprodução obrigatória da Constituição Federal. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o acórdão, devendo outro ser proferido, se for o caso, limitando-se a aferir a constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual. (STF - Recurso Extraordinário - RE n. 421256/SP - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski - Julgamento em 26/09/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma - DJ 24-11-2006 PP-00076).

20 1999, p. 212.

credibilidade irrefutável e merecida à Constituição, por ela ser deter supremacia e rigidez.

3. **CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL E LEIS OU ATOS NORMATIVOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

Como desde do berço defendemos, a análise de controle de constitucionalidade merece uma amplitude de respeito e zelo de quem desencadeia adentrar nessa plataforma, sob pena de transformar-se numa areia movediça ou mesmo descaracterizar todo itinerário da sua conquista. No entanto, toda conjuntura de interpretação apaixonada deve ser afastada quando a gênese do debate científico se isola em abarcar elementos fulcrais de ordem constitucional. Para interpretar a Constituição, precisa-se tê-la, saber o seu valor dentro do sistema permeia que a considere *high*, portanto, a norma mais elevada.

O pressuposto trazido a esta seção, concedeu-nos uma resposta prontamente formulada à luz da Carta Magna de 1988, por força da prescrição constante no art. 125, §2º, ou seja, é possível o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais que ofendam a Constituição Estadual, permitindo, porém, a possibilidade de os Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais diante da Constituição Estadual. Esse mecanismo de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Estadual, foi instituída no contexto brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16/65, o que gerou conflitos.

No julgamento do mérito da ADI 409, o relator Min. Sepúlveda Pertence, publicada no DJ em 26/4/2002, o Tribunal Pleno, por unanimidade, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão "*e a Constituição Federal*", contida no art. 95, XII, d, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul em acórdão assim ementado:

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS LOCAIS (CF, ART. 125, § 2º): CABIMENTO RESTRITO À FISCALIZAÇÃO DA VALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS LOCAIS – SEJAM ESTADUAIS OU MUNICIPAIS -, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: INVALIDADE DA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE OUTORGA COMPETÊNCIA AO RESPECTIVO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS MUNICIPAIS EM FACE TAMBÉM DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRECEDENTES.

Destarte, sob o pálio da Constituição pretérita, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que inexistente a possibilidade jurídica de aferir competência aos Tribunais de Justiça, para julgar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Tudo com base em importantes precedentes da Corte como no Recurso Extraordinário 92.169/SP, DJ 18/12/1981, onde o Ministro Moreira Alves pôs uma pá de cal na questão,

Pode-se propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça Estadual, contra lei municipal em face da Constituição Federal? Não tenho dúvida alguma em responder negativamente. (...) Aliás, se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação – isso hoje é matéria pacífica nesta Corte – que ela, transitando em julgado, tem eficácia erga omnes, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração incidenter tantum. O que implica dizer que, se transitada em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa.

Ainda na ADI 409-MC, o eminente Relator. Ministro Celso De Mello salientou em seu voto, o problema da eficácia da coisa julgada, no tocante às decisões dos Tribunais Locais,

Das múltiplas e delicadas questões de ordem constitucional que podem emergir do preceito impugnado, há uma que se afigura de notável relevância. Refiro-me ao problema da coisa julgada e da universalidade de sua eficácia. Atente-se à circunstância de que uma decisão eventualmente proferida pelo Tribunal de Justiça, ao apreciar, em sede jurisdicional concentrada, a legitimidade constitucional de lei ou ato normativo municipal perante a Constituição Federal, nos termos preconizados pela Carta estadual, geraria, essencialmente pelos efeitos subordinantes e excludentes que pertine à própria natureza da jurisdição constitucional concentrada, situação jurídica de todo incompatível com a posição institucional do Supremo Tribunal federal, que se submeteria, inobstante sua condição de órgão maior incumbido do controle dos atos estatais em face da própria Carta Federal, à imperatividade dos pronunciamentos emanados de um órgão judiciário inferior.

Porque as Constituições dos anos de 1967 e 1969, não versavam sobre a matéria de forma detalhada, entendemos que havia um silêncio eloquente²¹ do legislador, significado de que tal propício mecanismo estava lá garantido e de disponibilidade imediata. Quanto a isso, vale lembrar na parte da evolução do direito trazido pelo caso estadunidense *McCulloch vs. Maryland*²², onde o juiz John Marshall, invocou com

21 O silêncio também pode ser interpretado, de molde a revelar o que constitui, ou não, o conteúdo da norma. Daí dar-se a denominação de "silêncio eloquente" (do alemão *beredtes Schweigen*) à norma constitucional proibitiva, obtida, a *contrario sensu*, de interpretações segundo as quais a simples ausência de disposição constitucional permissiva significa a proibição de determinada prática por parte dos órgãos constituídos, incluindo o próprio legislador infraconstitucional. O instituto pressupõe o afastamento da analogia, aplicável apenas quando na lei houver lacuna, (MAXIMILIANO 1979, p. 208).

22 "O Congresso, pela Constituição, está investido em determinados poderes, e para seus objetivos, e dentro dos limites desses poderes, é soberano. Mesmo sem o auxílio de uma cláusula geral na constituição, autorizando o congresso a editar todas as leis necessárias e adequadas para levar esses poderes à execução, a concessão de poderes, por si só, necessariamente implica na concessão de todos os meios usuais e adequados para a execução do poder concedido." Disse ainda: "o Congresso está autorizado a aprovar todas as leis "necessárias e adequadas" para a execução dos poderes que lhe foram conferidos. Essas palavras "necessária e adequada", em tal instrumento, devem provavelmente ser consideradas como sinônimas. Necessariamente, poderes devem aqui significar os poderes que forem adequados e se ajustem ao objeto; como sendo o melhor e mais útil em relação ao fim proposto. Se não fosse assim, e se o congresso não pudesse utilizar outros meios que não os que fossem absolutamente indispensáveis para a existência de um poder maior, o governo dificilmente existiria; pelo menos, seria totalmente inadequado aos propósitos da sua formação." "Empregar os meios necessários a um fim é geralmente entendido como empregar quaisquer meios calculáveis a produzir o fim, e não ficar confinado

excelência e pedagogia a teoria dos poderes implícitos, "Cláusula da Necessidade e Adequação" (*Necessary and Proper Clause*), mencionando que a constituição não é um mero Código legal, a Constituição não tem a missão de descrever todos os fatos da vida social. Outrossim, a Constituição americana, ao estabelecer alguns poderes explícitos e objetivos a serem alcançados, também conferia poderes implícitos à sua consecução.

O constituinte federal manteve -se no silêncio no que diz respeito à possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade por omissão no âmbito estadual, ao dispor em seu art. 103, §2º: "§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. A Emenda Constitucional²³ em referência, veio a cristalizar que a lei pode conter lacunas, mas, o direito nunca, isso deve - se graças a amplitude hermenêutica do desenvolvimento normativo, daí que, a faculdade de desenvolver o direito cabe aos tribunais sempre que a lei conter lacunas, em virtude de que os magistrados judiciais ou os aplicadores da lei serem, por força da lei, obrigados a dizerem o direito, sob pena de serem responsabilizados por denegação a justiça.

O fundamento basilar que dá origem a ação declaratória de constitucionalidade é a lei ou ato normativo federal com base no disposto do art. 102, I, a da CRFB e o rol dos legitimados é mais limitado que o estabelecido para a ação direta de inconstitucionalidade, conforme estabelece o art. 103, § 4º da CRFB. Todavia, trata-se, em verdade, de um verdadeiro instrumento de governo e não propriamente da sociedade, sendo que todos os legitimados (órgãos estatais) possuem legitimação universal.

Portanto, notabiliza -se até de longe que os Estados-membros dispõem de mecanismos para arguir a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica contra atos

àqueles únicos meios sem os quais o fim seria totalmente inatingível. Tal é a característica da linguagem humana que nenhuma palavra transmite à mente em todas as situações uma única ideia definida, e nada é mais comum que o uso das palavras em sentido figurado. Quase todas as composições contêm palavras que, levadas em um sentido rigoroso, transmitiriam um significado diferente daquele que obviamente se intenciona. É essencial apenas à construção que algumas palavras que importem em algo excessivo devam ser entendidas em um sentido mais mitigado – em um sentido que o uso comum justifique. A palavra "necessária" é dessa descrição. Ela não tem uma característica peculiar em si mesma. Ela admite todos os graus de comparação, e é comumente conectada com outras palavras que aumentam ou diminuem a impressão que a mente recebe da urgência que ela importa. Uma coisa pode ser necessária, muito necessária, absolutamente ou indispensavelmente necessária. Para nenhuma mente a mesma ideia seria transmitida por essas diversas frases. O comentário sobre a palavra é bem ilustrado pela passagem citada na 10ª Seção do artigo 1º da Constituição. É, nós pensamos, impossível comparar frases que proíbem o Estado de instituir "impostos, ou taxas nas importações ou exportações, exceto o que seja absolutamente necessário para executar suas leis de fiscalização," com o que autoriza o Congresso "a fazer todas as leis que sejam necessárias e adequadas a levar à execução" os poderes do Governo Geral sem sentir a convicção de que a convenção entendeu-se por mudar materialmente o sentido da palavra "necessidade", fazendo anteceder a palavra "absolutamente". Essa palavra, então, como outras, é usada em sentidos variados, e, na sua construção, o assunto, o contexto, a intenção das pessoas que a estão utilizando devem ser levados em conta. Deixemos isso ser feito no caso em consideração. O assunto é a execução dos grandes poderes dos quais o bem-estar da Nação essencialmente depende. Deve ter sido a intenção daqueles que concederam esses poderes de garantir, até onde a prudência humana pode garantir, a sua proveitosa execução. Isso não pode ser feito confiando a escolha dos meios a limites tão estreitos a não deixar no poder do Congresso a adoção de quaisquer meios que possam ser apropriados, e que conduziram a um fim. Essa provisão é feita na Constituição com o intuito de perdurar por eras vindouras, e consequentemente para ser adaptada às várias crises das relações humanas. Ter prescrito meios pelos quais o Governo deve, em tempo futuro, executar seus poderes teria modificado completamente a característica do instrumento e dado as características de um código legal. Teria sido uma tentativa imprudente prover por regras imutáveis exigências que, se previstas em um todo, teriam sido vagamente, e que melhor podem ser providas na medida em que ocorrerem. Ter declarado que os melhores meios não devem ser usados, mas somente aqueles sem os quais o poder concedido teria sido inútil, teria sido privar a legislatura da capacidade de avaliar ela mesma pela experiência, de exercitar a sua razão, e de acomodar a sua legislação às circunstâncias." (MARSHALL, 2011).

23 Emenda Constitucional nº1 de 1969, mesmo não alterando o modelo de 1967, admitiu a instituição de representação interventiva pelos Estados (art.15§ 3º.d). Por outro lado, na representação interventiva, a competência para suspender ato estatal passou a ser do Presidente da República e não mais do Poder Legislativo (art. 11§ 2).

normativos municipais diante da Constituição Estadual. No que toca à possibilidade de arguição da Ação Declaratória de Constitucionalidade no âmbito estadual a CF/88 muito embora tenha se silenciado, vislumbra -se pela lógica hermenêutica acima trazida tal mecanismo pode perfeitamente ocorrer ou seja, pode se declarar a constitucionalidade de leis ou atos normativos tendo por pressuposto a Constituição Estadual.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontornável dizer que a Constituição dispõe de supremacia que desencadeia o mecanismo de garantia do controle de constitucionalidade das leis, inclusive das municipais, invalidando, assim, as normas contrárias ao texto constitucional. O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais pode ser feito pelo método difuso (via de exceção ou de defesa) e pelo método concentrado (ação direta), já que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu as duas modalidades. A integração do controle de constitucionalidade no texto constitucional de 1988 não é fruto de acaso, pois decorre de uma importantíssima garantia que tonifica o valor da Constituição no Brasil e no mundo, tal como foi possível desmembrar ainda que em breve trecho ao longo do presente artigo.

Resta cristalino que o silêncio do legislador foi proposital, excluindo do controle abstrato, portanto, as leis e os atos normativos municipais, devendo o conflito existente entre norma municipal e Constituição Federal ser resolvido somente por meio do controle difuso, pois a lei, ao abrigo de retro mencionado, propicia a proposição de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do estado, em única instância, quando o confronto da lei municipal se der em relação à Constituição Estadual.

Tal silêncio eloquente do legislador pode ser resolvido através da auto integração da norma, tendo por pressuposto a aplicação de uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante. Portanto, onde impera a mesma razão, deve imperar o mesmo direito. O magistrado não é dado deixar de julgar determinada demanda sob o argumento de que não há norma expressa regulamentando-a, há de fazer uso dos métodos de integração, dentre eles a analogia, com o objetivo de suprir eventuais lacunas encontradas no ordenamento jurídico. Caberá conclusivamente destacar que a pretensão nunca foi albergar todos os institutos sobre o tema, devido às grandes complexidades que o debate acarreta, as circunstâncias permitiram nortear aspectos reais e contundentes sobre a discussão desse mais importante questionamento.

Em destaque do fundo, podemos afirmar que o controle abstrato de constitucionalidade da Lei Orgânica Municipal e de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Estadual é perfeitamente possível, e ainda que estas normas municipais podem ser controladas através de todas as espécies de ações de ações de controle abstrato de constitucionalidade, seja por ADI Genérica, ADI Por

Omissão, ADC, ADI Interventiva, e ADPF. No quadro temático do controle incidental de constitucionalidade de leis municipais há permissão para a aferição ampla - ou seja, por qualquer órgão do Poder Judiciário - da compatibilidade de tais diplomas com a Constituição, seja utilizando como parâmetro a Constituição Estadual ou empregando, para tanto, a Constituição da República. Pode ocorrer a resolução do conflito exclusivamente na seara do Estado-Membro (mediante o Tribunal de Justiça), mas também se permite, em caso de violação de norma presente simultaneamente nas duas Cartas, que o STF tome parte da controvérsia mediante o emprego de recurso extraordinário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. A jurisdição constitucional estadual e as normas constitucionais federais reproduzidas nas Constituições dos Estados-Membros. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. volume 4 - arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas**: às origens da democracia italiana. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.
- BRITO, Edvaldo, **limites da revisão constitucional**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem e Teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Editorial da UFRJ/ Relume Dumará, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Livraria Almedina, 3ª edição, 1999.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 3. ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2 ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DELLA GIUSTINA, Vasco. **Leis municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de Roberto J.Ed. Tecnos, 1995.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Poder municipal**: paradigmas para o estado constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MARSHALL, C.J., *Opinion of the Court. McCulloch v. Maryland*. **Cornell University Law School**. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html. Acesso em 03 ago. 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo – SP: Atlas, 2005.

ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SILVA, José Afonso da. **O município na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TOCQUEVILLE, Alexis. (1951). **De la démocratie en Amérique** (Vol. 1). Paris: Librairie de Médicis.

THE FINANCING OF PUBLIC HEALTH ACTIONS AND SERVICES ACCORDING TO THE UNIVERSALISM OF DIFFERENCE**O FINANCIAMENTO DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS EM SAÚDE SEGUNDO O UNIVERSALISMO DA DIFERENÇA**artigos
científicos**Nangel Gomes Cardoso¹**

¹Mestre em Direito pelo PPGD da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Advogado, consultor jurídico, procurador municipal e sócio-fundador do escritório Otoni, Oliveira e Cardoso Advogados Associados.
nangelgomescardoso@hotmail.com

Recebido/Received: 16.12.2022/ December 16th, 2022.
Aprovado/Approved: 09.02.2023/ February 9th, 2023.

RESUMO

Partindo da premissa estabelecida por Giacomo Marramao acerca do universalismo da diferença, o presente estudo analisa o modelo de financiamento das ações e serviços públicos em saúde adotado no Brasil desde os parâmetros fixados na Constituição Federal e na Lei Complementar n.º 141 de 2012. Dados coletados e divulgados pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Avançadas e pelo Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo demonstraram que a contrapartida da União para o financiamento da política pública de saúde no Brasil tem retrocedido, o que acarreta em uma sobrecarga dos demais Entes Federados. Em que pese a constatação de que os Municípios brasileiros vêm cumprindo, ainda que apenas formalmente, os índices estabelecidos pelo arcabouço normativo, não se verifica a efetivação do direito social à saúde, o que desperta questionamento sobre a eficiência do modelo de financiamento adotado. A teoria de Marramao sobre universalismo da diferença surge no presente trabalho como alternativa para o aperfeiçoamento do modelo de aplicação de recursos públicos, sobretudo por se almejar a distribuição financeira a partir das peculiaridades de cada Ente Federado e não apenas como base em índices mínimos.

Palavras-chave: Direito social à saúde. Financiamento das ações e serviços públicos em saúde. Políticas públicas. Universalismo da diferença.

ABSTRACT

Starting from the premise established by Giacomo Marramao about the universalism of difference, the present study analyzes the financing model for public health actions and services adopted in Brazil from the parameters established in the Federal Constitution and in Complementary Law n. 141 of 2012. Data collected and published by IPEA and by the Public Ministry of Accounts of the State of São Paulo showed that the Union's counterpart for the financing of public health policy in Brazil has retreated, which results in an overload of other federated entities. Despite the fact that Brazilian municipalities have been complying, even if only formally, with

the indices established by the normative framework, the social right to health has not been implemented, which raises questions about the efficiency of the adopted financing model. Marramao's theory on the universalism of difference appears in the present work as an alternative for the improvement of the model of application of public resources, mainly because the financial distribution is aimed from the peculiarities of each federated entity and not only based on minimum indices.

Keywords: Social right to health. Financing of public health actions and services. Public policy. Universalism of difference.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL; 2. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO; 3. O FINANCIAMENTO DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS EM SAÚDE; 4. O UNIVERSALISMO DA DIFERENÇA; 5. O UNIVERSALISMO DA DIFERENÇA E O FINANCIAMENTO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Um estudo divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2018 sobre a política de saúde do Brasil¹ demonstrou que após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 95 de 15 de dezembro de 2016 houve o congelamento, em termos reais, das despesas primárias da União e o estabelecimento de uma nova regra de apuração das suas despesas pela ótica da execução financeira.

Segundo o IPEA, o Novo Regime Fiscal (NRF) introduzido com a Emenda n.º 95 impactou o volume de recursos efetivamente disponibilizados para o Sistema Único de Saúde (SUS), seja em decorrência do teto de gastos imposto pela Constituição Federal ou pelo modo de apuração do piso federal de despesas com ações e serviços públicos de saúde².

O congelamento e a insuficiência dos investimentos da União em ações e serviços públicos de saúde iniciou um verdadeiro retrocesso em relação ao regime anteriormente instituído pela Emenda Constitucional n.º 29 de 13 de setembro de 2000 e pela Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012, sobretudo por transferir aos demais entes federados a responsabilidade pelo custeio das referidas ações.

Em consulta ao Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS)³, realizada no dia 16 de junho de 2022, constatou-se que, ao menos do ponto de vista formal, os Municípios brasileiros⁴ vêm cumprindo, nos últimos cinco anos, as metas de investimento mínimo em saúde pública. Entretanto, o mero cumprimento

1 VIEIRA, Fabiola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. **Controvérsias sobre o Novo Regime Fiscal e a apuração do gasto mínimo constitucional com saúde**. IPEA. Políticas Públicas: acompanhamento e análise, n. 25, 2018.

2 VIEIRA, Fabiola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. **Controvérsias sobre o Novo Regime Fiscal e a apuração do gasto mínimo constitucional com saúde**. IPEA. Políticas Públicas: acompanhamento e análise, n. 25, 2018.

3 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/ acesso-a-informacao/siops>. Acesso: em 17 jul. 2022.

4 Foram observados dados referentes ao período compreendido entre os anos de 2017 e 2021 acerca dos seguintes Municípios: Almenara, Rubim, Rio do Prado, Salto da Divisa, Santa Maria do Santo, Palmópolis e Mata Verde.

das metas não se reflete como garantia de efetividade do direito social à saúde, sobretudo porque pessoas continuam morrendo nas filas dos hospitais públicos⁵ ou aguardando durante anos a realização de procedimentos médicos⁶.

A partir de tais constatações, surgiram questionamentos acerca da efetividade do estabelecimento de percentuais mínimos para investimento em saúde. Não se nega a importância da imposição de investimento mínimo aos entes federados, sobretudo em razão da necessidade de estruturação do SUS. Contudo, em um Estado com dimensões continentais e de realidades tão distintas, é inevitável que se questione a efetividade do modelo de financiamento da saúde pública baseado apenas na aplicação de recursos mínimos.

A partir, então, da teoria do universalismo da diferença trabalhada por Giacomo Marramao no artigo "Pensar Babel: O universal, o múltiplo, a diferença", o presente estudo propõe uma reflexão sobre a forma de financiamento da saúde pública no Brasil a fim de que o método transcenda a mera fixação de patamares mínimos e passe a considerar as peculiaridades de cada um dos entes federados.

No texto, Marramao propõe a desconstrução da concepção de universalismo tradicional e trabalha a noção de que a primeira diferença é a diferença do singular e de que o primeiro e fundamental direito é o direito da singularidade.

Assim, o presente trabalho se pautará em uma pesquisa bibliográfica e documental, oportunidade em que serão levados em consideração livros, julgados, textos de lei e artigos científicos que proporcionarão uma análise crítica do tema problema.

Pela própria natureza do presente trabalho acadêmico não há nenhuma pretensão em exaurir temas como políticas públicas, direito à saúde e financiamento das ações e serviços públicos em saúde, mas apenas estabelecer uma base conceitual que viabilize a compreensão acerca da proposta que será trabalhada.

1. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL

A grande maioria dos escritos sobre direito à saúde inicia suas considerações fundamentando o acesso às ações e serviços públicos em saúde no arcabouço normativo previsto a partir do artigo 196 da Constituição Federal ou, para os trabalhos que pretendem uma análise no plano internacional, o fundamento inicial decorre da Declaração Universal dos Direitos Humanos – Resolução 217, A-III da Assembleia Geral das Nações Unidas – além, é claro, do quanto estabelecido pela Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reunida em 1978 em Alma-Ata, no sentido de que a saúde é uma condição que vai muito além do mero bem-estar físico.

5 PORTALG1. **Paciente morre na fila da saúde do rio por demora em fazer um exame.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/04/paciente-morre-na-fila-da-saude-do-rio-por-demora-em-fazer-um-exame.ghtml>. Acesso em 17 jun. 2022.

6 DIÁRIO DO GRANDE ABC. **Idosa sofre há 05 anos com artrose a espera de cirurgia.** Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/3872016/idoso-sofre-ha-5-anos-com-artrose-a-espera-de-cirurgia>. Acesso em 17 jun. 2022.

No caso do presente estudo, no entanto, antes mesmo de trazer à baila os fundamentos normativos supramencionados, incumbe esclarecer que o direito à saúde, além de um pressuposto para o exercício de incontáveis outros direitos, detém *status* de direito fundamental de caráter social, conforme prevê o artigo 6º da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021).⁷

Na condição de direito fundamental, o direito à saúde possui aplicabilidade imediata, segundo a regra prevista no artigo 5º, §1º da CF. No entanto, em que pese o normativo constitucional, direitos sociais são ordinariamente identificados como regras de eficácia limitada e, em especial no Brasil, não são necessariamente efetivos.

Por mais que a classificação tradicional das normas constitucionais de José Afonso da Silva⁸ esteja presente até os dias atuais nas mais variadas lições sobre Direito Constitucional, é fato que o grande desafio do Estado brasileiro não reside na identificação das normas de eficácia plena, contida ou limitada, mas na premente necessidade de conferir eficácia a todo o texto constitucional.

No caso específico das ações e serviços públicos em saúde, malgrado a regulamentação prevista diretamente no próprio texto constitucional, não se pode afirmar, com certeza, que o direito social à saúde tenha alcançado, de fato, a condição de um direito efetivo.

De forma equivocada os direitos sociais que dependem de alguma regulamentação – como no caso da saúde – são interpretados como regras meramente programáticas, como metas ou objetivos a serem perseguidos pelo Estado.

Nesse sentido, vale relembrar a lição de Mariana Siqueira⁹ no sentido de que a necessidade de regulamentação não autoriza a conclusão de que os direitos sociais são apenas meras proposições programáticas. Segundo a autora, a falta de condições fáticas ou a ausência de vontade política não justificam a ineficácia das regras previstas expressamente no texto constitucional, sobretudo em razão da imperatividade do atributo da dignidade da pessoa humana previsto como fundamento da República Federativa do Brasil¹⁰.

7 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

8 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

9 DE CARVALHO, Mariana Siqueira. **A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 15-31, 2003.

10 DE CARVALHO, Mariana Siqueira. **A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 15-31, 2003.

A omissão dos poderes Executivo e Legislativo quanto à implementação de políticas públicas que visem à efetivação de direitos sociais autoriza, inclusive, a intervenção judicial a fim de garantir a consecução de tais direitos. Intervenção judicial nas políticas públicas que se legitima a partir da interpretação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. De acordo com a doutrina do Direito, tais objetivos, previstos no artigo 3º da Constituição Federal, se constituem como verdadeiro núcleo central para a garantia da dignidade da pessoa humana, considerada, em todo caso, a partir da premissa do mínimo existencial.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹¹.

É fato que a mera possibilidade de intervenção judicial nas políticas públicas de saúde evidencia não apenas a ineficiência e a falta de vontade política em relação aos direitos sociais, mas a incapacidade do Estado brasileiro em efetivar os direitos mínimos e, por conseguinte, o próprio texto constitucional.

2. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – Resolução 217, A-III da Assembleia Geral das Nações Unidas – reconheceu a todo ser humano o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e cuidados médicos, além de segurança em caso de doença, invalidez ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle¹².

A Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reunida em 1978 em Alma-Ata, estabeleceu a saúde como uma condição de que vai muito além do mero bem-estar físico, definindo-o como:

O estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor de saúde¹³.

A Constituição Federal, promulgada em cinco de outubro de 1988, por sua vez,

11 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

12 **Resolução 217 A-III da Assembleia Geral da ONU. Artigo 25**¹. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 jul. 2022.

13 MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata sobre cuidados primários**. http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

garantiu ao direito à saúde o *status* de direito fundamental¹⁴ e instituiu, no próprio texto constitucional, um sistema de saúde único, universal e igualitário, vocacionado às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação¹⁵.

No plano infraconstitucional o direito à saúde encontra previsão na Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A Lei n.º 8.080/90 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) como o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público¹⁶.

3. O FINANCIAMENTO DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS EM SAÚDE

Além das regras previstas no artigo 198 da Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012 (LC n.º 141/2012) se constitui como instrumento normativo de especial relevância para a regulamentação do financiamento da política pública de saúde.

A referida Lei Complementar regulamenta o artigo 198, §3º da Constituição Federal, ao dispor sobre valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Município nas ações e serviços públicos em saúde, além de estabelecer os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

Segundo a LC n.º 141/2012, são consideradas como despesas com ações e serviços públicos em saúde aquelas destinadas à promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuidos no artigo 7º da Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990, bem como àquelas diretrizes que sejam: a) destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito; b) estejam em conformidade com objetivos e metas explicitadas nos Planos de Saúde de cada ente da Federação e; c) sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicas, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população¹⁷.

Seguindo a norma prevista no artigo 198, §2º, I, da Constituição Federal, a União deverá aplicar o percentual não inferior a 15% da sua receita corrente líquida do

14 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

15 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

16 BRASIL. **Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

17 BRASIL. **Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 15 de jul. 2022.

respectivo exercício financeiro em ações e serviços públicos de saúde, enquanto os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, de acordo com a LC n.º 141/2012, o percentual mínimo de 12% da arrecadação dos impostos previstos nos artigos 156 e dos recursos referidos no artigo 158 e na alínea "b" do inciso I do "caput", bem como no §3º do artigo 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Aos Municípios e ao Distrito Federal caberá a aplicação de, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos previstos no artigo 156 e dos recursos referidos no artigo 158 e na alínea "b" do inciso I do "caput", bem como no §3º do artigo 159, todos da Constituição Federal. A previsão legal de patamares mínimos de aplicação de recursos públicos para financiamento de ações e serviços públicos em saúde representa um verdadeiro avanço no que diz respeito à efetivação do direito social à saúde, tanto é verdade que, desde a formulação basilar de 1988, o constituinte originário identificou a necessidade de repartição da seguridade social de modo a permitir um equilíbrio entre os entes federados.

Um indício da preocupação do constituinte com o financiamento da saúde pública pode ser extraído do artigo 55 das Disposições Constitucionais e Transitórias da Constituição Federal, o qual estabeleceu que o mínimo de 30% do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, será destinado ao setor de saúde.

Posteriormente, a emenda constitucional n.º 29 de 13 de setembro de 2000 promoveu alterações no artigo 198 da Constituição Federal atribuindo *status* constitucional às fontes de recursos para financiamento da saúde, dentre outras providências.

Tais registros demonstram que tanto o constituinte originário quanto as reformas posteriores tinham como objetivo garantir a sustentabilidade financeira das ações da seguridade social, por meio do justo equilíbrio entre a saúde e as demais áreas (previdência e assistência social) na divisão do orçamento¹⁸.

Estudo técnico do Ministério Público de Contas no Estado de São Paulo, no entanto, revela que a pretendida divisão equitativa jamais ocorreu. O órgão apontou até certo retrocesso após a regra implementada pela emenda constitucional n.º 20 de 15 de dezembro de 1998, sobretudo porque a referida norma vinculou à previdência social as contribuições constitucionais do art. 195, retirando tanto a saúde como a assistência de sua repartição. Com a referida alteração restou evidenciado que a seguridade social tinha fontes constitucionais específicas para a previdências social e não para as três áreas, impondo, assim, um desequilíbrio entre as fontes e financiamento da seguridade social¹⁹.

Apenas com o advento da LC 141/2012 é que se definiu de forma satisfatória, permanente e passível de revisão quinquenal o regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde.

18 PINTO, Elida G. Subfinanciamento da saúde pública e (des) cumprimento pela União do regime de gasto mínimo fixado pela LC 141/2012. **São Paulo: Ministério Público de Contas do Estado de Saúde-2 a Procuradoria**, 2014.

19 PINTO, Elida G. Subfinanciamento da saúde pública e (des) cumprimento pela União do regime de gasto mínimo fixado pela LC 141/2012. **São Paulo: Ministério Público de Contas do Estado de Saúde-2 a Procuradoria**, 2014.

Não obstante a vigência de um ato normativo capaz de regulamentar a matéria, é evidente que o desequilíbrio entre as fontes de financiamento das ações e serviços públicos em saúde também enfrenta outros desafios como, por exemplo, o fato de que a fixação de patamares mínimos de investimento por ente federado não representa necessariamente a efetividade do acesso à saúde, sobretudo em razão das peculiaridades próprias de cada Estado e Município.

4. O UNIVERSALISMO DA DIFERENÇA

Em trabalho publicado em 2009, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes traduziram o texto "Pensar Babel – O universal, o múltiplo, a diferença", de autoria de Giacomo Marramao. O referido texto versa sobre multiculturalismo e sobre o problema do caráter reticular dos direitos, além de criticar aquilo que seria um conceitualismo excessivo que sempre incorre na possibilidade de gerar exclusão²⁰. Segundo o autor italiano, não se pode mais pensar os processos de universalização fazendo referências a um modelo-standard de modernidade e o universalismo não pode ser mais compreendido de modo uniforme.

Marramao defende o fim do "universalismo uniforme" à luz da crítica à dupla "nós-outros". Segundo o autor, a referida crítica *"nasce da exigência de considerar que, a despeito da antítese espetacular das lógicas identitárias que está na base da atual desordem global, não temos um oriente e um ocidente, mas uma insuprimível pluralidade interna a ambos os polos"*. Nesse sentido, seria o caso, segundo Marramao, de aceitar o convite de Edward Said a despedir-se do estereótipo "orientalista" e também aplicar o mesmo tratamento ao estereótipo "ocidentalista"²¹.

Os argumentos suscitados por Marramao ainda ressaltam a importância de se observar que algumas prerrogativas que tanto despertam orgulho do ocidente como o Estado de Direito, a liberdade, a igualdade e o sufrágio universal ampliado às mulheres são conquistas recentíssimas e que enquanto na Europa houve caça às bruxas, inquisição e fogueiras dos heréticos, a Índia era governada por príncipes iluminados. Aliás, não se pode olvidar que no Califado de Córdoba, na Espanha do século XII, conviveram tanto Moshed Ben Maimôn quanto Ibn Arabi, o maior filósofo hebraico e o maior filósofo islâmico medievais.

O universalismo criticado por Marramao representa um universalismo insensível às diferenças, inclusive em relação às diferenças culturais que podem e devem contribuir para o cosmopolitismo da diferença. Nesse sentido, uma ordem política verdadeiramente democrática deve garantir que todos possam participar do discurso e exige que todos os interlocutores, sujeitos de direitos, tenham seus direitos respeitados e fundados na soberania cidadã²².

20 DE MAGALHÃES BARROS, Flaviane. **A vítima de crimes e seus direitos fundamentais**: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 13, p. 309-334, 2013.

21 MARRAMAIO, Giacomo. **Pensar Babel. O universal, o múltiplo, a diferença**. Trad. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, n. 7, p. 10, 2009.

22 DE MAGALHÃES BARROS, Flaviane. **A vítima de crimes e seus direitos fundamentais**: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 13, p. 309-334, 2013.

A fórmula proposta por Marramao e denominada de universalismo da diferença é entendida como uma saída do dilema teórico e político entre o universalismo identitário (postulado pelas concepções assimilacionistas da cidadania) e diferencialismo antiuniversalista (postulado pelas versões fortes do multiculturalismo). A premissa sustentada por Marramao é no sentido de que a pluralidade não é apenas um *infra*, mas também um *intra*: não é somente intercultural, mas também intracultural; não somente intersubjetiva, mas intrassubjetiva; não somente *entre* identidades, mas interna à constituição simbólica de cada identidade²³.

A crítica de Marramao acerca do universalismo identitário instiga uma reflexão acerca do sistema de financiamento dos serviços e ações em saúde pública no Brasil, sobretudo em razão do caráter uniforme como a legislação estabelece as respectivas formas de custeio. Não obstante todas as críticas formuladas em relação ao financiamento dos serviços e ações de saúde pública no Brasil, um ponto específico chama a atenção e se revela como verdadeiro contraponto à teoria do universalismo da diferença: o modo uniforme como são estabelecidos os patamares mínimos de aplicação de recursos em saúde pública.

5. UNIVERSALISMO DA DIFERENÇA E O FINANCIAMENTO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

É perfeitamente compreensível o raciocínio do legislador no sentido de que a efetividade do direito social à saúde passa pela garantia de que União, Estados, Municípios e Distrito Federal aplicarão um patamar mínimo dos recursos da arrecadação em saúde pública, pois é plenamente razoável que alguma aplicação – ainda que mínima e uniforme – seja melhor do que nenhuma. Assim, não se nega a importância de se prever índices mínimos de aplicação de recursos em saúde pública.

Ocorre, no entanto, que além da necessidade de aplicação de recursos mínimos (universalismo) é importante que as formas de financiamento passem a prever mecanismos destinados a atender as peculiaridades dos entes federados (universalismo da diferença). Nesse aspecto, por mais que o financiamento das ações em saúde pública esteja previsto em atos normativos federais, é indispensável uma rediscussão sobre a distribuição dos recursos para que houvesse a edição de atos normativos adequados às diferentes realidades apresentadas por cada região.

O primeiro aspecto que apresenta algum descompasso no financiamento baseado em índices mínimos exsurge da inobservância do aspecto demográfico de cada ente federado.

No estudo denominado "Gastos com saúde dos Municípios de Minas Gerais: uma análise do período de 2006 a 2017", André Luiz Guimarães Amorim (2018)²⁴ analisou

23 MARRAMAIO, Giacomo. **Pensar Babel. O universal, o múltiplo, a diferença.** Trad. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, n. 7, p. 10, 2009.

24 AMORIM, André Luiz Guimarães. **GASTOS EM SAÚDE DOS MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS: Uma análise do período de 2006 a 2017.** Universidade Federal de São João Del Rei. 2018.

diversos aspectos acerca da aplicação de recursos públicos em saúde. Dentre os diversos dados carreados ao estudo, o pesquisador elaborou uma importante análise baseada no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS)²⁵ que compara os valores extremos para despesa com recursos próprios com saúde pública por habitante²⁶.

A referida análise reforça o pensamento de que o estabelecimento de percentual mínimo para aplicação em saúde pública não representa necessariamente a efetividade do direito social à saúde, sobretudo em razão da discrepância entre os valores aplicados *per capita* pelos Municípios.

No período compreendido entre 2006 e 2011, por exemplo, o Município mineiro de Várzea da Palma teria aplicado em saúde pública o total de R\$ 178,75 (cento e setenta e oito reais e setenta e cinco centavos) por habitante, enquanto que, no mesmo período, o Município de Fortaleza de Minas teria aplicado *per capita* R\$ 692,45 (seiscentos e noventa e dois reais e quarenta e cinco centavos) com a mesma finalidade²⁷.

A discrepância entre os valores resta ainda mais acentuada quando observada a densidade populacional de cada um dos Municípios supramencionados. Em 2010, Várzea da Palma contava com uma população total de 36.310 habitantes, enquanto o Município de Fortaleza de Minas, no mesmo ano, somava apenas 3.992 habitantes²⁸.

A disparidade na densidade populacional supramencionada demonstra que a fixação de percentual mínimo para investimento em saúde pública, embora importante, não garante a efetividade do direito social à saúde, mormente porque não é possível que o percentual mínimo aplicado a entes federados distintos alcance igualmente diferentes contingentes populacionais.

Vale observar que apesar da aplicação, em tese, dos percentuais mínimos em estrita observância aos dispositivos legais, o investimento *per capita* do Município de Fortaleza de Minas é consideravelmente superior ao quanto aplicado pelo Município de Várzea da Palma e a densidade populacional é claramente determinante nesse aspecto, já que a população da primeira corresponde a menos do que 10% da segunda.

Em valores totais, no entanto, o investimento em saúde pública dos indigitados Municípios é inversamente proporcional, uma vez que Várzea da Palma teria investido R\$6.490.412,50 (seis milhões, quatrocentos e noventa mil, quatrocentos e doze reais e cinquenta centavos), enquanto Fortaleza de Minas o total R\$2.764.260,40 (dois milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, duzentos e sessenta reais e quarenta centavos)²⁹.

25 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/siops>. Acesso: em 17 jul. 2022.

26 AMORIM, André Luiz Guimarães. **GASTOS EM SAÚDE DOS MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS**: Uma análise do período de 2006 a 2017. Universidade Federal de São João Del Rei. 2018.

27 AMORIM, André Luiz Guimarães. **GASTOS EM SAÚDE DOS MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS**: Uma análise do período de 2006 a 2017. Universidade Federal de São João Del Rei. 2018.

28 AMORIM, André Luiz Guimarães. **GASTOS EM SAÚDE DOS MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS**: Uma análise do período de 2006 a 2017. Universidade Federal de São João Del Rei. 2018.

29 Os valores mencionados se referem ao produto da multiplicação entre o valor investido *per capita* e a população informada.

Outro aspecto que pode influir consideravelmente para a inefetividade da aplicação uniforme de recursos em saúde pública é a capacidade financeira de cada ente.

A Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012 dispõe que os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 156, 158, a alínea "b" do inciso I do caput e o §3º do artigo 159, todos da Constituição Federal.

O artigo 156 da Constituição Federal, a título de exemplo, versa sobre o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), sobre a transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis (ITBI) e sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN).

Sobre o potencial de arrecadação, resta patente que a depender de uma série de circunstâncias certos entes federados podem angariar mais recursos do que outros, sobretudo em razão da execução de determinadas atividades econômicas em seus territórios.

Um determinado Município, privilegiado pela exploração de certa atividade econômica no seu território que lhe rende uma arrecadação de ISSQN acima da média prevista para outros Municípios que não dispõem do mesmo privilégio, certamente terá o seu percentual mínimo de aplicação em saúde pública consideravelmente superior. A discrepância será ainda maior se a densidade da população do Município privilegiado pela indigitada atividade econômica não for considerável. Sem deixar de mencionar todos os "benefícios" indiretos que a geração de emprego e renda de uma atividade econômica pode agregar para a população.

Além do recolhimento direto dos tributos influenciando no percentual mínimo de aplicação em saúde pública, ainda existe a possibilidade de significativo acesso da população a serviços privados como hospitais e planos de saúde. O acesso da maioria da população à cobertura privada de saúde pode, sem dúvida alguma, esvaziar o escopo da aplicação mínima de recursos e torná-la um verdadeiro desperdício, uma vez que as dízimas poderiam ser revertidas para a implementação de outras políticas públicas.

A verdade é que, ao menos empiricamente, a realidade dos serviços públicos em saúde no Brasil demonstra que a cobertura majoritária por serviços privados seria uma grande exceção, mas algo que, no plano hipotético, reforçaria a necessidade de se aperfeiçoar o modelo de aplicação de recursos em saúde pública.

Mesmo tratando acerca daquela que parece ser a realidade do povo brasileiro, ou seja, do subfinanciamento dos serviços em saúde pública não há se falar minimamente em efetividade. Em muitos Municípios a aplicação mínima de recursos

para custeio da saúde pública não necessariamente indica que a população seja de fato atendida. A exigência do percentual mínimo, na verdade, pode importar na imaginação dos gestores um limite fictício para a real aplicação de recursos.

O nefasto pensamento "aplica-se o mínimo e não haverá punição" pode distanciar o gestor do seu real escopo de tornar o serviço de saúde efetivo. Em outras palavras, aplicar o mínimo constitucional de 15% para custeio das ações e serviços em saúde pública pode jamais atender à efetiva necessidade do povo se esta necessidade for de que os recursos sejam aplicados em patamares infinitamente superiores.

No frigidar dos ovos, malgrado o impositivo legal, não restam dúvidas de que o financiamento das ações e serviços públicos em saúde no Brasil ainda dependem de vontade e, quiçá, da boa vontade dos gestores, o que certamente prejudica o aspecto da efetividade, sobretudo quando o interesse político suplanta o interesse coletivo.

A atuação – ou omissão – meramente política tende a vulnerar ainda mais o sistema de financiamento não só de saúde pública, mas das demais políticas públicas tão necessárias ao Estado brasileiro. Em uma República onde se cogita a viabilidade de um orçamento secreto e paralelo elaborado com o fim de privilegiar aqueles que, de algum modo, se alinham aos propósitos políticos e pessoais daqueles que exercem o poder, não se pode esperar que as políticas sociais sejam igualitárias ou atendam efetivamente àqueles que realmente precisam.

A prevalência do interesse político e o custeio da política pública fundado tão somente na observância de índices mínimos de investimento promove distorções também em relação ao serviço de educação. O recente reajuste de 33,24%³⁰ aplicado à remuneração dos profissionais da educação demonstra o quanto o tratamento universal das demandas não representa necessariamente a efetivação dos direitos sociais.

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que não há aqui o mínimo interesse em se criticar os profissionais da educação e a menção a tais profissionais decorre unicamente da necessidade de se sustentar o argumento defendido no presente trabalho.

O reajuste de 33,24% concedido pelo poder executivo federal ao piso remuneratório dos profissionais da educação reflete sobre a parcela de agentes públicos que exercem alguma atividade de apoio técnico, administrativo ou operacional nas redes de ensino da educação básica e são remunerados com recursos referentes a 70% do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

Para os Municípios que não conseguiram cumprir o percentual de investimento correspondente a 70% na sua integralidade, o reajuste de 33,24% não ultrapassará a totalidade dos recursos do FUNDEB. Entretanto, para os Municípios adeptos de políticas de valorização anteriores e que utilizavam, por exemplo, 90% dos recursos

30 BRASIL. **Ministério da Educação**. Portaria n.º 67 de 04 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-67-de-4-de-fevereiro-de-2022-378378895>. Acesso em 17 jul. 2022.

do FUNDEB para remuneração dos seus profissionais da educação terão que conviver, após o reajuste, com a realidade de um repasse de FUNDEB deficitário, dificuldades de pagamento e, possivelmente, de implementação de novas medidas de valorização dos servidores.

O caso do reajuste do piso remuneratório dos profissionais da educação no ano de 2022 reafirma a premissa de que medidas universalizadas nem sempre são adequadas à efetivação de direitos sociais e podem ocasionar distorções extremamente prejudiciais à gestão dos recursos públicos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde tem tratamento específico em seção própria da Constituição Federal, além de estar consagrado em instrumentos internacionais como Direito Humano. Não obstante a condição privilegiada no ordenamento jurídico, o direito à saúde ainda se consagra como direito social e fundamental previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

Assim como tantos outros direitos sociais, o direito à saúde é interpretado, por vezes, como norma de conteúdo programático, contrariando assim a aplicabilidade imediata atribuída a tais direitos pelo artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

O financiamento das ações e serviços públicos em saúde no Brasil encontra amparo jurídico tanto na Constituição Federal, com suas alterações posteriores, bem como na Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012.

A forma de financiamento adotada no Brasil optou pelo estabelecimento de patamares mínimos que devem ser aplicados pelos entes federados a cada exercício financeiro.

Segundo a norma constitucional, a União deverá aplicar o percentual não inferior a 15% da sua receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro em ações e serviços públicos de saúde, enquanto os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, de acordo com a LC n.º 141/2012, o percentual mínimo de 12% da arrecadação dos impostos previstos nos artigos 156 e dos recursos referidos no artigo 158 e na alínea "b" do inciso I do "caput", bem como no §3º do artigo 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Os Municípios e o Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos previstos no artigo 156 e dos recursos referidos no artigo 158 e na alínea "b" do inciso I do "caput", bem como no §3º do artigo 159, todos da Constituição Federal.

As deficiências do serviço público de saúde amplamente divulgadas nos mais diversos meios de comunicação demonstram certa fragilidade e insuficiência do sistema de financiamento adotado no Brasil.

Tendo em vista, portanto, a teoria de Giacomo Marramao sobre o universalismo da diferença, o presente estudo propõe que além dos percentuais mínimos previstos legalmente o financiamento das ações e serviços públicos em saúde passe a levar em consideração as peculiaridades de cada região.

As peculiaridades apontadas no estudo levam em consideração a densidade demográfica do ente federado e a sua capacidade de arrecadação tributária, sobretudo porque o desenvolvimento de certas atividades econômicas pode afetar consideravelmente o potencial arrecadatório do ente federado e proporcionar um investimento em saúde *per capita* muito superior ao de outros.

A adoção do sistema de financiamento a partir unicamente da fixação de percentuais mínimos condiciona o investimento em saúde pública à vontade política, o que pode acarretar distorções, já que o acesso aos serviços de saúde nem sempre estará à disposição de forma adequada a todos.

Nesse sentido, o sistema de financiamento das ações e serviços públicos de saúde no Brasil demanda uma reflexão sobre o método adotado a partir da teoria do universalismo da diferença, a fim de que se possam discutir medidas de efetivação do direito social à saúde a partir das características próprias de cada ente federado.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, André Luiz Guimarães. **GASTOS EM SAÚDE DOS MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS: Uma análise do período de 2006 a 2017**. Universidade Federal de São João Del Rei. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 15 de jul. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.
- BRASIL. **Ministério da Educação**. Portaria n.º 67 de 04 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-67-de-4-de-fevereiro-de-2022-378378895>. Acesso em 17 jul. 2022.
- BRASIL. **Ministério da Saúde**. Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/siops>. Acesso: em 17 jul. 2022.
- DE CARVALHO, Mariana Siqueira. **A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 15-31, 2003.
- DE MAGALHÃES BARROS, Flaviane. **A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 13, p. 309-334, 2013.
- DIÁRIO DO GRANDE ABC. **Idosa sofre há 05 anos com artrose a espera de cirurgia**. Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/3872016/idosa-sofre-ha-5-anos-com-artrose-a-espera-de-cirurgia>. Acesso em 17 jun. 2022.
- MARRAMAIO, Giacomo. **Pensar Babel. O universal, o múltiplo, a diferença**. Trad. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, n. 7, p. 10, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata sobre cuidados primários**. http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A-III da Assembleia Geral da ONU. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 04 jul. 2022.

PINTO, Elida G. Subfinanciamento da saúde pública e (des) cumprimento pela União do regime de gasto mínimo fixado pela LC 141/2012. **São Paulo: Ministério Público de Contas do Estado de Saúde-2 a Procuradoria**, 2014.

PORTALG1. **Paciente morre na fila da saúde do rio por demora em fazer um exame**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/04/paciente-morre-na-fila-da-saude-do-rio-por-demora-em-fazer-um-exame.ghtml>. Acesso em 17 jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. **Controvérsias sobre o Novo Regime Fiscal e a apuração do gasto mínimo constitucional com saúde**. IPEA. Políticas Públicas: acompanhamento e análise, n. 25, 2018.

artigos
científicos

THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE: STUDY OF FEBRUARY 6, 2020 DECISION IN THE CASE OF INDIGENOUS COMMUNITY MEMBERS OF LHAKA HONHAT ASSOCIATION (OUR LAND) V. ARGENTINA IN THE LIGHT OF ADVISORY OPINION 23/17

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DA DECISÃO DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 NO CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NOSSA TERRA) VS. ARGENTINA À LUZ DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/17

Thomas Breillat¹

¹Licenciado em Direito pela Universidade de Bordeaux, na França. Mestre em Direito Europeu pela Universidade de Tours, na França, com uma tese de direito comparado sobre o direito da integração da União Europeia e do Mercosul. Trabalhou em casos de desaparecimento cometido por particulares e desaparecimento forçado de pessoas no "Centro de Justicia para la Paz y el Desarrollo" no estado de Jalisco, no México, e desde há um ano se encontra colaborando como advogado em matéria constitucional com o Escritório "Legorreta Abogados", na cidade de Guadalajara, no México.
tbreillat@gmail.com

Recebido/Received: 16.12.2022/ December 16th, 2022.
Aprovado/Approved: 01.03.2023/ March 1st, 2023.

RESUMO

Entre ruptura e continuidade com o pensamento europeu, o Novo Constitucionalismo Latino-americano surge como um protesto diante de realidades profundamente iníquas e desiguais, marcadas pelo afastamento e desconexão dos dirigentes políticos em relação com o povo, assim como pela perpetuação da marginalização de minorias historicamente desprezadas. Esse fenômeno social antes do que jurídico atinge diversos ordenamentos jurídicos, tendo a sua máxima expressão nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). É mais, é possível entrever o despontamento dos valores e ideais característicos do Novo Constitucionalismo Latinoamericano na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob o impulso de juízes como Eugenio Raúl Zaffaroni, que deixou o cargo na corte regional há um pouco mais de um ano. Destarte, mediante o método bibliográfico-documental, o presente artigo procura destacar a crescente influência do Novo Constitucionalismo Latino-americano na jurisprudência da citada corte, em especial no que diz respeito à proteção das cosmovisões dos povos indígenas e da subsequente salvaguarda de entidades não humanas.

Palavras-chave: Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Direitos da natureza, Novo Constitucionalismo Latinoamericano, Opinião Consultiva 23/17.

ABSTRACT

Between rift and continuity with European vision, the New Latin American constitutionalism emerges as a protest in the face of profoundly iniquitous and unequal realities, marked by the distance and disconnection of political leaders from the people, as well as by the perpetuation of the marginalization of historically despised minorities. This clamor, which is social before being legal, affects several

juridical systems, having its highest expression in the constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009). What's more, it is possible to glimpse the emergence of the values and ideals of that new constitutionalism in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, under the impulse of judges such as judge Eugenio Raúl Zaffaroni, who left his seat at the regional court approximately one year ago. Thus, through bibliographic-documentary method, this article seeks to highlight the growing influence of the New Latin American Constitutionalism on the jurisprudence of the aforementioned court, especially as to the protection of indigenous peoples' cosmovision and the subsequent safeguarding of non-human entities.

Keywords: Advisory Opinion 23/17, Case of Indigenous Community Members of Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina, Inter-American Court of Human Rights, New Latin American Constitutionalism, Rights of nature.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (NCL); 2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS; 3. A PROTEÇÃO DE ENTIDADES NÃO HUMANAS PELA CIDH: O CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NOSSA TERRA) VS. ARGENTINA À LUZ DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/17; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Novo Constitucionalismo latino-americano (NCL) é um fenômeno constitucional que despontou no fim do século XX no continente, impulsionado por um movimento e um afã na base das sociedades de romper com o paradigma do Estado liberal europeu e do "direito constitucional elitista"¹, assim como de dar entrada na vida política e conseqüentemente jurídica dos distintos países da região a partes da população historicamente invisibilizadas e marginalizadas. Desta maneira, o Novo Constitucionalismo latino-americano toma forma através de mecanismos de participação direta, tanto nas etapas de elaboração e adoção da Constituição como posteriormente à entrada em vigor da mesma, assim como mediante o elenco de uma grande quantidade de direitos e a recepção das diversas concepções jurídico-políticas presentes na sociedade dentro do texto constitucional. O objetivo é "recuperar o lugar do povo na Constituição", incorporando cláusulas que remetem explicitamente a direitos sociais e políticos,² e restringindo ao máximo a margem de manobra dos poderes constituídos, permitindo em cada momento ao povo retomar as rédeas da tomada de decisão política, mediante procedimentos como a revogação de cargos ou a iniciativa popular. O resultado desse processo é a existência de Constituições bastante completas e inclusivas, mas também complexas,

1 GARGARELLA, Roberto. **Recuperar el lugar del "pueblo" en la Constitución, em Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, nº295, p.15. Todas as traduções realizadas no presente trabalho são do autor.

2 *Ibidem*, loc.cit.

um sincretismo constitucional, com elementos contraditórios, tornando-se às vezes verdadeiras "fábricas de aporias constitucionais",³ prestando-se às interpretações mais variadas e por conseguinte deixando um grande poder ao juiz, fazendo pairar o risco que aquele se converta no "dono da verdade jurídica"⁴.

Outra característica medular, e elemento que será o objeto central do presente estudo, é a dinâmica de outorgamento de valor intrínseco e isto posto de direitos a entidades não humanas, o anterior com frequência com alicerce na cosmovisão dos moradores históricos das terras latinoamericanas: os povos indígenas. Desse modo, podemos observar o estreito vínculo entre por um lado a integração constitucional de populações tradicionalmente à margem da vida política, em primeiro lugar as comunidades indígenas, com a revalorização das suas concepções do mundo, e pelo outro a ampliação da esfera de consideração e da proteção legal para além do humano, com a consagração de ideias como a Pacha Mama ou o *sumak kawsay*, o viver bem.

Nesse cenário, onde a economia de mercado que contempla os recursos naturais como meio para o aumento de lucro coabita com visões tradicionais que veem o humano como parte integrante da natureza, os conflitos são comuns, e os Estados com frequência falham em tornar efetivas as normas constitucionais que visam proteger as populações indígenas. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) aparece como o último recurso para salvaguardar os interesses daqueles povos, fazendo jus a suas pretensões e retomando nos seus raciocínios a sua cosmovisão, para o dobre efeito de proteger de forma direta os povos indígenas diante de violações a seus direitos, e de amparar ao mesmo tempo e de maneira tanto direta como reflexa a natureza, diante de atuais ou possíveis danos em contra dela.

Essa pesquisa, através do emprego do método histórico-evolutivo, utilizando aliás as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, tem o objetivo de trazer à tona as manifestações da influência sobre a atividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos exercida pelos pressupostos que deram nascimento ao novo constitucionalismo latino-americano, com especial foco na extensão da esfera de consideração a entidades não humanas como a natureza, através da proteção dos povos indígenas e de sua cosmovisão. Parte da hipótese que os valores e concepções do NCL têm um peso destacável nas decisões da Corte IDH, em especial quando povos indígenas estão envolvidos no assunto.

Tal como o destacam Thiago Henrique Costa Silva e João Neto Gonçalves da Cruz, o NCL apresenta a vantagem de não ser preestabelecido teoricamente e de se encontrar ainda em formação, podendo suas deficiências ser corrigidas.⁵ Além

3 UGARTE SALAZAR, Pedro, **EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (UNA PERSPECTIVA CRÍTICA)**, em **El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo**, p.357. Em outra passagem do artigo, o autor exprime essa combinação particular que ocorre nas constituições do NCL da seguinte forma: "retomam as liberdades negativas e os mecanismos judiciários de proteção que amadureceram na tradição liberal ocidental e os conjugam com outro catálogo amplíssimo de direitos que procedem das mais diversas tradições (desde a democracia até o indigenismo passando pelo socialismo). Ao mesmo tempo, outorgam ao Estado poderes amplísimos para intervir na vida social, política e econômica da comunidade" (p.356).

4 *Ibidem*, p.365.

5 COSTA SILVA Thiago Henrique, DA CRUZ GONCALVES NETO João, **NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?** Revista Brasileira de Filosofia do Direito | e-ISSN: 2526-012X | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 60 – 81 | Jan/Jun. 2017, p.79.

do mais, esse novo fenômeno constitucional localizado em uma região precisa do mundo tenta solucionar certas falhas que se apresentam de forma global no constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, a crise do modelo da democracia representativa, com o ímpeto a favor de uma maior participação da cidadania, assim como a problemática da efetiva inclusão de setores marginalizados e o seu amparo na Carta Magna, constituem preocupações presentes além das fronteiras dos países latinoamericanos, embora sejam particularmente exacerbadas por razões históricas naquela região do mundo.

Finalmente, em um momento de crescente preocupação quanto ao caráter viável da vida humana na Terra para as gerações futuras em vista das consequências da atividade humana sobre a natureza, a ênfase posta pelo NCL na extensão da esfera de consideração para além do ser humano é de uma grande relevância. No que diz respeito a esse último elemento, essa nova corrente do constitucionalismo tem muito que aportar às suas homologas europeias, por possuir maiores recursos teóricos que aquelas, graças a presença nos países da região de cosmovisões milenárias que sobreviveram "sincretizadas, ocultas, dissimuladas, transmitidas oralmente"⁶, e que recolhem no seu seio a profunda consciência da interdependência entre todos os elementos que conformam a natureza.

Destarte, em uma primeira parte serão abordados os traços mais característicos do Novo Constitucionalismo latino-americano (I), contrastando-o, de forma concisa e para efeitos de entender melhor suas especificidades, com as etapas anteriores que atravessou o constitucionalismo dessa região nos anos que sucederam os processos de independização até o surgimento desse novo fenômeno constitucional. Em seguida, esboçaremos de forma concisa a estrutura e o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como seu papel no Sistema Americano de Direitos Humanos (II), para logo depois chegar ao cerne do nosso trabalho, mediante o estudo da decisão proferida em 6 de fevereiro de 2020 no caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, o anterior à luz da opinião consultiva 23/17 do 15 de novembro de 2017 emitida por essa mesma Corte (III). Através do mencionado exame, buscaremos destacar o emprego pelos juízes dos princípios do Novo Constitucionalismo Latinoamericano, mais precisamente no que diz respeito ao movimento em direção à proteção de entidades não humanas.

1. **CONSIDERAÇÕES ACERCA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (NCL)**

"Não participo do fanatismo inexperimentado, quando não hipócrita, que pede liberdades a mãos cheias para povos que somente sabem empregá-las para criar seus próprios tiranos. Não obstante, desejo ilimitadas e abundantíssimas para nossos

6 ZAFFARONI EUGENIO RAUL, *La Pachamama y el humano*, 1ª Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011, p.114.

povos as liberdades civis, a cujo número pertencem as liberdades econômicas de adquirir, enalhenar, trabalhar, navegar, comerciar, transitar e exercer toda indústria.⁷ Essa citação do constitucionalista argentino Juan Bautista Alberdi retomada pelo Professor e compatriota desse último Roberto Gargarella, ilustra perfeitamente a desconfiança que existia nas elites da região em relação com a participação na política das massas no momento da construção do constitucionalismo latinoamericano.

Remontando às origens daquele constitucionalismo com Gargarella, esclarece que o seu momento fundacional se enquadra entre meados do século XIX e fins daquele mesmo século, e aparece como o fruto de um pacto entre liberais e conservadores, caracterizando-se pela ênfase posta nas liberdades civis, em especial no que diz respeito à propriedade e aos contratos, e marcada pela exclusão do campo constitucional das questões relativas a extensão da participação democrática às camadas mais pobres da população e as acirradas desigualdades sociais existentes.⁸

Nessa tessitura, surgiu o Estado Social de direito sob o impulso dos primeiros movimentos sociais do século XX, como resposta as graves desigualdades, em sociedades marcadas pelo pensamento positivista de Auguste Comte e a procura a toda costa de desenvolvimento – representado no México durante a era de Porfirio Díaz pela presença nas mais altas esferas do poder dos chamados "científicos", ou no lema brasileiro inscrito na sua bandeira desde 1889 – justificando em nome do progresso todo tipo de abusos e perpetuação da dominação e opressão das massas por uma elite "iluminada" que concentrava o poder e as terras.

Nesse cenário, não há de surpreender o fato de a primeira consagração constitucional, a nível mundial, dos direitos sociais e da mudança de paradigma – de um Estado que se abstém a um Estado que intervém para garantir a efetividade dos direitos – ter ocorrido na América latina. Com efeito, após 7 anos de uma revolução, que presenciaram nos inícios do mês de dezembro de 1914 a entrada na capital mexicana do Exército do Sul e da Divisão do Norte – os dois exércitos camponeses liderados respectivamente por Emiliano Zapata e Francisco Villa⁹ – foi adotada na Cidade de Querétaro em 31 de janeiro de 1917 a primeira Constituição Social do planeta, que segue sendo hoje em dia a Carta Magna do México.

Assim, embora a consagração dos direitos sociais não teve com esse acontecimento a abrangência que têm as Constituições mais recentes, limitando-se em boa medida à proteção dos trabalhadores através do artigo 123, é imprescindível assinalar que a Constituição mexicana de 1917 tentou atender um problema que foi o motor da revolução e o cerne das reivindicações dos exércitos camponeses, e que constitui uma preocupação central do Novo Constitucionalismo Latinoamericano: a

7 ALBERDI, Juan Bautista, citado por GARGARELLA, **Roberto em Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, n°295, p.18, nota de rodapé.

8 GARGARELLA, Roberto, *op.cit.*, p.20.

9 A respeito desse momento da revolução mexicana, ver o capítulo VI do livro de GILLY, Adolfo, **La Revolución Interrumpida**, Primeira Edição, 1971, México, D.F, "El Caballito D.F", p.139.

questão da propriedade e da repartição da terra¹⁰. Observamos que mais de cem anos depois do advento daquele texto, essa problemática ainda é objeto de conflitos em toda a América Latina, como o demonstra os casos que se apresentam à Corte Interamericana de Direitos Humanos e que tangem a proteção das terras indígenas diante da sua invasão por terceiros.¹¹

O exemplo da Revolução Mexicana é uma prova de que o constitucionalismo latino-americano vivenciou radicais mudanças desde o seu nascimento. No entanto, a emergência do Novo Constitucionalismo latino-americano só se explica pela permanência, apesar das evoluções, dos efeitos danhinos do constitucionalismo liberal e do conseqüente descontentamento das massas: "o antigo constitucionalismo, tradicionalmente vinculado ao pensamento liberal, desde o seu nascimento passou por mudanças significativas como o constitucionalismo social e seus variantes; contudo, manteve, inclusive nessas circunstâncias, o espectro liberal individualista sob a forma de um imaginário jurídico que se retroalimentava em um âmbito teórico orientado prioritariamente em direção aos direitos humanos de primeira dimensão, e os direitos sociais se tornavam efetivos conforme as possibilidades de convivência e subordinação aos direitos individuais."¹²

Assim, o Novo Constitucionalismo Latino-americano se inscreve nesse processo histórico de evolução do constitucionalismo latino-americano, constituindo a sua etapa de mudança mais recente e provavelmente mais transcendente. Esse fenômeno despontou como reação e acometida para corrigir as deficiências dos modelos anteriores de constitucionalismo, que sempre falharam em cumprir com aquilo que prometiam. Pedro Salazar Ugarte destaca as seguintes feições para distinguir o Novo Constitucionalismo latino-americano das outras formas de constitucionalismo: "legitimidade democrática da Constituição (que é um elemento extra ou pré constitucional), reconhecimento amplo de direitos (com a declarada intenção de combater as desigualdades e a exclusão social), e predomínio absoluto

¹⁰ O artigo mais emblemático das reivindicações daquela Constituição, símbolo da influência do campo mais radical da Assembleia Constituinte, é provavelmente o artigo 27. Os seus 4 primeiros parágrafos do artigo 27 dispunham, *inter alia*, na sua versão original: "Artigo 27. A propriedade das terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional, corresponde originariamente à Nação, a qual teve o direito e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo a propriedade privada.

Essa não poderá ser expropriada a não ser por causa de utilidade pública e mediante indenização.

A nação terá em todo momento o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público, bem como o de regulamentar, em benefício social, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, para de fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública e cuidar da sua preservação. Com esse objeto se ditarão as medidas necessárias ao fracionamento dos latifúndios, para o desenvolvimento da pequena propriedade; para a criação de novos centros de população agrícola com as terras e águas que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos elementos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em detrimento da sociedade. Os povos, vilarejos, comunidades que careçam das terras e águas, ou não as tenham em quantidades suficientes para as necessidades das suas populações, terão direito a serem dotadas delas, tomando-as das propriedades imediatas, respeitando sempre a pequena propriedade...". E o parágrafo 4: "Corresponde à Nação o domínio direto de todos minerais ou substancias que em veios, mantos, massas ou jazimentos, constituam depósitos cuja natureza seja distinta daquela dos componentes dos terrenos, tais como os minerais dos que se extraíam metais e metaloides utilizados na indústria; os jazimentos de pedras preciosas, de sal de gema e de salinas formadas diretamente pelas águas marinas. Os produtos decorrentes da decomposição das rocas quando sua exploração precise de trabalhos subterrâneos; os fosfatos suscetíveis de serem utilizados como fertilizantes; os combustíveis minerais sólidos; o petróleo e todos os carburos de hidrogeno sólidos, líquidos e gaseosos". MÉXICO, Constituição de 1917, entrada em vigor em 5 de fevereiro do ano 1917. A tradução é nossa.

¹¹ Cabe ressaltar por exemplo que no caso sob estudo na presente pesquisa, um dos problema que se discute diante da Corte é aquele da tala ilegal da floresta no território das comunidades indígenas. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso **Comunidades Indígenas miembros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 187.

¹² WOLKMER, Antonio Carlos, MÂNICA RADAELLI, Samuel, **Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización**, DERECHOS Y LIBERTADES, Número 37, Época II, junio 2017, pp. 31-50, p.39.

do poder constituinte sobre os poderes constituídos".¹³ Procura-se a reconexão entre o povo e o texto representativo do contrato social, com vistas a que essa legitimidade da Carta Magna irradie todo o ordenamento jurídico e o sistema político, que sofre historicamente de um nível de confiança bastante baixo vinculados com altos níveis de desinteresse da cidadania.

A questão das Constituições que convém incluir nesse movimento não é pacífica, em especial em relação às Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991). No entanto, a grande maioria dos autores consultados se limitam a 3 países como os principais marcos de expressão desse novo fenômeno constitucional: a Venezuelana (1999), a do Equador (2007), e a Boliviana (2008).

Assim o fazem por exemplo Pedro Salazar Ugarte¹⁴, Daniela Richter e Dimitri Aita¹⁵, e Thiago Enrique Costa Silva e João da Cruz Gonçalves Neto¹⁶. No nosso entendimento, no entanto, embora as Constituições desses 3 últimos países, e em especial aquelas do Equador e da Bolívia, vão particularmente longe na ruptura com o modelo democrática constitucional abordado por Pedro Salazar Ugarte¹⁷ e característico da realidade constitucional da Europa desde o fim da segunda guerra mundial, existem nas Constituições da Colômbia e do Brasil traços distintivos do novo constitucionalismo latino-americano que nos permitem abranger-las nesse fenômeno, pelo menos como primeiros exemplos da sua manifestação.

Destacam por exemplo a presença de mecanismos de participação popular na vida política e na tomada de decisões, através dos institutos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo (artigo 14 no Brasil, 40, 103, 154, e 155, no que diz respeito à Colômbia), a patente vontade de proteger e reconhecer a identidade de partes historicamente discriminadas da população, em especial as populações indígenas (artigos 231 e 232 pelo Brasil e o artigo 246, dentre outros, para Colômbia), e a extensão da esfera de consideração para entidades não humanas (artigo 225 pelo Brasil, 79 no que tange a Colômbia).

Isto posto, e refletindo sobre as características do Novo Constitucionalismo Latino-americano, observamos que as três feições são estreitamente vinculadas, já que se explicam umas às outras: é o processo particularmente democrático de adoção das constituições, com uma participação ampla dos diversos setores da população, que explica o extenso elenco de direitos e o caráter completo das Cartas Magnas.

Por sua vez, a predominância do poder constituinte sobre o poder constituído se explica justamente pela completude daqueles textos, pois ao regulamentá-lo tudo os

13 SALAZAR UGARTE, Pedro, **El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica), em El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo**, Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, p.354.

14 *Ibidem*, p.350.

15 RICHTER, Daniela, AITA, Dimitri, **O constitucionalismo latino americano e a Pacha Mama como sujeito de direito: o reconhecimento da água como direito humano**, p.2. Trabalho Selecionado no marco da 10ª Jornada de Pesquisa e a 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da Universidade Metodista de Santa Maria, apresentado em 26 de abril de 2016.

16 COSTA SILVA Thiago Henrique, DA CRUZ GONÇALVES NETO João, **NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?** Revista Brasileira de Filosofia do Direito | e-ISSN: 2526-012X | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 60 – 81 | Jan/Jun. 2017, p.70.

17 SALAZAR UGARTE, Pedro, *op.cit.*, p.347.

constituintes deixaram, em teoria, pouca margem de manobra aos poderes político e legislativo. Essa superioridade do poder constituinte, do poder do povo sobre o poder dos representantes, se manifesta por mecanismos tal como a revogatória de mandato, presente nas Constituições Boliviana e Equatoriana. Com efeito, o artigo 61 da Constituição do Equador estabelece que "as equatorianas e equatorianos gozam dos seguintes direitos [...] 6. Revogar o mandato que hajam conferido às autoridades de eleição popular [...]".

Do mesmo modo, a Constituição boliviana, no inciso II do seu artigo 11 consagra a seguinte forma de participação do povo: "direta e participativa, por meio do referendo, a iniciativa legislativa cidadã, a revogatória de mandato, a assembleia, assembleias públicas e a consulta prévia".

Eis a diferença que ressalta Gargarella com o constitucionalismo liberal, constituindo uma ruptura com dito sistema, já que enquanto neste último a ênfase é posta nos controles horizontais, na mecânica de freios e contrapesos dentro do poder que procura evitar que um deles logre predominar sobre os outros, no NCL o controle se leva a cabo de forma vertical, fora dos poderes, sendo o povo que diretamente o exerce.¹⁸

Contudo, se o fomento à participação direta do povo na vida política é constitutivo da mencionada brecha com o constitucionalismo liberal, a mesma não configura uma ruptura com o pensamento europeu, toda vez que tal como o frisa Pedro Salazar Ugarte, a gênese do constitucionalismo popular e da democracia direta se encontra em autores europeus, em primeiro lugar em Jean Jacques Rousseau.¹⁹ Destarte, essa característica do NLC não é o que constitui o maior aporte desse novo ramo do constitucionalismo. Aos nossos olhos, o que torna o NCL particularmente proveitoso para o constitucionalismo contemporâneo e que supõe um claro divisor de águas para o mesmo é a inequívoca vontade de integrar no âmbito de consideração, mediante a sua proteção e até o outorgamento de direitos, entidades não humanas.

Resulta pertinente o exemplo de Pedro Salazar Ugarte, quando falando do fato de certos elementos do Novo Constitucionalismo latino-americano com frequência colisionarem diretamente com os pressupostos mais básicos da teoria constitucional liberal, ilustra o seu propósito mencionando a tendência (do NCL) de outorgar direitos a entidades diferentes do indivíduo, a conjuntos de pessoas ou até a entidades não humanas, como a natureza.²⁰

Assim, o traço mais disruptivo do NCL é sem dúvida o fato dele atribuir "ao meio ambiente garantias, anteriormente jamais vistas em qualquer ordenamento jurídico de forma a estabelecer uma nova cultura que visa harmonizar as relações humanas com a natureza"²¹. Essa nova perspectiva – que na realidade não tem nada de novo

18 GARGARELLA, Roberto **Recuperar el lugar del "pueblo" en la Constitución, em Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, n°295, p.20.

19 SALAZAR UGARTE, Pedro, *op.cit.*, p.368.

20 *Ibidem*, p.357-358.

21 RICHTER, Daniela, AITA, Dimitri, *op. cit.*, p.2.

pois constitui a cosmovisão dos povos da região há milhares de anos – tem sua expressão máxima em dois artigos da Constituição Equatoriana, que a continuação se reproduzem:

"Art. 10.- As pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletivos são titulares e gozarão de direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais. A natureza será sujeito de aqueles direitos que lhe reconheça a Constituição"

"Art. 71.- A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e o mantimento e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar aqueles direitos se observarão os princípios estabelecidos na Constituição, no que proceder. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas, assim como os coletivos, a protegerem a natureza, e promoverá o respeito de todos os elementos que formam um ecossistema."²²

No que diz respeito do Brasil e da Bolívia, a proteção constitucional a entidades não humanas é indireta, pois está incluída na proteção de um direito humano, através do artigo 225 no primeiro e 33 na segunda:

"Artigo 225 (Constituição brasileira): Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade."²³

"Artigo 33 (Constituição boliviana): "As pessoas têm direito ao meio ambiente sadio, protegido e equilibrado. O exercício desse direito deve permitir aos indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, além de outros seres vivos, se desenvolverem de maneira normal e permanente"²⁴.

Além do anterior, observamos que a Constituição da Bolívia reconhece o caráter sagrado da "Madre Tierra" no seu preâmbulo, assim como princípios fundamentais das cosmovisões dos povos indígenas que moram no país, tais como o *suma qamaña* (viver bem), o *teko kavi* (boa vida) ou o *ñandereko* (vida harmoniosa) (artigo 8 inciso I), conjunto de conceitos que implicam uma proteção *per se* do meio ambiente e da natureza. Com efeito, e em relação por exemplo com o conceito de "boa vida", a professora Nuria Bellosó Martín assinala que "surge do mundo andino e amazônico, coincidindo com um primado aos direitos da natureza, os "direitos da Mãe Terra".²⁵

22 EQUADOR, Constituição em vigor desde o 20 de outubro de 2008, artigos 10 e 71, disponível em https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf, acesso em 07 de dezembro de 2022.

23 BRASIL, Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, artigo 225, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 07 de dezembro de 2022.

24 BOLÍVIA, Constituição, vigente desde o 7 de fevereiro de 2009, artigo 33, disponível https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf, acesso 07 de dezembro de 2022.

25 BELLOSO MARTÍN, Nuria, **O neoconstitucionalismo e o "novo" constitucionalismo latino-americano: duas correntes possíveis de entendimento?** Revista Culturas Jurídicas, Vol. 4, Núm. 9, set./dez., 2017, pp.24-55, p.37, nota de rodapé.

Finalmente, é importante destacar que em 21 de dezembro de 2010 foi adotada no país, em consonância com o claro afã constitucional de salvaguardar a natureza, a Lei N°071 intitulada "Ley de Derechos de la Madre Tierra"²⁶, outorgando sem lugar a dúvida o caráter de sujeito de direito a terra.

A ideia da proteção *per se* da natureza pode ser encontrada também nas resoluções da Corte IDH, em especial através do direito humano ao meio ambiente sadio, na sua dimensão autônoma.

Contudo, antes de nos interessar naquela criativa atividade dos juízes americanos, cabe nos deter umas linhas sobre o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em primeiro lugar, convém lembrar que a Corte IDH se inscreve no Sistema Americano de Direitos Humanos (SIDH), o anterior junto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH). Na origem deste último está a aprovação, no marco da nona Conferência Internacional Americana, em 2 de maio de 1948 em Bogotá, na Colômbia, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Nessa mesma conferência foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), mediante a adoção da sua Carta. Dentre os órgãos instituídos no artigo 53 da Carta para a realização dos fins da OEA – oferecer ao homem uma terra de liberdade e um âmbito favorável ao desenvolvimento da sua personalidade e a realização de suas justas aspirações, dentre outros – destaca a previsão da criação da Comissão IDH, que aconteceu em 1959, e cujo papel central consiste, conforme o indicado pelo artigo 106, em "promover a observância e defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo nessa matéria."

Em segundo lugar, o surgimento da Corte IDH apenas ocorreu anos mais tarde, através da aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), adotada em 22 de novembro de 1969. No entanto, os juízes americanos somente iniciaram suas atividades após a entrada em vigor do mencionado tratado, o qual aconteceu em 18 de julho de 1978. O seu funcionamento está regulamentado por três fontes distintas: a própria CADH; o Estatuto da Corte, aprovado por meio da Resolução N° 448 da Assembléia Geral da OEA no seu nono período de sessões, celebrado na Paz, Bolívia, em outubro de 1979; e o Regulamento da Corte, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009.

Constitui um dos três tribunais regionais de direitos humanos que existem a nível mundial, junto com a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana dos

26 BOLÍVIA, LEY N°071 "LEY DE DERECHOS DE LA MADRE TIERRA", disponível em <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>, acesso em 07 de dezembro de 2022.

Direitos Humanos e dos Povos. Tem 3 funções principais: contenciosa, consultiva, e aquela de ditar medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgências, e quando seja necessário para evitar danos irreparáveis a pessoas, o anterior conforme o inciso 2 do artigo 63 da CADH. Até o momento 20 países da região têm reconhecido a competência desta corte, destacando nesse âmbito a ausência dos Estados Unidos da América, que tal como se negaram a se submeter a uma jurisdição internacional quanto ao Estatuto da Corte Penal Internacional, o fizeram a respeito da corte sob estudo.²⁷

No que diz respeito à competência material da Corte na seará contenciosa, é competente para conhecer das eventuais violações da Convenção Americana de Direitos Humanos cometidas por Estados que têm reconhecido a sua competência.

No que tange ao procedimento diante da Corte IDH, cabe assinalar que o acesso à corte para os particulares procedentes de países que têm aceitado a competência da Corte não é direta, já que a Comissão IDH tem um papel de filtro na matéria. Com efeito, e conforme o estabelecido pelo inciso 1 do artigo 61 da CADH, "tão somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte." Desta maneira, as petições individuais constituindo denúncias ou queixas de violação aos direitos contidos no mencionado tratado por um Estado parte têm de ser apresentadas em um primeiro momento diante da Comissão.

Outra característica comum às cortes regionais, e que constitui ao mesmo tempo uma diferença fundamental com a Corte Penal Internacional: o fato de a Corte IDH não ser competente para decidir a respeito da responsabilidade de particulares. Tão somente os Estados podem ser declarados culpados de violarem a CADH.

Assim, e conforme ao artigo 35 do Regulamento da Corte e tal como ressalta do estudo das decisões da Corte, o procedimento, quando iniciado pela Comissão, começa pela apresentação por essa última do seu relatório sobre o mérito à Corte, o qual deve indicar as vítimas no caso, os motivos que levaram a Comissão a recorrer à Corte, os fatos violatorios assinalando os artigos da Convenção que considera foram violados, as provas que têm em sua possessão e as suas pretensões, inclusive aquelas relativas à questão da reparação.²⁸

Posteriormente, e após a notificação do início do procedimento diante da Corte às partes, segue o escrito de petições, argumentos e provas das vítimas por meio dos seus representantes, o qual deverá conter, segundo o artigo 40 do referido regulamento, a descrição dos fatos dentro do marco fático fixado na apresentação do caso pela Comissão, as provas que se quer oferecer, a individualização dos declarantes e o objeto da sua declaração, as pretensões incluindo as relativas às reparações e custas.

27 A quase totalidade das informações sobre a Corte IDH referidas na presente parte do nosso estudo foram encontradas no próprio sítio internet da Corte. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#:~:text=La%20Corte%20Interamericana%20ejerce%20una.funci%C3%B3n%20de%20dictar%20medidas%20provisionales, acesso em 03 de dezembro de 2022.

28 Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009, entrado em vigor em 1º de janeiro de 2010, artigo 35, disponível em <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>, acesso em 05 de dezembro.

Logo depois, o Estado demandado dispõe de um prazo de dois meses para contestar a demanda. Naquele escrito o Estado terá de deixar claro se aceita ou rejeita os fatos e as pretensões. Trata-se de estabelecer sua posição quanto ao caso. Pode aportar provas, assim como declarantes, que terá de identificar, sustentando com base legal seus argumentos. Terá de se expressar também a respeito das petições de reparação. Outrossim, é também esse escrito de contestação que dá ensejo à oposição por parte do Estado de exceções preliminares, que podem por exemplo versar sobre a aduzida incompetência material ou temporal da Corte.²⁹

Finalmente, e para fechar o procedimento escrito, o regulamento da Corte reconhece a figura do *amicus curiae*. O inciso 3 do artigo 44 do citado regulamento estabelece, *inter alia*, que "nos casos contenciosos, um escrito em caráter de **amicus curiae** poderá ser apresentado em qualquer momento do processo, porém no mais tardar até os 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não se realize audiência pública, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais." Essa intervenção de pessoas exteriores ao conflito tem o objetivo de esclarecer pontos fundamentais para a resolução da lide, auxiliando assim a Corte nessa tarefa. Além do mais, permite uma maior participação da sociedade civil, com uma democratização dos debates que ocorrem no seio da Corte, sobre questões de fundamental importância que concernem a todos os habitantes da região.

No caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, apresentaram seus escritos como *amicus curiae*, dentre outros, em conjunto a Associação de Advogados de Direito Indígena (AADI) e o Serviço de Paz e Justiça (SERAPAJ); o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Jurisprudência da Pontifícia Universidade Católica do Equador; a Fundação Ambiente e Recursos Naturais (FARN).

Voltando para o procedimento, segue a fase oral, a respeito da qual "a Presidência determinará a data de abertura do procedimento oral e indicará as audiências necessárias."³⁰ O procedimento em audiência está estabelecido no artigo 51 do Regulamento da Corte. Nessa ocasião, todos os declarantes previamente convocados à audiência, peritos, testemunhas e vítimas, aportarão sua declaração. Após a etapa das eventuais questões aos declarantes por parte dos juízes, as vítimas ou seus representantes e o Estado apresentarão suas alegações finais. Finalmente, a Comissão expressará suas observações finais, e os juízes poderão uma última vez fazer as perguntas que quiserem às partes.

Por último, inicia o procedimento final escrito, que se materializa pela apresentação de alegações finais escritas por parte do Estado demandado e das

29 Foi o que ocorreu na sentença de 23 de novembro de 2009 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no famoso Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, p.7, disponível em <http://www.ordenjuridico.gob.mx/jurInt/STCIDHM4.pdf>, acesso em 05 de dezembro de 2022.

30 Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009, artigo 50, disponível em <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>, acesso em 05 de dezembro.

vítimas ou seus representantes, e de observações finais por parte da Comissão. Isso em consonância com o artigo 56 do Regulamento. No caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, a audiência se levou a cabo no dia 14 de março de 2019, e as alegações finais escritas e as observações finais foram remetidas a Corte pelos representantes das vítimas, o Estado e a Comissão no dia 3 de junho do mesmo ano. Posteriormente a Corte profere sua sentença, cabendo destacar que, no ano 2015, a Corte assinala no seu sítio internet que o tempo de duração de um procedimento desde a sua submissão à Corte até a emissão da sentença foi em média de 22.2 meses.³¹

No que diz respeito a condição principal para o conhecimento de um caso pela Comissão e eventualmente pela Corte, o princípio retor é aquele da complementaridade ou subsidiariedade, segundo o qual as duas mencionadas instituições só intervêm na medida em que os Estados não foram capazes de proteger devidamente os direitos protegidos na CADH. É a deficiência do Estado – em sentido amplo, incluindo a do Poder Judiciário – que deflagra a competência contenciosa das instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo que os Estados são em primeiro lugar os encarregados de respeitar, proteger e garantir os direitos humanos.

Eis o requisito de esgotamento dos recursos internos antes de poder recorrer àquelas duas instituições, estabelecido no artigo 46 da Convenção, existindo, no entanto, 3 exceções àquele requisito, presentes no inciso 2 do mesmo artigo, quando

"Não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; quando não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos."³²

Em termos quantitativos, desde sua instalação na Costa Rica em 3 de setembro de 1979, foram 481 sentenças que proferiram os juízes regionais. No que diz respeito ao tema do presente estudo, cabe assinalar que nos seus cadernos de 2021, a Corte IDH elenca 4 casos contenciosos relativos aos direitos meio ambientais: o Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador, de 6 de maio de 2008; o Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, de 27 de junho de 2012; o Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, de 25 de novembro de 2015; e o Caso objeto de particular estudo, Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, de 6 de fevereiro de 2020. Além do mais, os juízes fazem várias menções nessa mesma parte dos cadernos relativas aos direitos ambientais ao Caso Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros Vs. Honduras, de 8 de outubro de 2015. Obviamente tratam da opinião 23/17. Também, e a partir do

31 Sítio internet da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **Procedimiento contencioso ante la Corte**, disponível em https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#:~:text=La%20Corte%20Interamericana%20ejerce%20una,funci%C3%B3n%20de%20dictar%20medidas%20provisionales, acesso em 03 de dezembro de 2022.

32 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969 na Cidade de São José, Costa Rica, e entrada em vigor em 18 de julho de 1978, artigo 46, inciso 2.

artigo de Adriani Marques França Tavares, Mariane Morato Stival e Sandro Dutra e Silva sobre a jurisprudência ambiental da Corte IDH, no qual indicam, retomando um estudo de D'Ávila, 4 sentenças da Corte que se interessam na proteção do meio ambiente, três delas não estando mencionadas na citada parte dos cadernos da Corte IDH: o Caso das Comunidades Afrodescendentes deslocadas da cuenca do rio cacarica (operação gênese) vs. Colômbia, de 20 de novembro de 2013; a Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua de 31 de agosto de 2001; e o Caso do Povo Saramaka vs. Surinam de 28 de novembro de 2007.³³

Assim, esse balanço levaria a 8 os casos que se interessam de forma significativa na proteção do bem meio ambiente. Constatamos, tal como o fazem os três mencionados autores, que na esmagadora maioria dos casos, a proteção do meio ambiente é discutida em um contexto que envolve a violação de direitos de povos indígenas³⁴. Essa realidade levou aqueles autores a falar da "restrita jurisprudência ambiental da Corte Interamericana de Direitos Humanos", lamentando que outras problemáticas ambientais como a poluição urbana ou a disposição ilegal de lixo não tenha sido objeto de debate diante dos juízes regionais.³⁵

Outrossim, desponta nessas decisões o estreito vínculo na jurisprudência da Corte Interamericana entre casos de violação aos direitos de populações indígenas/consideração das cosmovisões desses últimos a efeitos de sua melhor proteção/e proteção da natureza com base nessas cosmovisões. Com efeito, a atenção dos juízes americanos em levar plenamente em consideração o pensamento indígena – e a força da consciência da interdependência entre humanos e natureza que permeia dito pensamento – ressalta em várias decisões:

"Os povos indígenas da zona têm uma forte relação com o Rio Marowijne, o qual é um elemento fundamental da sua identidade cultural e tradições, pelo que estimam que pertencem a esse lugar da mesma forma em que esse lhes pertence. Aliás, os Povos Kaliña e Lokono cuidam das suas terras não só porque eles e as suas gerações futuras precisam de um lugar onde morar, mas também porque a cultura e os costumes que lhes têm transmitido os seus antepassados se fundamentam em um profundo respeito pelo meio ambiente, que inclui tanto os seres vivos como os objetos inanimados.

Desta forma, para os Povos Kaliña e Lokono é de vital importância manter o balanço entre os seres humanos e a natureza, e dita tarefa é responsabilidade dos xamas, conhecidos como piay ou semechichi. Em sintonia com sua cosmovisão, através dos guardiões ou espíritos guias, conhecidos como jakoewa, o piay tem o condão de descobrir se alguém tem alterado incorretamente o balanço entre os seres humanos e a natureza."³⁶

33 MARQUES FRANÇA TAVARES, Adriani, STIVAL MORATO, Mariane, DUTRA E SILVA, Sandro, Marques França, **A Restrita Jurisprudência Ambiental da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Possíveis Inovações sobre Proteção Ambiental Urbana**, *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.17 n.37 p.241-262, Janeiro/Abril de 2020, p.254.

34 *Ibidem*, loc.cit.

35 *Ibidem*, p.243.

36 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam**, de 25 de novembro de 2015, parágrafos 35 e 36.

Assim, reparamos em que não é à toa que a questão da proteção da natureza na jurisprudência da Corte foi discutida quase exclusivamente em casos envolvendo povos indígenas, vinculados sempre com a exploração de recursos naturais situados no território ancestral daquelas populações. Proteger os povos indígenas implica necessariamente a proteção do seu ambiente, e o envolvimento daqueles povos como vítimas em um caso facilita o trabalho de argumentação da Corte a favor da proteção do meio ambiente, posto que a própria cosmovisão das comunidades indígenas leva no seu seio os recursos teóricos que os juízes podem utilizar como ferramentas de fundamentação de suas decisões em favor da proteção do meio ambiente e da natureza.

Destarte, temos aí valores medulares do Novo Constitucionalismo Latino-americano, em especial com a inclusão de populações historicamente excluídas das sociedades do continente, incorporação que vai além do simples outorgamento de direitos a seu favor para abranger o seu pensamento e a sua cosmovisão. Também, o NCL se manifesta através da revalorização e a entrada na esfera de consideração moral e além disso jurídica de entidades não humanas, em primeiro lugar a natureza. Eis a clara influência e presença dos valores do Novo Constitucionalismo Latino-americano no raciocínio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial no que tange à proteção de entidades não humanas.

3. **A PROTEÇÃO DE ENTIDADES NÃO HUMANAS PELA CIDH: O CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NOSSA TERRA) VS. ARGENTINA À LUZ DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/17**

Aprofundando no cerne do nosso estudo, nos debruçamos na decisão da Corte IDH de 6 de fevereiro de 2020, proferida no marco – conforme o asseverado pela própria Corte³⁷ – do primeiro caso contencioso no qual essa última teve de resolver sobre a violação do direito ao meio ambiente sadio com base no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos: o caso **Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**. Aquela sentença será estudada à luz da opinião consultiva 23/17 daquela mesma corte e de data 15 de novembro de 2017, o anterior toda vez que na primeira os juízes referem com frequência à citada opinião, na qual a Corte trouxe considerações e esclarecimentos de grande valor, por exemplo no que tange à dimensão autônoma do direito ao meio ambiente sadio.

Outrossim, é interessante frisar que por tratar-se de um caso no qual a Argentina era demandada por supostas violações a normas da Convenção ADH, e por ser o juiz Eugenio Raúl Zaffaroni argentino, não pôde participar do julgamento, conforme ao disposto no inciso 1 do artigo 19 do Regulamento da Corte. Contudo, cabe assinalar

37 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 201.

que esteve entre os juízes que redigiram a opinião consultiva 23/17, a mesma que como já foi dito serve de guia no caso contencioso sob estudo, pelo que a sombra daquele egrégio juiz é palpável naquela decisão, tendo o seu pensamento uma grande influência nos raciocínios que permitem aos juízes trazerem uma proteção à natureza dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No caso que nos interessa, três práticas geradoras de uma degradação substântiva do meio ambiente são apontadas pelos requerentes: a tala ilegal de floresta, o sobrepastoreio dos bovinos, e o fato de os moradores não indígenas (*criollos*) colocarem cercas no território dos indígenas³⁸. As vítimas, através dos seus representantes, denunciaram que devido ao anterior, ocorreu uma perda de fauna silvestre, já que a tala provoca desaparecimento do seu alimento, além de as cercas dos *criollos* impedirem a passagem natural dos animais, causando uma significativa redução da população animal, que aliás, tradicionalmente, servem de comida aos povos.³⁹ Ressalta na apresentação dos fatos a forte interdependência entre povo indígena e natureza: os impactos sobre aquela causam diretamente afetações sobre os primeiros. Por enquadrarem perfeitamente no seu meio ambiente, o seu modo de vida é particularmente sensível e vulnerável em frente de qualquer variação naquele.

No que diz respeito à via para invocar a violação do direito ao meio ambiente sadio, merece especial destaque o raciocínio da Corte IDH. Em primeiro lugar, cabe assinalar a importância do artigo 29 da CADH, pela potência do princípio de interpretação que abriga: o princípio *pro persona*. É por mérito do seu uso que a Corte desenvolve uma argumentação que permite a invocação diante dela da violação ao direito ao meio ambiente sadio, com base em uma interpretação evolutiva de um texto que não faz ao longo dos seus 82 artigos nenhuma menção expressa ao meio ambiente.

Assim, a Corte parte do fato de o artigo 26 da CADH fazer uma referência às "normas económicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos".⁴⁰ Em seguida, observa que dita Carta estabelece nos seus artigos 30, 31, 33 e 34 uma obrigação para os Estados de atingir o desenvolvimento integral dos seus povos. Logo depois, e usando como alicerce a concepção em vigor no âmbito das Nações Unidas e o estreito vínculo entre proteção do meio ambiente e direitos humanos, destaca que a proteção do meio ambiente é justamente uma das três dimensões do conceito de desenvolvimento integral, junto com o desenvolvimento económico e o desenvolvimento social.

Desse modo, é a inclusão da proteção do meio ambiente na Carta da OEA por meio do conceito de desenvolvimento integral, unida à remissão que faz a CADH no seu artigo 26 as normas económicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura da citada Carta, que permite tornar o direito ao meio ambiente sadio invocável com

38 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 187.

39 *Ibidem*, *loc.cit.*

40 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969 na Cidade de São José, Costa Rica, e entrada em vigor em 18 de julho de 1978, artigo 26.

base na CADH. Esse é o raciocínio que usou a Corte na opinião consultiva 23/17⁴¹, e que foi retomado no caso contencioso em comento.⁴²

Assim, o artigo 26 do citado tratado, apesar do seu caráter de intruso em um texto focado quase exclusivamente nos direitos de primeira dimensão – os chamados direitos-liberdades –, abre uma brecha que permite aos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA, dos quais faz parte o direito ao meio ambiente sadio) se imiscuírem no diploma legal e serem protegidos. Aliás, esse procedimento constitui um meio que a Corte encontrou para sobrepular a falta de efeito direto – ou seja de invocabilidade pelos particulares diante da Corte IDH – e consequente fraqueza jurídica do direito ao meio ambiente sadio consagrado no artigo 11 do Protocolo de São Salvador.⁴³

Em seguida, é o conteúdo que os juízes regionais dão ao direito ao meio ambiente sadio que resulta particularmente interessante. Com efeito, a Corte retoma a dimensão autônoma daquele direito,⁴⁴ cujo conteúdo foi definido na referida opinião consultiva 23/17, nos seguintes termos:

"Essa Corte considera importante ressaltar que o direito ao meio ambiente sadio como direito autônomo, à diferença de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, tais como florestas, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, inclusive em ausência de certeza ou evidência quanto ao risco para as pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não somente por sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que sua degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou a integridade pessoal, mas por sua importância para os demais organismos vivos com quem partilhamos o planeta, também merecedores de proteção em si mesmos. Nesse sentido, a Corte nota uma tendência a reconhecer personalidade jurídica e, por conseguinte, direitos à natureza não só em sentenças judiciais, porém também em ordenamentos constitucionais"⁴⁵.

Cabe ressaltar que em nota de rodapé, como exemplo de ordenamentos constitucionais que demonstram a citada tendência, fala justamente do preâmbulo da Constituição da Bolívia, do artigo 33 da mesma e do artigo 71 da Constituição

41 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos, parágrafos 52 a 57. Para tomar conhecimento das perguntas feitas por Colômbia à Corte na ocasião da presente opinião, ver p.5-6 daquela consulta.

42 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 202.

43 Protocolo de São Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinado em São Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988 e entrado em vigor em 16 de novembro de 1999, estabelece no seu artigo 11 o seguinte: "Direito ao meio ambiente sadio 1. Toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente são e a contar com serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente." Contudo, e conforme o disposto pelo inciso 6 do seu artigo 19, apenas o direito dos trabalhadores a organizar sindicatos e o direito à educação podem ser objeto de uma petição individual e quando proceder ser invocados diante da Corte IDH.

44 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020, no seu parágrafo 203 faz um resumo dos contornos daquela dimensão, tal como os estabeleceu na opinião 23/17: "afirmou nessa oportunidade que o direito a um meio ambiente são constitui um interesse universal, e é um direito fundamental para a existência da humanidade, e que como direito autônomo protege os componentes do ambiente, tais como floresta, mares, rios e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, inclusive em ausência de certeza ou evidência sobre o risco para as pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza, não só pela sua utilidade ou efeitos a respeito dos seres humanos, mas pela sua importância para os outros organismos vivos com quem partilha o planeta".

45 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos, parágrafo 62.

do Equador. Assim, para efeitos de fundamentar uma interpretação autônoma em relação com o ser humano do direito ao meio ambiente sadio, e com vistas a proteger o mais efetivamente possível a natureza, a Corte se fundamenta nas 2 Constituições da região que encarnam por excelência o Novo Constitucionalismo Latino-americano e que, portanto, contêm as disposições mais progressistas quanto à extensão da esfera de consideração para além da pessoa humana. Isso demonstra que os princípios e as ideias basilares do Novo Constitucionalismo Latino-americano, em especial no que diz respeito a sua característica mais inovadora – o reconhecimento do valor intrínseco de entidades não humanas – permeiam o raciocínio dos juízes da Corte IDH, a qual enriquece o seu conteúdo e lhes providencia força jurídica a nível regional.

Destarte, observamos que essa interpretação do direito humano ao meio ambiente sadio tem o atrevimento de ir bem além do humano e de abranger muito mais do que o meio ambiente. O bem protegido pela norma não pertence mais ao humano, porém sim a entidades não humanas. Ainda, o fito daquele direito não é simplesmente a proteção do meio ambiente, é a sua proteção e aquela da natureza. Se visa proteger todos os organismos vivos através da natureza, pois aquela noção é mais abrangedora do que o meio ambiente, que exclui tradicionalmente os animais domésticos do seu âmbito. Quando a proteção do meio ambiente costuma incluir apenas o animal selvagem considerado como membro de uma ou outra espécie e não de forma individual, a natureza tem esse caráter infinitamente mais holístico que permite trazer uma proteção a qualquer entidade viva.

Vemos se aproximar a possibilidade do reconhecimento explícito da natureza, da Pacha Mama, como sujeito de direito, por ser também o lugar onde a vida nasce e se reproduz, onde vivem outros seres vivos que merecem proteção por si mesmos também. Retomando a divisão utilizada pelo Professor Zaffaroni no seu livro "La Pachamama y el humano" entre ecologia ambientalista e ecologia profunda⁴⁶, os juízes demonstram uma clara preferência para a segunda, ao tenderem em direção a tornar a natureza e os seus elementos titulares de direito.

Assim, a natureza é protegida dobramente naquela decisão: primeiro de forma indireta, partindo da vontade de proteger as comunidades indígenas, cujo bem estar está estreitamente vinculado à ideia de equilíbrio entre os diferentes componentes da natureza (incluindo-se a eles nela), e cuja visão do mundo a Corte busca levar em consideração e salvaguardar desde há muito tempo, como o demonstra a seguinte referência a decisão Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, de 17 de junho de 2005:

"A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituída a partir de sua estreita relação com os seus territórios tradicionais e os recursos que lá se encontram, não só por ser estes seus principais meios de

46 ZAFFARONI EUGENIO RAUL, *La Pachamama y el humano*, 1ª Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011, p.69.

subsistência, mas além disso porque constituem um elemento integrante da sua cosmovisão, religiosidade e, finalmente, da sua identidade cultural".⁴⁷

Essa perspectiva foi retomada na opinião 23/17:

"É necessário tomar em conta a conexão intrínseca que os integrantes dos povos indígenas e tribais têm com seu território. É preciso proteger esta conexão, entre o território e os recursos naturais que tradicionalmente usaram e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural e para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, a efeito de garantir que possam continuar vivendo seu modo de vida tradicional e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintivas sejam respeitadas, garantidas e protegidas pelos Estados"⁴⁸.

No mesmo sentido, na decisão Lhaka Honat também os juízes levam plenamente esse laço em consideração, destacando os principais textos internacionais que têm disposições visando a proteger o meio ambiente dos povos indígenas, tal como a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, e ressaltando o fato de "o vínculo dos membros da comunidade com os seus territórios" resultar "fundamental e inescindível para sua sobrevivência alimentaria e cultural"⁴⁹. Assim, a proteção dos povos indígenas implica necessariamente a salvaguarda da natureza que os rodeia, pois qualquer afetação àquela é uma ofensa ao povo indígena.

Por outro lado, observamos uma aproximação do raciocínio da Corte com a cosmovisão dos povos indígenas, quando do outorgamento de valor próprio ao meio ambiente e à natureza, agora não para proteger os povos indígenas, dos quais a argumentação se desprende, mas para a preservação da natureza por si mesma com base no seu valor intrínseco, para a sua proteção de forma direta. Deste modo, é a proteção, e além disso a inclusão do pensamento indígena no raciocínio da Corte IDH que permite e gera a ampla salvaguarda da natureza.

Nesse sentido, comparando a cosmovisão indígena com as religiões monoteístas, a egrégia antropóloga argentina Rita Segato ressalta que a divindade monoteísta surge de forma independente, autônoma. Ela aparece do vazio, do nada, e em seguida cria tudo o resto. O fato de o Deus ter uma geração própria, explica a autora, implica a sua não independência em relação com o existente, implica o Deus continuar a existir, isso embora tudo o vivo e o mundo se acabarem, embora ninguém mais acreditar nele.

Ao oposto dessa visão, no mundo pachamâmico, a Professora frisa que não é nada assim, pois o que ocorre é uma co-geração de todos os elementos que constituem o mundo – terra, água, ar e sol –. Existe nessa cosmovisão uma total reciprocidade entre os componentes da natureza, da qual é parte o ser humano, uma interdependência,

47 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**, Sentença de 17 de junho de 2005, parágrafo 135.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos, parágrafo 169.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 252.

que esta no cerne da sua visão. Cada elemento precisa do outro, há uma interrelação que faz com que não há futuro sem o outro. Acrescenta que o outro, no mundo monoteísta e em especial na Igreja, é visto como um problema, havendo a necessidade da sua tradução, da sua incorporação ou destruição, pois apenas pode haver uma so visão válida do mundo e portanto é preciso unificá-lo⁵⁰.

Esses elementos podem servir de chaves para entender melhor porque o ocidente tem tantas dificuldades para encontrar um paradigma jurídico que integre a consciência da interdependência com a natureza e a sua decorrente proteção, enquanto a América Latina já possui o arcabouço teórico para outorgar direitos a entidades vivas não humanas.

Assim, graças àquela interpretação sobremaneira extensiva do direito ao meio ambiente sadio, assim como a técnica que consiste em deduzir direitos a partir de outros direitos – tal como ocorreu na decisão contenciosa em comento a respeito do direito a água, que decorre segundo a Corte dos direitos que advêm das normas da Carta da OEA⁵¹ - podemos esperar que num futuro os juízes americanos reconheçam direitos aos elementos da natureza, em especial aos animais não humanos, abordando-os antes de forma individual do que de forma coletiva como o faz tradicionalmente o viés do direito ambiental.

Destarte, estamos a presenciar a nível regional o que Nuria Beloso Martin chamou de "virada biocêntrica", ao falar das Constituições do Equador e da Bolívia. Nessa tessitura, faz plenamente sentido a asseveração de Álvaro Aragon, Alejandro Sahui e Isabel Wences, quando afirmam que

"Os casos contenciosos, as medidas provisórias e os pareceres consultivos dos juízes (da CIDH, N.A) constituem um elemento primordial na conformação das características do denominado novo constitucionalismo latino-americano e de alguns dos seus temas, concepções e valores fundamentais".⁵²

A modo de conclusão do corpo da presente pesquisa, ressaltamos que é particularmente relevante seguir as evoluções e inovações dos juízes americanos em matéria de proteção do meio ambiente e da natureza, posto que o continente americano se encontra na vanguarda em termos de reconhecimento da titularidade de direitos a entidades vivas não humanas, e poderia servir de guia nesse âmbito a outras regiões do mundo que constatarem com cada vez mais preocupação os impactos dramáticos da degradação ambiental causada pelas atividades humanas.

50 SEGATO, Rita, **Patriarcado, extractivismo y la cosificación de la vida**, Centro Cultural Kirchner, palestra dada dentro da Cerimônia de fecho do conjunto de atividades que tiveram lugar no marco do "Proyecto Ballena" entre os dias 21 e 24 de outubro do ano 2021 na Cidade Autônoma de Buenos Aires. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=O1QEQvX1KGO>, acesso em 10 de dezembro de 2022.

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Comunidades Indígenas miembros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020, assinala parágrafo 222 que "o direito à água se encontra protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana. Isso se desprende das normas da Carta da OEA, em tanto das mesmas decorrem direitos dos quais por sua vez se desprende o direito à água". Acrescentando em nota de rodapé que "esse Tribunal já com anterioridade tem adotado decisões sobre a base de advertir a existência de direitos a partir do conteúdo de outros que urgem de textos convencionais aplicáveis".

52 Álvaro Aragon, Alejandro Sahui and Isabel Wences. Jueces en democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*. Vol. 17(42):9-15. DOI: 10.29092/uacm.v17i42.733, p.9.

Esperemos em particular que, impulsionados por aquele medo evocado por Eugenio Raúl Zaffaroni diante "do perigo que corre nossa sobrevivência planetária"⁵³, ocorra finalmente o encontro mencionado pelo jurista argentino, entre Gaia e a Pacha Mama, "entre uma cultura científica que se alarma e outra tradicional que já conhecia o perigo que hoje lhes anunciam, assim como a sua prevenção, e inclusive o seu remédio"⁵⁴.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como o pudemos observar, os juízes americanos são particularmente sensíveis aos valores e aspirações do Novo Constitucionalismo Latino-americano. O objetivo da presente pesquisa foi justamente por a ênfase sobre a influência daquela nova corrente do constitucionalismo contemporâneo sobre a atividade da multicidada Corte. Em especial, e mediante o estudo da decisão Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, nos centramos nas manifestações na argumentação da Corte da característica mais desordeira do NCL em relação com as outras formas de constitucionalismo: a extensão da esfera de consideração para além do ser humano.

Temos podido confirmar o que se avançou na introdução desse trabalho, no sentido de que os juizes regionais do continente americano acolhem amplamente as teses do Novo Constitucionalismo Latinoamericano, em especial no que diz respeito à extensão da esfera de consideração para além do humano, utilizando como propulsor dessa nova perspectiva o pensamento indígena.

Aquela corrente, que se distingue pelo afã por uma reintrodução do povo nos processos decisórios e por mais inclusão – dando seu lugar na Constituição a partes isoladas e marginalizadas da população – tem finalmente a sua característica mais radical nesse reconhecimento do valor próprio de entidades não humanas. Se os dois primeiros traços não constituem rupturas radicais com o pensamento europeu e americano, já que a matriz ideológica da democracia participativa, como já foi dito, pode ser encontrada em pensadores europeus do século XVIII, e que a maior inclusão constitucional para integrar partes cada vez mais amplas da população constitui também uma evolução que vem-se manifestando historicamente nos países ocidentais, é a terceira feição que marca uma verdadeira virada em relação com o paradigma em vigor nos direitos ocidentais. É aí onde o relacionamento constitucional entre América latina e os países ocidentais, que desde há 200 anos consiste para a primeira na importação de conceitos vindos dos segundos, pode-se transformar em um intercâmbio de verdade, com um diálogo e uma aprendizagem mútuos.

Nesse teor, esse último traço se expressa dentro da atividade da Corte IDH quase exclusivamente em casos envolvendo a violação de direitos dos povos

53 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **ÉTICA HUMANA Y ANIMALES DOMÉSTICOS NO HUMANOS**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 16, nov. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/363>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

54 ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, **La Pachamama y el humano**, 1ª Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011, p.145.

indígenas. A profunda consciência naquelas comunidades da interdependência do humano com a natureza, e a conseqüente existência de cosmovisões que fomentam a preservação dos equilíbrios naquela, cria as condições favoráveis a adoção de decisões particularmente progressistas e criativas pela Corte em matéria de proteção ao meio ambiente e a natureza, quando ditos povos estão envolvidos. Através de uma interpretação bastante criativa do direito ao meio ambiente sadio, a Corte consegue abranger todo o vivo, sem fazer distinção nenhuma sobre a situação de cada um deles em relação com o humano, em especial sem fazer menção do seu caráter silvestre ou doméstico.

Nessa tessitura, podemos esperar que a Corte IDH siga com a sua jurisprudência, mostrando a via a suas irmãs europeias e africanas, e crie a partir dos direitos existentes novos direitos em benefício de entidades não humanas, realizando desta maneira os ideais do Novo Constitucionalismo Latino-americano, e tornando-as por fim verdadeiros sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS

Álvaro Aragón, Alejandro Sahuí and Isabel Wences. Jueces en democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*. Vol. 17(42):9-15. DOI: 10.29092/uacm.v17i42.733, p.9.

COSTA SILVA Thiago Henrique, DA CRUZ GONCALVES NETO João, **Novo Constitucionalismo latino-americano: um constitucionalismo do futuro?** Revista Brasileira de Filosofia do Direito | e-ISSN: 2526-012X | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 60 – 81 | Jan/Jun. 2017, p.70.

GARGARELLA, Roberto **Recuperar el lugar del "pueblo" en la Constitución**, em **Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, nº295.

MARQUES FRANÇA TAVARES, Adriani, STIVAL MORATO, Mariane, DUTRA E SILVA, Sandro, Marques França, **A Restrita Jurisprudência Ambiental da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Possíveis Inovações sobre Proteção Ambiental Urbana**, Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.17 n.37 p.241-262, Janeiro/Abril de 2020.

RICHTER, Daniela, AITA, Dimitri, **O constitucionalismo latino americano e a Pacha Mama como sujeito de direito: o reconhecimento da água como direito humano**, Trabalho Selecionado no marco da 10ª Jornada de Pesquisa e a 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da Universidade Metodista de Santa Maria, apresentado em 26 de abril de 2016.

SALAZAR UGARTE, Pedro, **El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)**, em **El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo**, Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México.

WOLKMER, Antonio Carlos, MÂNICA RADAELLI, Samuel, **Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización**, DERECHOS Y LIBERTADES, Número 37, Época II, junio 2017, pp. 31-50.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **ÉTICA HUMANA Y ANIMALES DOMÉSTICOS NO HUMANOS**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 16, nov. 2016. ISSN 1677-1419.

JURISPRUDÊNCIA:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentença de 17 de junho de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentença de 23 de novembro de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, de 25 de novembro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso **Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina**, decisão de 6 de fevereiro de 2020.

LIVROS:

GILLY, Adolfo, **La Revolucion Interrumpida**, Primeira Edição, México, D.F, "El Caballito D.F", 1971.

ZAFFARONI EUGENIO RAUL, **La Pachamama y el humano**, 1º Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011.

Carta da organização dos estados americanos, adotada em 2 de maio de 1948 em Bogotá, na Colômbia.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969 na Cidade de São José, Costa Rica, e entrada em vigor em 18 de julho de 1978.

Protocolo de São Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinado em São Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988 e entrado em vigor em 16 de novembro de 1999.

Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009.

EQUADOR, Constituição, em vigor desde o 20 de outubro de 2008.

BRASIL, Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988.

BOLÍVIA, Constituição, vigente desde o 7 de fevereiro de 2009.

BOLÍVIA, Ley N°071 "Ley de derechos de la madre tierra", aprovada em 21 de dezembro de 2010.

MÉXICO, Constituição, entrada em vigor em 5 de fevereiro de 1917.

SITES INTERNET:

Sítio internet da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#:~:text=La%20Corte%20Interamericana%20ejerce%20una,funci%C3%B3n%20de%20dictar%20medidas%20provisionales, acesso em 03 de dezembro de 2022.

ABREVIações

Comissão IDH= Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CADH= Convenção Americano de Direitos Humanos

Corte IDH= Corte Interamericana de Direitos Humanos

DESCA= Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais

NCL= Novo Constitucionalismo latino-americano

OEA= Organização de Estados Americanos

SIDH= Sistema Americano de Direitos Humanos

A NEW LOOK ABOUT SOCIALLY DOMINANT TAX DISCOURSES UM NOVO OLHAR SOBRE DISCURSOS TRIBUTÁRIOS SOCIALMENTE DOMINANTES

artigos
científicos

Leonardo Barbosa Romeo D'Oliveira Santos ¹

¹Mestrando pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado e consultor jurídico.
leonardo@sbradv.com.br

Recebido/Received: 16.12.2022/ December 16th, 2022.
Aprovado/Approved: 08.02.2023/ February 8th, 2023.

RESUMO

O artigo examina dois discursos tributários socialmente dominantes. A partir de reflexões de René Descartes, erigidas como marco teórico pelo autor, o ensaio investiga se a tributação é o grande instrumento de combate à desigualdade, analisando especificamente o papel do imposto sobre grandes fortunas para este desiderato. O artigo analisa a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre posições socialmente aceitas, alçadas a dogmas inabaláveis, a fim de se permitir a construção de um conhecimento livre e espontâneo.

Palavras-chave: Discursos. Desigualdade. Combate. Tributação. Imposto sobre grandes fortunas.

ABSTRACT

The article examines two socially dominant tax discourses. Based on reflections by René Descartes, erected as a theoretical framework by the author, the essay investigates whether taxation is the great instrument for combating inequality, specifically analyzing the role of the tax on large fortunes for this desideratum. The article analyzes the need for a more in-depth study of socially accepted positions, raised to unshakable dogmas, in order to allow the construction of free and spontaneous knowledge.

Keywords: Discourses. Inequality. Combat. Taxation. Tax on big fortunes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. TRIBUTAÇÃO E O COMBATE À DESIGUALDADE; 2. IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS; 3. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A fim de elaborar um método para edificar as ciências, René Descartes, ainda em 1637, sugere que o estudioso negue absolutamente tudo ao seu alcance durante a produção de conhecimento. Em sua visão, apenas assim é possível a construção de

um pensamento autêntico e científico, dissociado de práticas, costumes e discursos socialmente aceitos.

Na obra "Discurso do método", René Descartes¹ afirma que estudiosos fazem especulações que não produzem efeito algum e que apenas proporcionam vaidade. Em autobiografia intelectual, confessa que "não podia escolher ninguém cujas opiniões me parecessem dever ser preferidas às de outrem, e achava-me como compelido a tentar eu próprio conduzir-me"². Por este motivo, decide "fazer de conta que todas as coisas que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos"³.

A partir dos ensinamentos de René Descartes, este ensaio propõe um novo olhar sobre posições socialmente aceitas, alçadas a dogmas inabaláveis, a fim de se permitir a construção de um conhecimento livre e espontâneo. Sem pretensão de esgotar o tema, mas na tentativa de provocar o debate na academia, o ensaio investiga se a tributação é o grande instrumento de combate à desigualdade, analisando especificamente o papel do imposto sobre grandes fortunas para este desiderato. Reconhecendo a forte regressividade da tributação existente no Brasil e a preocupante desigualdade que atrasa o país, o artigo vislumbra examinar discursos tributários socialmente dominantes, reconhecendo que algumas retóricas idealistas prestam um desserviço à concretização de um sistema tributário mais justo e eficiente.

Respeitando-se fartos posicionamentos em sentido contrário, este breve ensaio é apenas um convite à reflexão, mesmo que seja para discordar do autor.

1. TRIBUTAÇÃO E O COMBATE À DESIGUALDADE

Para Ronald Dworkin⁴, a distribuição de riquezas na sociedade é fruto do ordenamento jurídico. Contudo, adverte que não são apenas as leis que regem a propriedade e as relações para a sua aquisição que estabelecem a distribuição de riquezas, mas também as normas fiscais e políticas. Deste modo, em sua visão, é possível, por meio do sistema tributário, a redistribuição de riquezas na sociedade.

Liam Murphy e Thomas Nagel⁵ acompanham Ronald Dworkin, compreendendo o sistema tributário como o meio mais eficiente de combate à desigualdade. Assim também entendem outros doutrinadores, como Thomas Piketty, para quem "o instrumento privilegiado da redistribuição pura é a redistribuição fiscal, que, por meio das tributações e transferências, permite corrigir a desigualdade das rendas"⁶,

1 DESCARTES, René. **Discurso do Método (Col. Os Pensadores)**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. Prefácio e notas de Gérard Lebrun. Introdução de Gilles-Gaston Granger. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 33.

2 Idem, p. 36.

3 Idem, p. 46.

4 DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. "Introdução: A Igualdade é importante?", p. 10.

5 Observe-se: "em princípio, os níveis de riqueza podem ser ajustados por meio de outros aspectos do sistema jurídico, mas o meio mais eficiente é sem dúvida o código tributário". MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 155-156.

6 PIKETTY, Thomas, **A Economia da Desigualdade**. 1ª ed. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 85.

e Ricardo Lodi Ribeiro, segundo o qual "a tributação das altas rendas e patrimônios constitui uma forma de fazer dos ricos um pouco menos ricos, o que acaba por assegurar uma maior igualdade social"⁷.

Não entende de maneira distinta Evilásio Salvador. Em estudo sobre a desigualdade no Brasil a partir da análise de dados obtidos nas declarações de imposto de renda transmitidas no período entre 2007 a 2013, Evilásio Salvador⁸ conclui que a tributação é um dos melhores instrumentos de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais.

Reconhecendo o mérito e a autoridade de todos aqueles que compreendem a tributação um grande instrumento de combate à desigualdade, mas afastando estes posicionamentos socialmente aceitos da condição de verdades absolutas, na esteira do quanto proposto por René Descartes para a produção de um conhecimento jurídico autêntico⁹, ousa-se discordar. Os estudiosos e o discurso socialmente dominante sobre a tributação como instrumento de combate à desigualdade olvidam que a tributação, assim como uma moeda, possui dois lados totalmente intrínsecos e vinculados: a receita oriunda da tributação e o seu respectivo gasto.

A tributação acentuada dos mais socialmente favorecidos, dissociada do correto gasto dos frutos desta tributação, não alterará o panorama da desigualdade, tampouco promoverá a distribuição de riqueza na sociedade. Sem políticas públicas capazes de permitir os verdadeiros investimentos sociais necessários à superação da desigualdade, observar-se-á apenas uma maior tributação e arrecadação fiscal, cujo produto pode ser destinado a finalidades das mais diversas - inclusive ilegítimas. E tratando-se da realidade brasileira, caracterizada pela existência de um Estado historicamente ineficiente, estas conclusões revelam-se inquietantes.

Qual seria o retorno social de uma tributação de IRPF que pode chegar no patamar de 50,7% na Dinamarca se o Estado dinamarquês não gozasse de um extenso programa de políticas públicas que, atualmente, asseguram ao cidadão mais carente serviços básicos e de excelência, permitindo o desenvolvimento humano e social¹⁰? A tributação de 50,7% a título de IRPF na Dinamarca, e apenas esta tributação, permitiria que aquele país combatesse à desigualdade? O estudo do retorno do gasto público e sua eficiência permite concluir que o gasto de qualidade, e não a tributação considerada de forma estanque, é que detém a capacidade de verdadeiramente impactar a realidade dos menos favorecidos¹¹.

7 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil**. RFPTD, v. 3, n.3, 2015, p. 8.

8 SALVADOR, Evilásio. **Perfil da desigualdade e da injustiça tributária com base nos declarantes do imposto de renda no Brasil 2007-2013**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC, 2016, p. 8.

9 DESCARTES, René. **Discurso do Método (Col. Os Pensadores)**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. Prefácio e notas de Gérard Lebrun. Introdução de Gilles-Gaston Granger. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 33, 36 e 46.

10 Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, recomenda-se: KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Políticas sociais sob a perspectiva do Estado do Bem-Estar Social: desafios e oportunidades para o "catching up" social brasileiro**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento, 2011. Disponível em: <<http://cede.uff.br/wp-content/uploads/sites/251/2021/04/TD-034-KERSTENETZKY-C.-2011.-Políticas-sociais-sob-a-perspectiva-do-Estado-do-Bem-Estar-Social.-Desafios-e-oportunidades-para-o-catching-up-social-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

11 AFONSO, A.; SCHUKNECHT, L.; TANZI, V. **Public sector efficiency: evidence for new EU members states and emerging markets**. European Central Bank. Working Paper n. 581, 2006. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp581.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

Na Dinamarca, a alta tributação dos mais favorecidos, associada ao correto destino destes recursos (segundo lado da moeda), permite a construção de uma sociedade menos desigual. Alguns dados obtidos em estudo realizado por Celia Lessa Kerstenetzky são relevantes, como aqueles que versam sobre o percentual de população sob risco de pobreza depois das transferências sociais realizadas pelos países europeus. Estima-se que 16% da população da União Europeia ainda se submete à pobreza depois das transferências sociais realizadas pelos Estados, ao passo que na Dinamarca este percentual é de apenas 12%¹². Não é apenas a tributação dos mais favorecidos que permite esta condição, mas, primordialmente, o correto destino do produto de sua arrecadação.

Outro dado fornecido por Celia Lessa Kerstenetzky é o gasto do Estado dinamarquês com a ativação do mercado de trabalho, comparando-o ao gasto de outros países, como a França, os Estados Unidos e o Brasil. A Dinamarca, em 2007, destinou 1,3% de seu PIB com políticas de ativação do mercado de trabalho, incentivando a criação de empregos. O Brasil, por outro lado, apenas destinou 0,02% de seu PIB no mesmo período¹³. A disparidade é evidente e representa escolhas políticas distintas de cada Estado em relação ao gasto público.

Além de dispêndios equivocados pelo Estado, o nível de eficiência do gasto público brasileiro é muito baixo em uma comparação internacional. Estudos capitaneados pela Secretaria do Tesouro Nacional no ano de 2015 são esclarecedores, demonstrando que o nível de eficiência do gasto público brasileiro, em diferentes abordagens de mensuração, é inferior à média internacional e também à média dos países que compõe a América Latina. Nesse sentido, apesar do montante dos dispêndios públicos em saúde, 93,8% dos municípios brasileiros apresentaram nota abaixo da média em relação ao Desempenho do Sistema Único de Saúde (IDSUS) de 2011. De igual sorte, em relação à educação, do total de municípios do Brasil, 5.490 tiveram avaliação auferida pelo Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) em 2013 e, destes, 34% obtiveram notas menores que 4 (1.845 municípios)¹⁴.

Se o produto da arrecadação tributária brasileira não é aplicado de maneira eficiente e ainda está associado ao custeio de políticas públicas que não garantem direitos básicos aos cidadãos, entende-se que a tributação não se conforma o melhor instrumento de combate à desigualdade, mesmo que praticada de forma acentuada nos mais ricos e assegure um aumento na arrecadação. O incremento da tributação dos mais favorecidos, apenas aparentemente e em termos teóricos, irá reduzir a desigualdade por "fazer dos ricos um pouco menos ricos"¹⁵ e aumentar as receitas dos cofres públicos. Todavia, considerado em termos isolados, este incremento

12 KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Políticas sociais sob a perspectiva do Estado do Bem-Estar Social: desafios e oportunidades para o "catching up" social brasileiro**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento, 2011, p. 15. Disponível em: <<http://cede.uff.br/wp-content/uploads/sites/251/2021/04/TD-034-KERSTENETZKY-C-2011.-Políticas-sociais-sob-a-perspectiva-do-Estado-do-Bem-Estar-Social-Desafios-e-oportunidades-para-o-catching-up-social-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

13 Idem, p. 32.

14 BENÍCIO, Alex Pereira; RODOPOULOS, Fabiana M. A.; BARDELLA, Felipe Palmeira. **Um retrato do gasto público no Brasil: por que se buscar a eficiência**. In BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana. Avaliação da Qualidade do Gasto Público e Mensuração da Eficiência. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015, p. 44.

15 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil**. RFPTD, v. 3, n.3, 2015, p. 8.

não solucionará a desigualdade que aflige o Brasil, já que fazer dos ricos um pouco menos ricos não tornará os mais pobres menos pobres, ao passo que o acréscimo de arrecadação tributária não necessariamente será revertido na execução de políticas públicas que combatam a desigualdade.

Na verdade, a tributação mais acentuada dos mais favorecidos apenas servirá como amparo do discurso retórico e idealista de tributação dos mais ricos em favor dos mais pobres, como se a tributação dos mais ricos automaticamente provocasse uma melhoria da condição de vida dos mais pobres. Este discurso, mais amparado por concepções ideológicas socialmente dominantes do que fundado em reflexões livres e espontâneas, embaraça o que deve ser descortinado: a má aplicação dos recursos públicos, associada à ineficiência do Estado em tutelar os direitos básicos dos cidadãos.

Não se busca, por meio deste artigo, defender que os mais socialmente favorecidos não devem sofrer uma maior tributação em comparação aos mais necessitados. De forma alguma: a tributação progressiva precisa ser buscada e alcançada, de modo que os mais ricos necessitam se submeter ao maior ônus do poder de tributar do Estado. Por representarem maior capacidade contributiva, devem ser mais tributados¹⁶. Isto é claro e deve ser perseguido. Contudo, o discurso retórico e socialmente aceito de tributar, e simplesmente tributar, os mais ricos em favor dos mais pobres olvidando da aplicação dos recursos desta tributação, presta um desserviço ao combate às desigualdades. O cerne do combate à desigualdade não está na tributação, mas na aplicação adequada dos recursos angariados, com a execução de políticas públicas acertadas por um Estado eficiente.

É o que defende Hugo Machado de Brito:

Infelizmente, na prática, o gasto público geralmente é objeto de péssima gestão, quase sempre desatenta à solidariedade social, verificando-se com enorme frequência o desperdício e a corrupção, de tal sorte que, por maior que seja a arrecadação, os recursos públicos são sempre insuficientes. E isto enfraquece a ideia de solidariedade como fundamento da cobrança do tributo, pois os contribuintes se sentem enganados pelos governantes ao perceberem que a solidariedade não passa de um pretexto para a cobrança do tributo. A rigor, portanto, até para que a solidariedade social possa funcionar como fundamento para a instituição e cobrança do tributo, é importante que ela esteja presente no gasto público, que há de ser realizado com seriedade e tendo em vista sobretudo as necessidades dos mais pobres.¹⁷

Na mesma linha aponta José Roberto Afonso, para quem maior tributação e gasto público não garantem menos desigualdade. Em sua visão, "quantidade não é tudo, é preciso cuidar também da qualidade da tributação e do gasto público"¹⁸.

16 Art. 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

17 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47.

18 AFONSO, José Roberto R. **Fisco e equidade no Brasil**, 2010, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.obela.org/system/files/Equidad%20y%20Fisco%20en%20Brasil.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2022.

Sobre o tema, observe-se o seguinte: a arrecadação das receitas federais atingiu, em abril de 2022, o valor de R\$ 195 bilhões, registrando um acréscimo real, calculado pelo IPCA, de 10,94% em relação ao mês de abril de 2021. Entre janeiro a abril de 2022, os cofres públicos angariaram R\$ 743,2 bilhões, o que constitui um acréscimo de 11,05%. Trata-se do melhor desempenho arrecadatário do mês de abril e do quadrimestre desde 2000¹⁹. Em contraposição à arrecadação histórica se encontra o nível de insegurança alimentar – eufemismo para fome e pobreza extremada – dos cidadãos brasileiros. De acordo com a pesquisa global Gallup efetuada, desde o ano de 2006 em cerca de 160 países, e analisada, no Brasil, pelo Centro de Políticas Sociais da FGV Social, pela primeira vez o Brasil superou a taxa média de insegurança alimentar global de 35%, tendo alcançado o patamar de 36%. Em 2014, quando a arrecadação não alcançou máximas históricas, a fome brasileira foi medida no montante de 17% pela Gallup²⁰ (menos da metade da taxa atual).

Os dados empíricos dispensam maiores elucubrações.

E mais: revelam a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre posições socialmente aceitas, alçadas a dogmas inabaláveis, a fim de se permitir a construção de um conhecimento livre e espontâneo²¹.

2. IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

A criação do imposto sobre grandes fortunas sempre foi alvo de polêmica.

Hoje, porém, há um discurso socialmente aceito de que o imposto sobre grandes fortunas deve ser instituído no Brasil e no mundo, já que potencialmente combate a desigualdade. É o que defende Evilásio Salvador, para quem a implementação do imposto sobre grandes fortunas, previsto na Constituição Federal de 1988 e ainda não regulamentado pelo Parlamento²², "pode ser uma oportunidade para a prática da justiça tributária, aplicando corretamente o princípio constitucional da capacidade contributiva, onerando o patrimônio dos mais ricos no país"²³.

No mesmo sentido aponta Sérgio Ricardo Ferreira Mota. Em ensaio específico a respeito do imposto sobre grandes fortunas no Brasil, Sérgio Ricardo Ferreira assevera que a instituição do referido imposto seria capaz de promover "maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país"²⁴.

19 RFB - Receita Federal do Brasil. **Análise da Arrecadação das Receitas Federais (abril/2022)**. Ministério da Economia. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/arrecadacao/2022/analise-mensal-abr-2022>>. Acesso em 27 mai. 2022.

20 CANZIAN, Fernando. **Fome dobra no Brasil em 7 anos e afeta mais as crianças**. Folha de São Paulo, São Paulo, 25 mai. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/05/fome-no-brasil-supera-media-global-e-atinge-mais-as-criancas.shtml>>. Acesso em: 27 mai. 2022.

21 Sobre o tema, observe-se o quanto aduzido por José Roberto Afonso: "é possível considerar que o debate brasileiro tem sido pobre e até mesmo interdito - e não apenas por agentes públicos, mas também por analistas que preferem o dogma e a ideologia ao invés da reflexão aberta e técnica" AFONSO, José Roberto R. **Fisco e equidade no Brasil**, 2010, p. 7. Disponível em: <<http://www.obela.org/system/files/Equidad%20y%20Fisco%20en%20Brasil.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2022.

22 O art. 153, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 confere à União Federal a competência para instituir imposto sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

23 SALVADOR, Evilásio. **Perfil da desigualdade e da injustiça tributária com base nos declarantes do imposto de renda no Brasil 2007-2013**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC, 2016, p. 44.

24 MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Editora MP, 2010, p. 164-165.

Em uma perceptiva global, Thomas Piketty assinala que o imposto sobre grandes fortunas reduz as fortunas e as desigualdades, possibilitando que a concentração de riqueza seja limitada e o retorno do capital privado seja menor do que o crescimento da riqueza dos Estados. Diante disto, o economista francês propõe a instituição do imposto sobre grandes fortunas com uma incidência anual de 0% para patrimônios inferiores a 1 milhão de euros, de 1% para aqueles entre 1 a 5 milhões de euros, de 2% para os valores além de 5 milhões de euros, bem como de 5 a 10% para os patrimônios acima de 1 bilhão de euros²⁵.

Thomas Piketty e suas obras tornaram-se fenômenos no meio político e na academia, apesar de ele próprio reconhecer que a defesa do imposto sobre grandes fortunas em uma escala global, denominado de imposto sobre o capital mundial, é uma utopia útil. Segundo entende, apesar de não ser visível em um futuro próximo, a concepção do imposto sobre o capital mundial deve ser perseguida como ideal.

Ousa-se, mais uma vez, discordar, utilizando os ensinamentos de Ricardo Varsano para iniciar algumas reflexões:

Não raro, idéias, aparentemente novas e brilhantes, são postas em prática sem que se saiba que, no passado, alguém já as teve e executou com maus resultados. É comum, também, que idéias efetivamente novas e aparentemente brilhantes se mostrem desastrosas na prática, posto que não se deu adequada consideração ao meio ou processo em que se inserem. O processo de evolução do sistema tributário ao longo de um século contém um grande número de ensinamentos que não convém apenas deixar guardados em gavetas de um arquivo histórico. Precisam estar vivos nas mentes dos que, por ofício ou circunstância, dedicam-se ao aprimoramento da tributação.²⁶

A fim de apurar a correção dos posicionamentos quanto à necessidade de instituição do imposto sobre grandes fortunas e o seu papel no combate à desigualdade, impõe-se uma análise histórica da experiência de sua instituição por parte de Estados nacionais. Olvidar desta análise histórica, como muitos fazem, é negar os ensinamentos que o passado reserva.

Em nota técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Pedro Humberto Bruno de Carvalho esclarece a experiência histórica e internacional a respeito do imposto sobre grandes fortunas, destacando o seguinte:

Após análise de vasta bibliografia, tomou-se conhecimento de que todos os países da Europa Ocidental adotam ou já adotaram o Wealth Tax, com exceção da Bélgica, Portugal e Reino Unido. (...) A partir da década de 1990 ele foi abolido na Áustria (1994), Itália (1995), Dinamarca, Alemanha (1997), Islândia (2005), Finlândia (2006), Suécia (2007), Espanha (2008) e Grécia (2009). Devido à crise fiscal e financeira que assolou diversos países europeus a partir de 2009, ele foi reintroduzido de maneira provisória na Islândia (2010) e Espanha (2011). Na Ásia, têm-se conhecimento que o

25 PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. 1ª ed. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 503.

26 VARSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas**. Texto para discussão nº. 405. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1996, p. 19.

Japão o adotou por um curto período de tempo (1950-3), a Índia o possui desde a década de 1950 e há experiências no Paquistão e Indonésia. Na África do Sul houve um debate para sua implementação no período pós Apartheid. Na América Latina o imposto está em vigor na Colômbia, Argentina (desde 1972) e Uruguai (desde 1991), com grande crescimento recente da arrecadação nesses três países.²⁷

Em relação aos países integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), apenas a Espanha, a Noruega e a Suíça atualmente cobram o imposto sobre grandes fortunas. É o que elucida o Núcleo de Tributação do Centro de Regulação e Democracia do Insper em recente pesquisa²⁸.

O Núcleo de Tributação do Centro de Regulação e Democracia do Insper, após vasto estudo, concluiu que o imposto sobre grandes fortunas vem recuando historicamente entre os países ricos da [Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico \(OCDE\)](#), ao passo que arrecada pouco onde existe. A título exemplificativo, os valores arrecadados com a tributação das grandes fortunas representam percentuais mínimos da arrecadação tributária total dos países, representando 0,5% da arrecadação tributária da Espanha, 1,1% da arrecadação tributária da Noruega e 3,9% da arrecadação tributária da Suíça (onde a tributação sobre grandes fortunas tem maior relevância no cenário internacional)²⁹.

As experiências históricas de outros países são um indicativo empírico de que o imposto sobre grandes fortunas não funciona como teoricamente idealizado:

- a. A progressividade na tributação, dissociada do gasto público eficiente, não garante a redução da desigualdade.
- b. O imposto sobre grandes fortunas afeta a taxa de poupança e de investimento, estimula o consumo imediato e, por conseguinte, reduz potencialmente o crescimento econômico.
- c. A valoração de diversos tipos de bens e direitos na tentativa de se computar o que se considera grande fortuna é difícil e incentiva o contencioso tributário.
- d. Há problemas de liquidez para se pagar o tributo.
- e. O potencial arrecadatório é baixo diante da base restrita de contribuintes, ao passo que envolve o gasto de altos custos administrativos para a cobrança.
- f. A base restrita de contribuintes é capaz de adotar planejamentos tributários internacionais para evitar a tributação ou até mesmo alterar o seu domicílio fiscal em um cenário de economia digital e global.
- g. Existem políticas fiscais mais eficientes no combate à desigualdade (redução da tributação indireta sobre o consumo e aumento das alíquotas progressivas de imposto de renda da pessoa física, por exemplo).

Em artigo sobre o tema, Ives Gandra Martins e Rogério Gandra Martins apontam

27 CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. Nota Técnica. **As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Rio de Janeiro: 2011, p. 15. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5755/1/NT_n07_Discussoes-regulamentacao-imposto_Dinte_2011-out.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2022.

28 INSPER. **Grandes fortunas, tributar ou não tributar?** Insper, 2021. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/imposto-sobre-grandes-fortunas-tributar-ou-nao-tributar/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

29 INSPER. **Relatório de pesquisa: imposto sobre grandes fortunas**. Insper, 2020, p. 16. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/06/Relat%C3%B3rio-Insper-IGFinternacional_enviado_12062020.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2022.

que "um tributo que recaia sobre riqueza acumulada sob o argumento de que os ricos devem pagar mais do que os pobres termina mais por afastar do que atrair investimentos"³⁰. Também alertam que é "falsa a redistribuição de riqueza, pois é a sociedade e não o Estado quem a redistribui, pois a produz na forma de bens, serviços, emprego, renda, consumo e patrimônio"³¹. E concluem que "essa modalidade de tributação afigura-se como técnica fiscal em pleno desuso na grande maioria dos países, demonstrando que seus resultados em prol da sociedade são mínimos ou inexistentes"³².

Olavo Nery Corsatto acompanha a mesma linha de entendimento:

Além das dificuldades concernentes à administração e à fiscalização do IGF, do risco de redução da poupança interna, do resultado insignificante da arrecadação e do perigo da fuga de capitais, o grande complicador prático da regulamentação do imposto é o critério de avaliação dos bens que compõem o patrimônio das pessoas físicas. Considera que a eficiência da tributação depende do grau de confiabilidade do levantamento do patrimônio do contribuinte e dos parâmetros de avaliação utilizados, porém há um grau de subjetividade muito grande no processo de avaliação. Com isso, os contribuintes seriam os mais prejudicados, tendo em vista que os projetos de lei complementar que tramitam no Congresso Nacional apontam que o imposto sobre grandes fortunas seria lançado por declaração.³³

A alta concentração de renda, a necessidade de justiça fiscal e a importância de uma arrecadação adicional aos Estados são questões que merecem ser enfrentadas pela academia e pela sociedade. Isto é indiscutível. Todavia, o enfrentamento não pode ocorrer a partir da reprodução de discursos socialmente aceitos, como aqueles que defendem a instituição do imposto sobre grandes fortunas pela necessidade de se tributar os mais ricos e aumentar as receitas dos cofres públicos, por simplesmente se acreditar, independentemente de uma análise histórica e empírica do assunto, que, com isto, a desigualdade social será combatida.

3. CONCLUSÃO

Reconhecendo o mérito e a autoridade de todos aqueles que compreendem a tributação um grande instrumento de combate à desigualdade, mas afastando estes posicionamentos socialmente aceitos da condição de verdades absolutas, conclui-se que a tributação acentuada dos mais socialmente favorecidos, dissociada do correto gasto dos frutos desta tributação, não alterará o panorama da desigualdade, tampouco promoverá a distribuição de riqueza na sociedade. Sem políticas públicas capazes de permitir os verdadeiros investimentos sociais necessários à superação da

30 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. **O imposto sobre grandes fortunas**. Valor Econômico, 2015. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2015/07/16/a987c79imposto_sobre_grandes_fortunas.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2022.

31 Idem.

32 Idem.

33 CORSATTO, Olavo Nery. **Imposto sobre Grandes Fortunas**. In: Revista de Informações Legislativas. Brasília/DF: Senado Federal, a. 37, n. 146, abr./jun. 2000, p. 98.

desigualdade, observar-se-á apenas uma maior tributação e arrecadação fiscal, cujo produto pode ser destinado a finalidades das mais diversas - inclusive ilegítimas.

O cerne do combate à desigualdade não está na tributação, mas na aplicação adequada dos recursos angariados, com a execução de políticas públicas acertadas por um Estado eficiente.

As experiências históricas de outros países são um indicativo empírico de que o imposto sobre grandes fortunas não funciona como teoricamente idealizado. Contudo, o debate quanto à sua instituição se revela interdito, no Brasil, por autoridades do meio político e acadêmico que deliberadamente optam pela reprodução de discursos tributários socialmente aceitos, como se dogmas inabaláveis fossem.

Não se pretende que o leitor concorde com o novo olhar proposto pelo autor sobre os dois discursos tributários socialmente dominantes que são objeto de apreciação. Em verdade, realiza-se um breve convite à reflexão, desapegado de práticas, costumes e discursos socialmente aceitos. À primeira vista, parece desconfortante negar que a tributação seja um grande instrumento de combate à desigualdade e discordar da instituição do imposto sobre grandes fortunas, como proposto. Contudo, nem sempre a construção de conhecimento desabrocha do marasmo intelectual, cabendo ao próprio leitor conduzir-se.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, José Roberto R. **Fisco e equidade no Brasil**, 2010. Disponível em: <<http://www.obela.org/system/files/Equidad%20y%20Fisco%20en%20Brasil.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2022.
- AFONSO, A.; SCHUKNECHT, L.; TANZI, V. **Public sector efficiency: evidence for new EU members states and emerging markets. European Central Bank**. Working Paper n. 581, 2006. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp581.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2022.
- BENÍCIO, Alex Pereira; RODOPOULOS, Fabiana M. A.; BARDELLA, Felipe Palmeira. **Um retrato do gasto público no Brasil: por que se buscar a eficiência**. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana. Avaliação da Qualidade do Gasto Público e Mensuração da Eficiência. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015.
- CANZIAN, Fernando. **Fome dobra no Brasil em 7 anos e afeta mais as crianças**. Folha de São Paulo, São Paulo, 25 mai. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/05/fome-no-brasil-supera-media-global-e-atinge-mais-as-criancas.shtml>>. Acesso em: 27 mai. 2022.
- CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. Nota Técnica. **As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional**. Rio de Janeiro: 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5755/1/NT_n07_Discussoes-regulamentacao-imposto_Dinte_2011-out.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2022.
- CORSATTO, Olavo Nery. **Imposto sobre Grandes Fortunas**. In: Revista de Informações Legislativas. Brasília/DF: Senado Federal, a. 37, n. 146, abr./jun. 2000.
- DESCARTES, René. **Discurso do Método (Col. Os Pensadores)**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. Prefácio e notas de Gérard Lebrun. Introdução de Gilles-Gaston Granger. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. "Introdução: A Igualdade é importante?".

INSPER. **Grandes fortunas, tributar ou não tributar?** Insper, 2021. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/imposto-sobre-grandes-fortunas-tributar-ou-nao-tributar/>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

INSPER. **Relatório de pesquisa: imposto sobre grandes fortunas.** Insper, 2020. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/06/Relat%C3%B3rio-Insper-IGFInternacional_enviado_12062020.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2022.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Políticas sociais sob a perspectiva do Estado do Bem-Estar Social: desafios e oportunidades para o "catching up" social brasileiro.** Rio de Janeiro: Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento, 2011. Disponível em: <<http://cede.uff.br/wp-content/uploads/sites/251/2021/04/TD-034-KERSTENETZKY-C.-2011.-Políticas-sociais-sob-a-perspectiva-do-Estado-do-Bem-Estar-Social.-Desafios-e-oportunidades-para-o-catching-up-social-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. **O imposto sobre grandes fortunas.** Valor Econômico, 2015. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2015/07/16/a987c79imposto_sobre_grandes_fortunas.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2022.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil.** 1ª ed. São Paulo: Editora MP, 2010.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIKETTY, Thomas, **A Economia da Desigualdade.** 1ª ed. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI.** 1ª ed. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RFB - Receita Federal do Brasil. **Análise da Arrecadação das Receitas Federais (abril/2022).** Ministério da Economia. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/arrecadacao/2022/analise-mensal-abr-2022>>. Acesso em 27 mai. 2022.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil.** RFPTD, v. 3, n.3, 2015.

SALVADOR, Evilásio. **Perfil da desigualdade e da injustiça tributária com base nos declarantes do imposto de renda no Brasil 2007-2013.** Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC, 2016.

VARSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas.** Texto para discussão nº. 405. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1996.

WHAT FISCAL RESISTANCE? THE FORMS – LAWFUL OR UNLAWFUL – OF SOCIAL OPPOSITION TO TAXES AND TO THE STATE IN BRAZIL

QUAL RESISTÊNCIA FISCAL? AS FORMAS – LÍCITAS OU ILÍCITAS – DE OPOSIÇÃO SOCIAL AOS TRIBUTOS E AO ESTADO FISCAL NO BRASIL

Isaac Rodrigues Cunha¹

¹Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau – Unidade Parangaba (Fortaleza/CE). Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Ceará – CEJ/OAB-CE. Pesquisador nas Áreas de Direito Tributário, Direito Financeiro e Direito Penal. isaac.rodrigues.cunha@gmail.com

Recebido/Received: 16.12.2022/ December 16th, 2022.
Aprovado/Approved: 02.03.2022/ March 2nd, 2023.

RESUMO

A polissemia da expressão "resistência fiscal", compreendida com um conjunto de formas por meio das quais o particular, quer individual, quer coletivamente, opõe-se ao Fisco, tem sido objeto de preocupação e investigação na atualidade. As abordagens feitas, seja por economistas, sociólogos, financistas ou juristas, acabam por reunir 2 (dois) grandes grupos que vez ou outra se confundem ou amalgamam, como círculos secantes: o da resistência, por assim dizer, natural ao pagamento de qualquer tributo; e o exercício de um histórico de direito de resistência, quando se opõe o cidadão não apenas ao Fisco, mas, sim, ao próprio Estado e ao Direito. Nesse contexto, com amparo, especialmente na legislação sobre o tema, o presente trabalho cuida de diferenciar quais formas de resistência fiscal se pode conceber no Direito Brasileiro. Como objetivo precípua da pesquisa, buscou-se separar ou diferenciar as formas ilícitas, ilegais ou mesmo criminosas de resistência daquelas que, com amparo na própria constituição, podem-se dizer legítimas. Em sede de metodologia, a pesquisa se classifica como bibliográfica quanto ao tipo; pura quanto à utilização dos resultados; e descritiva quanto aos objetivos. Como conclusões, chegou-se à perfeita distinção entre os crimes contra a ordem tributária, notadamente a sonegação e a simulação, e formas legais de resistência, com destaque para o planejamento tributário, entendido como exercício do próprio direito geral de liberdade.

Palavras-chave: Tributação. Resistência Fiscal. Planejamento Tributário.

ABSTRACT

The expression "fiscal resistance" has multiple senses. It can be understood as the way which the citizens oppose the Tax Authorities, and it has been an object of concern and investigation nowadays. Those approaches, made by economists, sociologists, financiers, or jurists, end up bringing together 2 (two) large groups: that of natural resistance to the payment of any tribute; and the exercise of a historic right to resist, when the citizen opposes not only the Tax Authorities but the State and the Law themselves. In this context, with a focus, especially on the legislation on

the subject, this work analyzes which forms of fiscal resistance can be conceived in Brazilian Law. As the main objective of this research, we sought to distinguish the illicit, illegal, or even criminal forms of resistance from those that, based specially on the Federal Constitution, are legitimate. In terms of methodology, the research is classified as bibliographical in terms of type; pure regarding the use of the results; and descriptive as to the objectives. In conclusion, a perfect distinction was reached between crimes against the tax order, notably evasion and simulation, and legal forms of resistance, with emphasis on tax planning, related to the general right to freedom.

Keywords: Taxation. Tax Resistance. Tax Planning.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A RESISTÊNCIA FISCAL EM CONFLITO COM A LEI: OS CRIMES DOS QUE RESISTEM À TRIBUTAÇÃO LÍCITA; 2. O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO FORMA DE RESISTÊNCIA LÍCITA (E CONSTITUCIONAL); 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

Percebe-se uma plurissignificação do que seria uma "resistência fiscal", conceito pouco discutido pela literatura jurídica nacional, mas em torno do qual circulam diversos outros conceitos. Se se pode concebê-la como todo e qualquer desvio da relação tributária, toda e qualquer forma de oposição do contribuinte ao fisco, não é equivocada a associação de tal fenômeno ao histórico direito de resistência, isto é, de suas subespécies como a objeção de consciência, a desobediência civil, a greve política etc. Não obstante, ocorre que não se vislumbram, no Brasil da atualidade, vertentes tão próximas assim do que se poderia chamar de um "direito de resistência fiscal".

Isso porque a figura do "objeitor fiscal", do "desobediente fiscal", as "greves", "revoltas" e "rebeliões fiscais" etc. ficaram relegadas ao passado¹, aos capítulos mais absurdos da história tributária brasileira. Com efeito, salienta Joacir Sevegnani que, "por muito tempo, a resistência aos tributos estava relacionada à desigualdade, aos privilégios e à injustiça com que eram cobrados, onde o cumprimento de obrigações tributárias representava um sinal claro de submissão e servidão do indivíduo ao Estado".² Desta sorte, à medida em que se ia modificando a relação tributária, a resistência foi ganhando novas formas, porém encontrando fundamentos próximos aos das primeiras manifestações.

1 Evaldo Amaro Vieira elenca episódios da história brasileira em que questões fiscais forma mesmo levadas à forra: "Só para trazer à lembrança, o leitor veja estes exemplos. No Período Colonial, destacam-se as Inconfidências Mineira (1789), Carioca (1794), Baiana (1798) e Pernambucana (1801). Não deve ser esquecida, entre muitas outras, a Rebelião Nordestina de 1817, por demais fértil em consequência. No famoso período Imperial, tão cantado até mesmo como "democracia coroada" ou como "período parlamentarista" (cruzes, que superficialidade!), registram-se no mínimo a Revolta dos Cabanos no Pará (1833), a Revolta dos Balaios no Maranhão (1833) e a Rebelião Praieira em Pernambuco (1842). Ah, depois veio a República Brasileira, repleta de revoltas e de golpes de Estado. Ocorreram a Revolta da Armada (1893), a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul, no Paraná e em Santa Catarina (1893), a Rebelião de Canudos (1896), a Revolta dos Tenentes (a partir de 1922), a Revolta dos Libertadores no Rio Grande do Sul (1923) [...]". VIEIRA, Evaldo Amaro. O que é desobediência civil? Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 76-77.

2 SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no Brasil: estado e sociedade em conflito**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 111.

Relata, nesse sentido, o mesmo autor, que, "[n]o Brasil, o sentimento de que os tributos pouco financiavam o interesse público local foram, desde o início, acentuados pela distância do poder central em Portugal"³. Isso porque as diversas revoltas ocorridas, especialmente no período colonial, demonstraram o caráter inegavelmente arrecadatário, fiscal, isto é, de financiamento da Coroa. Por tal razão, conclui, "a resistência fiscal estava, em grande parte, relacionada ao fato de que a tributação era vista como uma retirada da riqueza do povo brasileiro"⁴.

A impressão, porém, permaneceu a mesma não obstante, ao longo dos séculos, a vinda da própria Corte para o Brasil, em 1808, quando as demais províncias se sentiram preteridas em relação ao Rido de Janeiro. Tal situação se prolongou ao longo do Império, após a Independência em 1922. Segundo Sevegnani, sequer com a Proclamação da República, em 1889, "ainda que não tenham ocorrido conflitos violentos relacionados diretamente aos tributos, deu-se a revolta contra a política centralizadora, a falta de mecanismos mais consistentes para a participação dos cidadãos e a falta de transparência na aplicação do dinheiro público"⁵.

No Brasil atual, porém, ganham destaque "modalidades" de resistência fiscal tanto amparadas quanto reprovadas expressamente pela lei, devendo-se ainda levar em conta a problemática da anestesia fiscal. Vislumbram-se duas posturas distintas por parte do contribuinte em face do Estado: a) a conduta de quem conhece do fenômeno fiscal e a ele resiste ilegalmente, praticando delitos tributários; b) a de quem conhece lei tributária e opta por praticar o fato gerador menos oneroso, sem ofender a lei, como é o caso do planejamento tributário.

Nesse sentido, objetiva o presente estudo, justamente, distinguir quais formas de resistência ou oposição do contribuinte ao Fisco podem ser consideradas ilícitas, como verdadeiras infrações ou mesmo crimes tributários, e quais formas se revestem de legalidade e, por que não, legitimidade, destacando-se o amparo na própria Constituição Federal para o seu exercício.

Dessa feita, como objetivo geral do presente artigo, tem-se delimitar quais seriam os dois grandes grupos ou formas de resistência (lícitas e ilícitas), destacando as principais subespécies de cada um. No mesmo sentido, como objetivos específicos, em número de 3 (três), tem-se (i) delimitar o conceito de infração e crime tributário, com destaque para os tipos penais da sonegação e simulação; (ii) diferenciar elusão e Elisão fiscal; (iii) analisar os fundamentos constitucionais para o exercício do planejamento tributário como forma de resistência fiscal lícita.

Em sede de metodologia, a pesquisa se classifica como bibliográfica quanto ao tipo, pura quanto à utilização dos resultados e descritiva quanto aos objetivos. Na primeira seção do desenvolvimento, são abordados os assim chamados crimes contra a Ordem Tributária, tal como definidos pela Lei Federal n. 8.137, de 27 de

3 SEVEGNANI, *op. cit.*, p. 114.

4 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

5 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

dezembro de 1990.⁶ Segue-se uma abordagem quanto às formas lícitas de resistência ao Fisco, notadamente pontuando a fundamentação constitucional para o exercício do planejamento tributário.

1. A RESISTÊNCIA FISCAL EM CONFLITO COM A LEI: OS CRIMES DOS QUE RESISTEM À TRIBUTAÇÃO LÍCITA

A expressão evasão é tão "multissemântica" quanto "resistência fiscal", podendo-se incluir naquela diversos conceitos que se aproximam da ideia geral de "ato ou efeito de evadir(-se)", como há de constar nos dicionários. Ocorre que há tantas ressignificações quanto significados para a expressão, tanto que se concebe, inclusive, a existência da chamada "evasão fiscal atípica". No dizer de André Gustavo Barros Leite, esta ocorre "quando há mácula ao sistema jurídico fiscal, sem que haja afronta direta a dispositivo de lei, como consequência de comportamento em fraude à lei fiscal ou abuso de direito, na modalidade abuso de forma jurídica, sem propósito negocial diferente da mera poupança fiscal".⁷

Distando, porém, de tais conceitos, é possível a toda forma de evasão/resistência fiscal que ocorra em conflito com a lei um conceito mais pacífico – e até óbvio – qual seja o conceito de "ilícito tributário", "crime tributário" ou, como preferiu o legislador, "crime contra a ordem tributária", atualmente tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990⁸. E tais hipóteses consistem no tratamento criminal conferido pelo Estado-fiscal às condutas que considera mais lesivas entre as práticas resistivas. Tal critério, de maior lesividade, vai ao encontro do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, considerado como *ultima ratio* do Direito, haja vista configurar-se o chamado "Direito Penal-Tributário" como um ramo daquele.

Nesse sentido, discorre Manoel Pedro Pimentel que o Direito Penal Tributário corresponde a "[...] um ramo autônomo do Direito Penal comum, sujeito, porém, às mesmas regras e princípios vigorantes naquele", tendo por fim "proteger a política tributária do Estado, definindo tipos de ilícitos e cominando-lhes sanção própria do Direito Penal".⁹ À mesma maneira, Zelmo Denari e Paulo da Costa Júnior aduzem que o chamado Direito Penal Tributário corresponde ao "conjunto de normas que regulam os delitos tributários e as respectivas sanções, sendo certo que o adjetivo 'tributário' pretende somente significar que as normas penais – que se alojam no núcleo da disciplina matriz – colocam sob sua tutela a matéria tributária".¹⁰

Assim, a conduta que pretende o Estado reprovar na condição de crime contra a ordem tributária é qualificada como infração tributária, da vala comum das

6 BRASIL. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

7 LEITE, André Gustavo Barros. Constitucionalidade da cláusula geral antievasão atípica - Art. 116, parágrafo único do CTN. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). Direito Tributário. Homenagem a Hugo de Brito Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 653.

8 BRASIL, *op. cit.*, 1990.

9 PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 76, v. 617, p. 259-266, mar. 1987, p. 260.

10 COSTA JUNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

transgressões à lei, entendida como "violação das normas jurídicas que disciplinam o tributo, seu fato gerador, suas alíquotas ou base de cálculo, bem como no descumprimento dos deveres administrativos do contribuinte para o Fisco",¹¹ correspondendo aos delitos tributários materiais e formais.

Por outro lado, vale distinguir entre as infrações tributárias aquelas atinentes exclusivamente à relação administrativa entre Fisco e contribuinte e as condutas propriamente consideradas como crimes tributários. Assim, na lição de Hugo de Brito Machado, os chamados ilícitos administrativos tributários correspondem a "comportamento que implica inobservância da norma tributária", "inadimplemento de obrigação tributária, seja principal, ou acessória".¹² Nesse contexto, o simples ato de um lojista se negar a entregar um documento da escrituração contábil a um auditor fiscal, investido e vestido de autoridade, em clara prática resistiva, já se configuraria como uma infração tributária. Já o ilícito penal tributário corresponde, na lição de Andreas Eisele, a "[...] crime ou contravenção penal, consistente na prática de uma conduta penalmente tipificada pelo Direito Penal Tributário, que resultará, em tese, na aplicação de uma sanção com finalidade retributiva/preventiva, de caráter pessoal".¹³

Assim, durante muito tempo a sonegação ou o crime de sonegação foi considerada a infração penal-tributária por excelência, exigindo o reproche estatal, na forma da Lei n. 4.729, de 14 de julho 1965, conhecida como "Lei da Sonegação Fiscal".¹⁴ Já com a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, as condutas até então consideradas como crimes de sonegação recebem o *nomen iuris* de "crimes contra a ordem tributária".¹⁵ Nesse sentido, vale colacionar a ressalva, quanto aos momentos de crise em que se fundaram tais leis.

Como expõe Juary Silva, tem-se que "o embrião legislativo do Direito Penal Tributário tenha surgido no Brasil em dois períodos de exceção: com a Lei 4729/65, sob o guante do AI-1, que se superpunha à Constituição".¹⁶ Para o respectivo autor, "com a Lei 8137/90, quando, a despeito da aparente vigência do Estado de Direito, o país atravessava séria crise institucional, máxime nos campos econômico e psicossocial, após o desastroso plano econômico editado em março de 1990",¹⁷ que teria estabelecido uma "lei marcial" no domínio econômico, à despeito da Constituição vigente.¹⁸

Tomando por base tudo o que aqui foi abordado acerca das leis e da legitimidade do poder, é demasiado preocupante o fato de que o trato penal de boa parte das condutas resistivas – consideradas como crimes – ter-se originado em momentos tão delicados. Como já anteriormente alegado, a esfera jurídica criminal é a mais potente dos aparelhos ideológicos do Estado, devendo-se avaliar certo anacronismo na previsão de tais ilícitos penais tributários.

11 COSTA JÚNIOR; DENARI, *op. cit.*, p. 21.

12 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 37. ed.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 417.

13 EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 22.

14 BRASIL. LEI Nº 4.729, DE 14 DE JULHO DE 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

15 *Id.*, *op. cit.*, 1990.

16 SILVA, Juary. **Elementos de direito penal tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

17 *Id.*, *ibid.*

18 *Id.*, *ibid.*

Por outro lado, vale destacar que, da ideia de *ultima ratio*, de que se deve dedicar o Direito Penal Tributário só em último caso a tais questões, há o argumento de que o bem juridicamente protegido corresponda à ordem tributária – ou seja, uma ordem jurídica estabelecida na própria constituição, como elemento substancial da organização do Estado brasileiro –, o que robustece o argumento a favor da punição. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado entende que, "nos crimes contra a ordem tributária, como esta expressão bem o diz, o bem jurídico protegido é a ordem tributária e não o interesse na arrecadação do tributo".¹⁹ Assim, "a ordem tributária, como bem jurídico protegido pela norma que criminaliza o ilícito tributário, não se confunde com o interesse da Fazenda Pública".²⁰

E complementa o mesmo autor, uma vez que a ordem tributária corresponde a um conjunto de normas jurídicas concernentes à tributação, é ela, portanto, "uma ordem jurídica, portanto, e não um contexto de arbítrio"; corresponde a "um conjunto de normas que constituem limites ao poder de tributar e, assim, não pode ser considerado instrumento do interesse exclusivo da Fazenda Pública como parte nas relações de tributação".²¹

Acerca da chamada "elusão fiscal", vale trazer o trabalho de Ignacio Orihuela, tratando do problema da simulação em geral no México.²² O autor define a simulação como a ação de fingir, de imitar algo, fazendo o simulador de sua vida uma farsa, ou mesmo uma peça de teatro. No campo jurídico, o autor chega mesmo a estipular uma "categoria profissional" para isso, qual a do "*simulador del derecho*", o qual, para o autor, "ainda que possua título de licenciado ou doutor, não é nem um jurista, nem advogado, nem professor, nem juiz".²³

O autor considera o simulador alguém cuja postura seria ainda mais abjeta que a de um criminoso, mais reprovável que a atitude de alguém à margem da lei, pelo fato de, justamente por saber da norma, fazer parecer que a está realmente seguindo. Nesse sentido, a elusão, incluída em algumas das condutas previstas como crime contra a ordem tributária, é digna de todo o reproche do Estado, sendo inegavelmente uma forma ilícita de resistência.²⁴

2. O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO FORMA DE RESISTÊNCIA LÍCITA (E CONSTITUCIONAL)

Em se tratando da chamada "elisão fiscal", conforme a própria etimologia dos termos aduz, consiste ela em uma tentativa de elidir, eliminar ou suprimir uma prestação fiscal, ao se retardar, reduzir ou evitar o pagamento de um tributo, por meio do tão em voga planejamento tributário. No dizer de Edmar Andrade Filho, consiste tal prática em uma "atividade lícita de busca e identificação de alternativas

19 MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 23.

20 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

21 MACHADO, *op. cit.*, 2008, p. 23.

22 ORIHUELA, Ignacio Burgoa. **El jurista y el simulador del derecho**. 19. ed., 1. reimp., Cidade do México: Editorial Porrúa, 2010, p. 85.

23 *Id.*, *ibid.*, p. 88.

24 ORIHUELA, *op. cit.*

que, observados os marcos da ordem jurídica, levem a uma menor carga tributária".²⁵ Igualmente, Hugo de Brito Machado esclarece que "a expressão 'planejamento tributário' tem sido utilizada para designar a organização dos negócios de uma empresa tendo em vista a redução do ônus tributário", atividade esta que "deve manter-se no campo da licitude".²⁶

Com efeito, é justamente a licitude de tais práticas que as difere da sonegação e da elusão, como discorre José Soares de Melo, uma vez que "o marco inicial para a análise da elisão e da evasão fiscal traduz-se em um efetivo comportamento tendente a eliminar, minorar ou retardar a obrigação tributária".²⁷ No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado esclarece que "há planejamento quando o contribuinte organiza suas atividades de forma a não praticar a hipótese de incidência da norma tributária, ou a praticá-la de modo que a norma incidente seja aquela que impõe a menor tributação possível"²⁸: ou não faz algo ou faz algo cuja tributação incidente é menor. Para o mesmo autor, "o contribuinte trabalha com a ocorrência dos fatos que ensejam a incidência da norma, evitando que esta aconteça".²⁹ Isto difere radicalmente da situação em que, tendo ocorridos os fatos tributáveis ou cuja tributação seja mais onerosa, o contribuinte os tenta esconder, para que a tributação lhe não alcance.

Helena Taveira Tôrres, por sua vez, considera o planejamento tributário "um procedimento de interpretação do sistema de normas usado como técnica de organização preventiva de negócios",³⁰ com vistas a uma "legítima economia de tributos, independentemente de qualquer referência aos atos ulteriormente praticados".³¹ Para o autor, o planejamento visa à configuração de "modelo de ação" para o contribuinte, buscando suas proposições constituírem formas de economia tributária ("*tax saving*") lícita, ou seja, que não afronta o ordenamento vigente.³²

Klaus Tipke já intuía que "não é contrária à lei a atuação de quem não realiza o fato gerador e evita, assim, o nascimento da obrigação tributária", afinal "toda pessoa pode [e até deve, considerando-se momentos de crise, a necessidade de lucro ou mesmo de 'sobrevivência' de uma empresa no atual cenário] organizar sua atividade com vistas ao menor pagamento de tributos possível".³³ Essa "evasão fiscal consciente e planejada" corresponderia a uma modalidade lícita de resistência fiscal, sem qualquer vício de moralidade (ou de ilicitude), sendo reconhecida em provavelmente todos os Estados de Direito, acredita o autor.³⁴

25 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. 4ª ed. São Paulo Atlas, 2004, p. 9.

26 MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao planejamento tributário**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 78-79.

27 MELO, José Eduardo Soares de. IPI, ICMS, ISS e planejamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Planejamento fiscal**. v.2: teoria e prática. São Paulo: Dialética, 1998, p. 72.

28 MACHADO, Hugo de Brito. Breves notas sobre o planejamento tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coord). **Planejamento tributário**. São Paulo: MP, 2007, p. 30.

29 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

30 TÔRRES, Helena Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

31 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

32 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

33 TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y del contribuyente**. (Besteuerungsmoral and Steuermoral). Trad. de Pedro Molina. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, 2002, p. 110, tradução livre.

34 *Id.*, *ibid.*

Nesse sentido, Ivo Cesar Barreto de Carvalho mesmo diz, incisivamente, que "ninguém é obrigado a administrar seu negócio com o objetivo de proporcionar ao Governo a maior soma possível de impostos".³⁵ O mesmo autor considera que "o planejamento tributário tem fundamento constitucional no enunciado do preâmbulo da Carta da República de 1988, que, ao instituir um Estado Democrático, destinou-se a assegurar, entre outros, a liberdade, a segurança e o desenvolvimento".³⁶ Não só é lícita, como também é constitucionalmente amparada tal conduta.

Encima o contribuinte diversos dispositivos do texto constitucional, a um só tempo: o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, *caput*), o direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*), o princípio da legalidade (art. 5º, II), a liberdade de ofício (art. 5º, XIII), o direito de ir e vir (inciso XV), a garantia da propriedade (art. 5º, *caput* e inciso XXII, e art. 170, II). Da forma como se tratou do direito de resistência em relação à ordem constitucional brasileira, não é porque não se encontra expressamente previsto que não se pode entender o planejamento tributário como direito fundamental. É, ainda que decorrente de outros, à semelhança do direito de resistência.³⁷

Tamanha é essa identificação que André Elali e Fernando Zilveti mesmo defendem o planejamento tributário como "resistência ao poder de tributar", quando afirmam, com esteio em Tipke, que "planejar é direito de resistência à tributação".³⁸ Para os autores "embora não se possa afirmar ser essa a intenção das normas de finalidade fiscal, cada tributo limita o contribuinte de consumir, de poupar ou de investir",³⁹ como consequência inevitável da tributação, inexistindo, na prática, "tributo justo" ou "tributo neutro". Assim, o planejamento tributário corresponderia a um exercício legítimo do direito de resistência, sendo apenas condenável "o uso abusivo de formas jurídicas com o intuito de obter vantagem fiscal indevida em prejuízo à igualdade na tributação".⁴⁰

Percebe-se, porém, a hostilidade por parte do Estado. Tomando por base que o próprio direito à liberdade se restringe ao aparato legislativo – "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" – o fisco fundamenta-se nas chamadas normas antielisivas para desestimular as práticas elisivas.

Tais cláusulas gerais antielisão conferem, de fato, à administração poderes para qualificar situações jurídicas sem parâmetros previamente estabelecidos, ainda que sem os proibir. A doutrina, assim, insurge-se contra a abstração de tais normas, que malfeririam de todo o relevante princípio da reserva legal, sendo elas, portanto, eivadas de inconstitucionalidade. No dizer de Alberto Xavier, as cláusulas gerais antielisão pretendem se baseiam na distinção entre o "ato jurídico extratípico",

35 CARVALHO, Ivo Cesar Barreto de. *Elisão tributária no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: MP Editora, 2007, p. 111.

36 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

37 Até porque, vale sempre lembrar, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º, da CF/1988).

38 ELALI, André de Souza Dantas; ZILVETI, Fernando Aurélio. Planejamento tributário: resistência ao poder de tributar. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). **Planejamento tributário**. 1 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 51-66, p. 61.

39 ELALI; ZILVETI, *op. cit.*, p. 61.

40 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

aquele escolhido pelo contribuinte, e o "ato jurídico típico", por ele não realizado ou preterido, porém constante na lei.⁴¹

Nesse caso, se o ato extratípico escolhido produzir efeitos jurídicos e econômicos equivalentes aos do ato típico e "se a escolha foi motivada pelo fim (exclusivo ou preponderante) de subtrair o ato jurídico extratípico ao âmbito de aplicação da norma tributária que prevê o ato típico",⁴² permite-se à autoridade considerar esse ato oponível, "de modo a poder aplicar por analogia a norma tributária ao ato extratípico de efeito econômico equivalente".⁴³ Assim, a Lei Complementar n. 104/2001 veio a acrescentar um parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional.⁴⁴

Por outro lado, vale frisar que a expertise contábil é fundamental à consagração do direito ao planejamento tributário. À mesma maneira, a expertise da advocacia fiscal ganha destaque no sentido de amparar os contribuintes a que representa perante a jurisdição ou perante o próprio Fisco, em sede de processo administrativo tributário. E desde há muito é que vêm os advogados tributaristas procurando e percorrendo as poucas veredas deste "grande sertão" que é a tributação no Brasil, como relata Figueiredo: "A ação das câmaras municipais era decisiva e foi especialmente contundente quando se unia a magistratura. Como ocorreu ao tempo da mudança da forma de cobrança do quinto em 1750".⁴⁵ Naquele tempo, por conta dessa atuação diante das cortes judiciais e administrativas, chegava-se a temer mais os advogados e rúbulas que os movimentos que atacavam as autoridades e destruíam documentos fiscais.

E o papel da advocacia tributarista se intensifica, ao passo que, segundo dados estatísticos do "Justiça em Números" de 2022, pesquisa realizada pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, ano-base 2021, "[o]s processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 35% do total de casos pendentes e 65% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%".⁴⁶ A mesma pesquisa aduz, ainda, que, "[d]esconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 6,3 pontos percentuais, passando de 74,2% para 67,9% em 2021".⁴⁷

Roberval Rocha Ferreira Filho descreve o que poderíamos chamar de "judicialização da resistência fiscal", fenômeno em que, mais do que nunca, avulta-se o valor da advocacia, sobretudo em tempos tanto desvalor à categoria.⁴⁸ Relata o

41 XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

42 *Id.*, *ibid.*, p. 91.

43 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

44 "Art. 116. [...]"

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)". (BRASIL, 1966, on line).

45 FIGUEIREDO, Luciano. Resistências antifiscais em Minas colonial (revisitando um velho tema, reescrevendo um velho artigo. Anais... XIII Seminário sobre a Economia Mineira. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Faculdade de Ciências Econômicas, Diamantina: CEDEPLAR/UFMG, 2008, p. 9. Disponível em: http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A087.pdf. Acesso em: 20 jan. 22.

46 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022, p. 171. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 02 mar. 23.

47 *Id.*, *ibid.*

48 FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. Ação de classe em matéria tributária como instrumento de acesso à justiça. Dissertação

autor que, "de maneira geral, e com o passar do tempo, grande parte da resistência à opressão fiscal foi canalizada sistemicamente pelo direito e transmutou-se em defesa jurídica, garantida via processo ou outras formas de asseguramento da posição do cidadão".⁴⁹ No dizer de Ferreira Filho, o recurso às vias recursais (judiciais ou administrativas) corresponderiam a uma forma de "amortecer" o impacto da tributação no patrimônio dos particulares, inobstante os argumentos arrecadatários em prol da vida em sociedade, dado que "quase ninguém gosta de pagar impostos".⁵⁰

Por outro lado, com a previsão na Lei n. 13.140/2015, a Lei de Mediação, de que os conflitos envolvendo o Estado como parte interessada possam igualmente ser objeto de composição extrajudicial, o amparo técnico pela advocacia tributarista na mediação é tão importante quanto o que se faz nas ações judiciais ou no contencioso administrativo. Isso também porque o Novo Código de Processo Civil, promulgado pouco tempo depois da referida lei, asseverou que deve o Estado, sim, promover a solução consensual do conflito, sempre que possível, pelo que se também devem pautar as partes do processo – art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Ocorre que o Código Tributário Nacional, mesmo antecedendo tais diplomas processuais em várias décadas, já continha norma autorizando a composição entre Fisco e contribuinte ou responsável tributário, qual na semântica de seu art. 171, dispondo que "a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário".⁵¹ O problema aqui, mais uma vez, volta a ser a inércia legislativa, pela falta de regramentos, ainda tramitando projetos não tão recentes como o PL n. 2.412/2007 e o PL n. 5.082/2009, este último apensado ao primeiro.

Paulo Adyr Dias do Amaral destaca quão prejudicial é, além da inexistência de espaços para que as transações se concretizem, a ineficiência com que é tratado o processo administrativo. Para o autor, "não se deve perder de vista que o prolongamento excessivo do contencioso fiscal, motivado pelo cerceio, por parte do Estado, às garantias constitucionais do direito ao acertamento, é até mesmo prejudicial aos interesses arrecadatários".⁵² Isso porque o congestionamento das vias judiciais acarreta um atraso no recebimento dos valores *sub judice*. Para o referido autor, "se se desse maior atenção ao procedimento administrativo, com observância de todas as suas etapas, o contencioso não seria tão necessário. Muitas controvérsias judiciais poderiam ser eliminadas".⁵³

(Mestrado). Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Direito. Recife: UNICAP, 2009, p. 88. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2010-05-11T201758Z-299/Publico/dissertacao%20roberval_rocha.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

49 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

50 FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 88.

51 BRASIL. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Diário Oficial da União, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5172compilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2022.

52 AMARAL, Paulo Adyr Dias do. O problema da resistência à tributação no Brasil, **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 18, n. 9, set. 2006, p. 42-51, p. 46.

53 AMARAL, *op. cit.*, p. 46.

Vale frisar, numa análise econômica necessária, ainda que superficial, que o aumento da judicialização da resistência vem ocorrendo por conta de que algumas classes, antes só atingidas indiretamente, passaram a ser também contribuintes diretos (de direito e de fato, ao mesmo tempo). Ora, uma vez que o tributo é uma intervenção estatal na propriedade privada, quanto mais pessoas passam a ter propriedade, mais esta é atingida pela tributação. Nesse sentido, relata Juan Monteiro Aroca que isto se percebeu e percebe no mundo todo, uma vez que "o aumento da litigiosidade tem sua origem, em parte, na ampliação da base social das classes médias, dos possuidores e dos que tenham ascendido à possibilidade de ter conflitos econômicos".⁵⁴ Também seria resposta, em parte, ao fenômeno social do consumo em massa, o qual tem afetado, inclusive, as camadas da população menos favorecidas economicamente.

A atividade de profissionais que, no exercício de seus ofícios, certamente encimados na ética profissional, munem os contribuintes de todo o instrumental necessário para resistir, na forma da lei e, se preciso for, com recurso à Jurisdição, é fundamental para a concreção de uma justiça fiscal: pode-se falar num "efeito positivo da resistência fiscal", sobretudo no âmbito do planejamento tributário: uma resistência preventiva, preditiva, que não necessariamente vai parar na Justiça, pelo contrário busca evitá-la, por sabe-la congestionada. A crítica, no entanto, há de pairar sobre aqueles que não têm acesso a essa forma de resistência lícita e positiva, que não podem custear o valor de uma assessoria especializada, quer de um contabilista, quer de um representante jurídico.

Ocorre, porém, que, na prática, só as grandes empresas e contribuintes mais ricos têm acesso aos serviços contábeis e jurídicos de planejamento tributário. O cidadão comum não tem tal acesso, até porque contribui pouco ou quase nada por via de tributação direta (Imposto de Renda, imposto sobre sucessão e doação...), não possui bens atingíveis pelos impostos mais gravosos em relação à propriedade (impostos sobre a propriedade e a transmissão de imóveis, sobre propriedade de automóveis etc.). Uma vez que sua contribuição é estritamente realizada pela transferência de encargo nos chamados tributos indiretos (incidentes sobre o consumo de produtos ou serviços e repassados no preço) quase não há como se falar num planejamento tributário do "pequeno contribuinte". Por outro lado, microempresários e empresas de pequeno porte têm, sim, a opção pelo "Simples Nacional".

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os termos pelos quais o comportamento do contribuinte em relação ao Fisco é trabalhado por muitas vezes se confundem, inclusive pela similitude dos verbetes, das palavras que a academia, inadvertidamente, utiliza para descrever cada situação. Os termos "evasão", "elusão", "elisão", "ilusão" ou mesmo "desilusão fiscal" surgem dando novos a comportamentos tão antigos quando a dinâmica tributária.

⁵⁴ AROCA, Juan Montero. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 81, tradução livre.

Nesse cenário, é necessário evitar que se lancem, na vala comum de condutas que o Direito, no caso, o Ordenamento Jurídico Brasileiro vigente, trata com acentuado reproche, tipificando como verdadeiros crimes contra a Ordem Tributária, comportamentos que em momento algum contrariam o Direito. Pelo contrário, necessário é distinguir a resistência fiscal ilícita ou criminal do exercício de direitos em resistência (lícita) à atividade fiscal do Estado.

Com efeito, tem-se que a Lei Federal n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, conhecida como Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, de fato e de direito, anuncia condutas reprováveis e reprovadas, por meio de sanções penais exemplares, para aqueles contribuintes que resistam de forma mais abusiva à atividade fiscal. É o caso dos crimes de quem suprime ou reduz tributo, contribuição social e ou qualquer acessório, por meio, por exemplo, de fraude à fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

Por outro lado, tem-se que o planejamento tributário corresponde a uma modalidade lícita de resistência fiscal, a um *modus contribuendi* menos oneroso ou a uma abstenção de fato, que não enseja qualquer tributação. É forma de resistência fiscal totalmente lícita e moral, uma vez que: a) encontra amparo na Constituição Federal, no direito geral de liberdade, na liberdade de ofício e no fundamento da livre iniciativa; b) consiste na escolha de pôr uma opção legal menos onerosa: o contribuinte, obviamente, pode e até deve optar por praticar o fato gerador correspondente à hipótese de incidência com menor ônus. Desta forma, o contribuinte resiste a uma tributação lícita optando por outra, igualmente lícita.

Ademais de existirem os argumentos a favor de uma "solidariedade fiscal", de uma "moral tributária", não se pode exigir que o contribuinte aja de modo que implique o maior encargo tributário se for possível e lícito pagar menos. Diante da possibilidade de praticar, lícitamente, uma atividade de mais uma forma, o óbvio é que opte pela forma menos gravosa. A Constituição ampara a livre iniciativa, que só existe com base no lucro. Reclamar que o contribuinte escolha pagar mais quando a lei lhe autoriza o contrário é absurdo, é ilógico. Se a resistência à tributação não é natural, menos natural ainda seria um amor ao Fisco que justificasse o contribuinte, pela própria vontade, submeter-se a uma tributação mais severa.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Paulo Adyr Dias do. O problema da resistência à tributação no Brasil, **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1. Região, v. 18, n. 9, set. 2006, p. 42-51.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. 4ª ed. São Paulo Atlas, 2004.

AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022, p. 171. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 02 mar. 23.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. LEI Nº 4.729, DE 14 DE JULHO DE 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

_____. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Diário Oficial da União, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2022.

_____. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

CARVALHO, Ivo Cesar Barreto de. **Elisão tributária no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: MP Editora, 2007.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. **Infrações tributárias e delitos fiscais**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002.

ELALI, André de Souza Dantas; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito tributário**. Homenagem a Hugo de Brito Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. ZILVETI, Fernando Aurélio. **Planejamento tributário**: resistência ao poder de tributar. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). **Planejamento tributário**. 1ed., São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 51-66.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. **Ação de classe em matéria tributária como instrumento de acesso à justiça**. Dissertação (Mestrado). Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Direito. Recife: UNICAP, 2009. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2010-05-11T201758Z-299/Publico/dissertacao%20roberval_rocha.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

FIGUEIREDO, Luciano. Resistências antifiscais em Minas colonial (revisitando um velho tema, reescrevendo um velho artigo). **Anais... XIII Seminário sobre a Economia Mineira**. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Faculdade de Ciências Econômicas, Diamantina: CEDEPLAR/UFMG, 2008. Disponível em: http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/D08A087.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

LEITE, André Gustavo Barros. Constitucionalidade da cláusula geral antievasão atípica - Art. 116, parágrafo único do CTN. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito Tributário**. Homenagem a Hugo de Brito Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 651-684.

MACHADO, Hugo de Brito. Breves notas sobre o planejamento tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coord.). **Planejamento tributário**. São Paulo: MP, 2007.

_____. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Introdução ao planejamento tributário**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELO, José Eduardo Soares de. IPI, ICMS, ISS e planejamento fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Planejamento fiscal**, v.2: teoria e prática. São Paulo: Dialética, 1998.

ORIHUELA, Ignacio Burgoa. **El jurista y el simulador del derecho**. 19. ed., 1. reimp., Cidade do México: Editorial Porrúa, 2010.

SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no Brasil**: estado e sociedade em conflito, Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SILVA, Juary. **Elementos de direito penal tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOARES, Domitília Diogo. **Percepção social da fiscalidade em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2004.

_____; MARQUES, Rafael. **A sociologia fiscal**: um esboço histórico. In: SANTOS, António Carlos dos (Coord.); LOPES, Cidália Maria da Mota (Coord.). **Fiscalidade - Outros olhares**.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y del contribuyente**. (Bestuerungsmoral and Steuermoral). Trad. de Pedro Molina. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, 2002.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O princípio da proporcionalidade e as normas antielisivas no Código Tributário da Alemanha. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito tributário**. Homenagem a Hugo de Brito Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 929-944.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado**: autonomia privada, simulação, elusão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA, Evaldo Amaro. **O que é desobediência civil?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1983.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

artigos
científicos

orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação.

A linha editorial da Revista é centrada no Controle Externo da Administração Pública, admitindo-se à publicação artigos alinhados às seguintes disciplinas: direito administrativo, direito constitucional, direito financeiro, direito econômico, políticas públicas, planejamento.

Os artigos serão submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*), de modo que a publicação estará condicionada à aprovação pelos avaliadores.

Os artigos deverão ser submetidos diretamente no site da Revista (<https://revista.mpc.pr.gov.br/>), no campo "Enviar Submissão". Para tanto, basta fazer simples cadastro no site e seguir as etapas que serão indicadas.

As "Diretrizes para Autores" podem ser acessadas na página: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/information/authors>

Destacam-se, de antemão, as seguintes orientações:

- O texto deve possuir preferencialmente entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 - 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto deve ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé deve-se utilizar Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos devem conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos
- As citações deverão seguir o sistema numérico (em notas de rodapé). Os artigos devem vir acompanhados de título em português e inglês, resumo e abstract, palavras-chave e Keywords, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas.

Para o esclarecimento de dúvidas, é possível enviar e-mail para a Revista (revista@mpc.pr.gov.br) ou diretamente para o Editor-Chefe (saulo.pivetta@tce.pr.gov.br).

Todas as edições encontram-se disponíveis no seguinte endereço: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/issue/archive>

**artigos
científicos**

